

Hermenêutica jurídica e liberalismo político: limites da hermenêutica jurídica no estado democrático de direito

Fabiano Holz Beserra*

SUMÁRIO: Introdução - 1) Termos do debate - 2) A hermenêutica jurídica na ótica do liberalismo político - 3) A crise do legado hermenêutico do liberalismo político - 4) Hermenêutica jurídica contemporânea - 5) Crítica a algumas correntes hermenêuticas atuais - 6) Proposta de resgate de postulados do liberalismo político para uma adequada interação, no âmbito da hermenêutica jurídica, entre os poderes judiciário e legislativo no estado democrático de direito - Conclusão

Introdução

O presente ensaio tem como premissa um modelo de justiça política baseada nos principais legados do liberalismo político. Mais especificamente, busca-se equacionar, no âmbito da hermenêutica jurídica, uma adequada relação entre os poderes legislativo e judiciário no contexto de um estado democrático e de direito.

Mais especificamente, a questão central em exame pode ser formulada da seguinte maneira: quais são os limites da hermenêutica jurídica para que o exercício do poder judiciário se

mostre legítimo dentro dos marcos de um estado democrático de direito? Ou ainda de forma mais específica: qual a amplitude da liberdade do aplicador do direito que é permitida num estado democrático de direito?

Com o presente ensaio, que não pretende obedecer rigorosamente os padrões formais de um trabalho científico, primando muito mais pela liberdade e pela pretensão de alguma dose de intuição, busca-se equacionar o problema e, não necessariamente com originalidade, formular algumas premissas básicas para a sua solução.

1) termos do debate

Um dos grandes debates da atualidade no campo da hermenêutica jurídica diz respeito à liberdade do aplicador do direito – e, em especial, do Poder Judiciário – na formulação da norma jurídica que irá reger o caso concreto.

Mesmo em um sistema predominantemente legislado, o resultado da aplicação do direito nunca será composto exclusivamente pela decisão política tomada pelos parlamentares, que geralmente vem expressa através de leis. A presença da vontade do aplicador é inevitável por diversas razões, dentre as quais se destaca a riqueza e a complexidade da vida social e dos conflitos de interesses nela ocorridos, bem como a sua constante evolução. Assim, a vida em sociedade não pode ser integralmente regulamentada previa e abstratamente pelos corpos legislativos. De outra parte, modelos que se mostraram adequados em determinados momentos históricos podem necessitar reformulação, o que nem sempre é prontamente atendido pelo parlamento.

A questão que se coloca é a amplitude do campo reservado ao aplicador do direito. O problema se torna ainda mais complexo em sistemas que se caracterizam pela supremacia constitucional e se acentua definitivamente quando a constituição consagra uma série de princípios e valores, prática usual no constitucionalismo contemporâneo.

Esse conteúdo axiológico é expresso em assertivas genéricas e, portanto, necessita ser concretizado pelo Estado. Como a separação de poderes é adotada na grande maioria das democracias ocidentais ditas estados democráticos de direito, não raro surge pontos de atrito entre o exercício das competências legislativas e jurisdicionais, pois dentre estas últimas se encontra o poder de dizer em última instância o direito aplicado.

Certamente estamos tratando com especial relevância do controle de constitucionalidade, no qual é facultado ao Judiciário afastar a incidência de normas legais quando as considera incompatíveis com os princípios e valores constitucionais. Note-se que o problema não é sentido com tanta intensidade quando o dispositivo legal conflita com regras constitucionais, dada a sua menor indeterminação. Nesse caso, a diretiva constitucional costumeiramente suscita uma possibilidade menos ampla de interpretações.

Ao aplicar princípios e valores, o intérprete se vê obrigado a traçar o caminho para atingir os fins objetivados pelo constituinte. Isso é política: tomada de decisões acerca dos meios para alcançar os fins traçados pela constituição democrática. Mas, além disso, a exata determinação dos fins colimados pelos princípios e valores nem sempre é consensual. Há quase sempre um núcleo pacífico de significação. Ultrapassando-o, porém, o interprete adentra num campo de indeterminação fértil ao preenchimento por ideologias e mesmo idiosincrasias daqueles que exercem o poder.

Nesse momento entram em questão alguns postulados trazidos pelo liberalismo político. O princípio democrático, traduzido pela idéia de representação política, determina que os cidadãos só devem obediência aos comandos normativos elaborados pelos seus mandatários (autonomia). Essa é a síntese da idéia do poder limitado pela lei. Paralelamente a ela, como expediente fundamental de limitação do poder, surge a idéia de separação das funções estatais, atribuindo-se ao Parlamento a competência legislativa.

Dessas premissas decorre a preponderância do parlamento como órgão de expressão das regras a que estão submetidos os cidadãos numa democracia nos moldes ocidentais. É claro que a democracia representativa pode falsificar a vontade popular, e isso freqüentemente

ocorre. No entanto, quando estamos diante desse problema, o debate é outro, e diz respeito ao grau de correspondência entre o modelo político e sua realidade concreta.

De outra parte, é certo que alguns podem preferir – e hoje essa postura é defendida abertamente – um modelo em que, uma vez positivados os princípios e valores constitucionais, cabe ao Judiciário, paralelamente ou muitas vezes com sobreposição, a tarefa de concretizar a constituição democrática.

Contudo, quem adota essa postura deve estar ciente de que propugna, em última análise, que a política seja exercida não por representantes do povo, mas sim por uma elite de agentes estatais selecionada com base em seu conhecimento jurídico, e que não está submetida a mandatos eletivos periódicos, forma de controle político por excelência.

Tentando trazer um exemplo concreto, aqueles que exercem funções estatais não podem escolher entre buscar erradicar a pobreza e a marginalidade ou não. Eles são obrigados a fazer isso (CRFB, art. 3º, III). Mas os meios utilizados para atingir essa finalidade podem variar.

Tradicionalmente, a tarefa de tomar decisões políticas é atribuída com predominância ao Poder Legislativo, cabendo ao Executivo concretizar suas diretrizes e ao Judiciário apreciar a conformidade entre o programa e sua execução, quando um conflito lhe é submetido a conhecimento.

Num dado momento histórico, a vontade popular pode ter escolhido mandatários que se enquadram numa ideologia socialista e que têm como programa político a erradicação da pobreza por meio de intervenção estatal na economia e redistribuição de renda.

Num exemplo extremo e provavelmente implausível, pode-se imaginar a declaração de inconstitucionalidade de uma medida estatal com base em uma ideologia que propugna a erradicação da pobreza com base na concentração de renda nas mãos daqueles que detêm os meios de produção e que, com base nessa poupança, teriam capacidade de investimento e

de geração de empregos. Por certo não faltariam argumentos com base na proteção da livre iniciativa e da propriedade privada, valores constitucionalmente assegurados.

Mas, se é certo que esse problema é mais claro no controle de constitucionalidade, parece errado concluir que se limita a ele. Mesmo quando a questão não é constitucional, ou, em outras palavras, não é constitucionalizada, observa-se essa tensão entre as exigências de segurança jurídica conferidas pelo direito legislado e a liberdade de aplicação por parte do Judiciário.

O enfrentamento da questão passa pela formulação de uma teoria da decisão judicial e pelo estabelecimento de critérios que permitam, no âmbito da hermenêutica jurídica, a forma mais desejável de interação dos poderes judiciário e legislativo no estado democrático de direito. Para tanto, como já frisado, adotar-se-ão as premissas de uma teoria política da justiça baseada nos postulados do liberalismo político.

2) A hermenêutica jurídica na ótica do liberalismo político

A tarefa do jurista já foi menos angustiante. Quando Chiovenda dizia que a lei possuía uma vontade, e que o exercício da jurisdição consistia em descobrir essa vontade e, em seguida, aplicá-la ao caso concreto, a tarefa do intérprete parecia muito mais simples e segura.

Esse pensamento remonta à herança iluminista e, mais especificamente, ao liberalismo político, ao constitucionalismo e à teoria da separação dos poderes. O esquema era bastante simples. Os cidadãos, iguais (cada pessoa, um voto) e livres (voto secreto e direto), escolheriam seus representantes, que estariam encarregados de elaborar normas gerais e abstratas (impessoais), como expressão da vontade geral. Se os mandatários falseassem a vontade popular, seriam substituídos no pleito seguinte. Então, os novos representantes alterariam a lei, de modo a adequá-la à vontade dos eleitores.

Isso vale tanto para a constituição, como para as leis que lhe devem obediência, com evidente destaque para a primeira, na qual estariam previstos os direitos e garantias

fundamentais, em especial os de liberdade, de validade universal, produto de um processo civilizatório guiado pela racionalidade.

Todos, governantes e governados, estariam vinculados a tais pautas de conduta democraticamente estabelecidas. Se estas, porém, fossem desobedecidas, sempre haveria como recorrer ao Poder Judiciário, formado por um corpo de especialistas dotados das garantias necessárias para o exercício dessa relevante função.

A magistratura, por seu turno, poderia, dentro de um processo ordinário, de cognição ampla, permitindo, pois, toda a produção de provas necessária para a descoberta da verdade, aplicar a vontade da lei ao caso concreto. Mesmo que o juiz falhasse, o prejudicado poderia recorrer a um tribunal (colegiado), que reapreciaria a causa, corrigindo eventuais erros da instância inferior.

Em síntese, o cidadão elabora a lei, mesmo que por representantes, e organiza toda a sua vida com base nela – ou seja, além de livre, pois determina as pautas de conduta que via obedecer (idéia de autonomia), tem segurança jurídica. Se a vontade da lei não for respeitada, terá um poder judiciário que a fará prevalecer. Vale lembrar que a aplicação da lei ao caso concreto se dá quase que mediante um automatismo, em que, na forma de um silogismo, a norma legal é a premissa maior, a situação de fato a premissa menor e, por fim, a conclusão é a solução do caso concreto. Está, pois, fechado o ciclo.

3) A crise do legado hermenêutico do liberalismo político

Tudo parecia tão perfeito, pelo menos aos olhos dos iluministas, até que diversos mitos começaram a ser derrubados.

A crítica marxista denunciou os ideais iluministas, dentre os quais se inserem o liberalismo político e o econômico, como expressão da dominação burguesa. Não poderiam ser tratados

como valores universais, que conduziriam a humanidade a um progresso linear, guiado pela razão, mas sim como produto de uma ideologia de classe, correspondente ao modo de produção capitalista. Tais valores constituiriam uma ideologia, entendida esta como falsa representação da realidade, associada aos interesses da dominação burguesa.

O próprio caráter predominantemente racional da atividade humana passou a ser alvo de questionamento. A psicanálise freudiana procurou demonstrar a grande influência dos traumas, da sexualidade e de outros impulsos irracionais como motores do agir humano. A ideologia nazista, pautada na superioridade da raça ariana, as demais formas de totalitarismo, tanto de esquerda como de direita, as guerras mundiais e a iminência de um conflito nuclear que colocaria em risco a própria existência do homem tornaram escassa a fé na racionalidade como guia inexorável ao progresso.

O socialismo real, produto concreto da reação ao capitalismo, revelou-se como uma nova modalidade de dominação do homem sobre o homem, na qual, em última análise, a propriedade dos meios de produção, ao invés de pertencer à coletividade, poderia ser melhor caracterizada como de domínio do estado, sendo este governado não pela classe trabalhadora, mas sim por uma casta de burocratas pertencentes ao partido que tomou o poder de forma violenta. Eventuais resultados redistributivos de renda decorrentes da estatização acabaram por não justificar as severas restrições às liberdades individuais.

Nesse contexto, surge a pós-modernidade, que se encarrega de desconstruir todo o legado moderno. Não mais se fala mais propriamente em uma história universal, e sim nas diversas histórias particularizadas. Talvez o rótulo não agrade aos historiadores, nem seja o mais adequado, mas vale como oposição ao ideal de universalidade típico da modernidade.

A idéia de valores universalmente válidos para toda humanidade perde prestígio. Os valores, como as demais manifestações culturais, passam a ser identificados como a expressão concreta de um agrupamento humano em um dado momento histórico. Os modelos adotados com êxito em determinada sociedade não necessariamente podem servir para outra. Práticas tidas como exóticas pelos ocidentais passam a ser justificadas como

expressão cultural legítima de determinada sociedade. O seu repúdio passa a ser taxado de eurocentrismo. Tem-se, pois, o relativismo cultural.

O poder não mais é tratado numa escala macro, quer seja na política ou na luta de classes, mas sim no interior das instituições e sobre as individualidades concretas (microfísica do poder). A crítica de Foucault demonstra que o saber não leva necessariamente à libertação, como queriam os iluministas, mas sim se constitui num instrumento concreto de poder à disposição de um determinado grupo.

O próprio ideal democrático do governo da maioria – respaldado pela garantia dos direitos individuais das minorias – dissolveu-se numa sociedade multifacetada e de interesses não convergentes, na qual os principais atores do processo político são os lobistas, a mídia e os detentores do poder econômico. A ideia de democracia representativa degenerou-se em mera forma de delegação de poder apta a legitimar o exercício do poder político institucionalizado.

Com efeito, o que mais nos interessa é a transformação ocorrida no campo da hermenêutica jurídica. A escola francesa da exegese propunha ao intérprete a fidelidade aos textos legais. Contemporânea ao código napoleônico é a noção do juiz como a boca da lei.

Ao se limitar a reproduzir a vontade da lei, nos moldes do silogismo acima descrito, o juiz estaria cumprindo o papel que lhe foi traçado dentro da teoria da repartição dos poderes e conferindo segurança jurídica às relações sociais. Se interpretasse a lei e, nesse processo, produzisse alguma inovação, estaria violando o princípio democrático, ao usurpar a competência do legislador, que detinha o mandato popular.

4) Hermenêutica jurídica contemporânea

A fragilidade teórica desse modelo positivista legalista ou, pelo menos, a sua notória insuficiência para explicar a complexidade do fenômeno jurídico ficou logo evidente.

O jusnaturalismo é a ideologia jurídica típica do iluminismo. Há um direito natural – e, portanto, universal –, fundado não mais na lei divina, mas na razão humana.

À crise do pensamento jusnaturalista, seguiu-se o positivismo jurídico. O modelo kelseniano representa a evolução desse último modelo. Contudo, a idéia de um ordenamento jurídico como estrutura formal de poder, em que as norma superiores servem de fundamento de validade às inferiores (sistema de delegação de poder) levou alguns juristas à perplexidade. Como admitir tamanho poder aos juízes, já que, na ausência de norma aplicável, estariam autorizados a decidir discricionariamente o caso concreto. Como admitir tamanho arbítrio?

Nessa ordem de idéias, Dworkin rechaça as conclusões de Hart no sentido de que as lacunas do direito positivo são preenchidas pela discricionariade do juiz. Para o primeiro, mesmo nos casos difíceis (hard cases), o aplicador do Direito está vinculado aos princípios jurídicos, razão pela qual não se pode falar em arbítrio ou discricionariade judicial.

O conjunto das doutrinas que sucederam e que não mais se identificam com os modelos jusnaturalista e positivista são genericamente designados pelo rótulo de pós-positivismo.

Muitas das correntes hermenêuticas atuais, baseando-se no estudo da linguagem, desconstruíram toda a confiança que os modernos possuíam na lei como elemento capaz de conferir a segurança jurídica almejada pelos teóricos da separação de poderes.

A polissemia dos vocábulos, idéia de norma como trama aberta, o fim da distinção entre interpretação e aplicação da lei, a consagração de valores e de princípios nos textos constitucionais, a previsão de clausulas gerais e conceitos indeterminados na legislação, dentre outros fatores, diminuíram a crença na vinculação do aplicador do direito a uma suposta vontade da lei ou do legislador.

Muitos autores passaram, então, a valorizar o discurso (fundamentação) e, em última análise, a sua possibilidade de produzir consenso na comunidade jurídica.

A ética discursiva de Habermas propõe que tanto os juízos constatativos (proposições relativas a fatos) como os regulativos (proposições relativas a normas) estão sujeitas à validação. Nisso se distingue à radical separação entre os mundos do ser e do dever ser proposta pelos positivistas.

A validação de ambos os juízos, quando questionados, se dá através de provas e argumentos. Justificam-se os primeiros através dos discursos teóricos (juízos constatativos) e os últimos através dos discursos práticos (juízos regulativos). Assim, as normas serão válidas obtiverem consenso no âmbito do discurso prático, segundo determinadas regras de argumentação.

Nos mesmos moldes, Alexy propõe uma teoria da argumentação jurídica como limite à discricionariedade do aplicador do direito. O discurso jurídico, como o discurso prático em geral, aspira a uma pretensão de correção. A diferença é que a argumentação jurídica ocorre sob uma série de limitações, como a obediência à lei e ao precedente.

O autor propõe então uma teoria da argumentação jurídica que, baseada numa série de regras do discurso que regulam o processo de decisão, pelo menos exclua uma série de raciocínios incorretos. Elas não definem o ponto de partida (premissas), nem o ponto de chegada (conclusão), mas tão somente um caminho (não em todos os seus passos), a ser percorrido entre um e outro, como instrumento de crítica a decisões não racionais e pretensão de correção. O resultado de um processo argumentativo conduzido nesses moldes pode, então, ser tido como justo.

5) Crítica a algumas correntes hermenêuticas atuais

Contudo, essas doutrinas não são isentas de problemas.

A idéia de que não há discricionariedade nos hard cases, pois nessa hipótese o julgador seria guiado por princípios, tal como defendido por Dworkin, esbarra na constatação de que

atualmente os princípios são utilizados justamente para possibilitar uma maior atividade discricionária do juiz.

Com base em princípios constitucionais – muitos deles inclusive implícitos –, muitos magistrados têm declarado a inconstitucionalidade de normas legais e, a seguir, substituído a decisão legislativa pela solução reputada mais adequada ao caso concreto. A usual generalidade dos princípios permite uma série de soluções, conferindo ao julgado, nessas condições, uma ampla gama de soluções que lhe permitem se sobrepor à manifestação legislativa.

No que tange às correntes doutrinárias que colocam ênfase no papel da fundamentação racional, como no caso de Alexy, muitas críticas também podem ser feitas. A mais importante delas diz respeito ao fato de que tem sido muito mais importante a decisão em si (ato de vontade) do que o ato de justificação (ato de conhecimento).

Talvez simplificando demais o fenômeno, pode-se dizer que há uma variada gama de argumentos sempre pronta a justificar as mais variadas decisões. O que tem se mostrado efetivamente decisivo para a autoridade de uma decisão não é o conteúdo de sua fundamentação, mas sim a fonte da qual emana. Uma decisão proferida pelo Poder Judiciário se impõe em virtude do status institucional de que goza aquele órgão, e não pela coerência de sua fundamentação.

Por outro lado, a ética discursiva prega que as normas são oriundas do mundo vivido, mas a sua validação depende da sujeição ao debate, em outras palavras, tudo passa a depender do consenso e, em última análise, da orientação triunfante. A crítica é a mesma do parágrafo anterior, mas a ela acrescentam-se outras.

Por exemplo, o consenso obtido entre os operadores do direito e, mais especificamente, pode se sobrepor a um consenso obtido no parlamento, que, na democracia representativa, é o órgão que recebe o mandato popular para a tomada de decisões políticas. Isso ocorre quando uma lei de (in)constitucionalidade controvertida tem sua invalidade decretada pelo

Judiciário. No parlamento, sua constitucionalidade obteve o consenso da maioria. No judiciário, ocorreu o inverso. O determinante foi, pois, o poder (competência), e não o consenso.

Da mesma forma, há decisões judiciais tomadas pelas nossas mais elevadas cortes que são rechaçadas veementemente pela comunidade científica e pelos escalões mais baixos do Poder Judiciário e, no entanto, permanecem se impondo em face da autoridade institucional do órgão prolator.

O mesmo se pode imaginar entre um dissenso entre os poderes Legislativos e Judiciário. Por mais que o parlamento insista em editar uma lei em determinado sentido, o ato irá carecer de validade se considerado incompatível com a constituição pela corte constitucional, independente do prestígio de que goze a fundamentação do parecer da comissão de constituição e justiça do órgão legislativo junto ao restante da comunidade jurídica.

6) Proposta de resgate de postulados do liberalismo político para uma adequada interação, no âmbito da hermenêutica jurídica, entre os poderes judiciário e legislativo no estado democrático de direito

Inicialmente, deve ficar claro que não se pode descartar as contribuições oferecidas pelas correntes hermenêuticas que se propuseram a superar o interpretativismo, o qual considera serem os textos dotados ontologicamente de um significado passível de descoberta pelo intérprete.

Não se descarta, pois, o caráter interativo da hermenêutica e a criatividade intrínseca a essa atividade. Nos estreitos limites desse trabalho, embora o assunto merecesse maior dedicação, basta deixar assentado que as críticas feitas pelas doutrinas não interpretativistas devem ser acatadas, porém até o limite em que podem levar à justificativa de um decisionismo do intérprete.

Há em qualquer texto, inclusive nos legais, um conteúdo mínimo de significação objetiva que não é passível de um dissenso fundado. Pode haver textos extremamente ambíguos e outros com espaço exíguo para digressões. Contudo, a experiência demonstra que a comunicação tem obtido êxito na transmissão de significados. Não fosse assim, a própria vida em sociedade estaria comprometida.

Nesse contexto, é inegável que existem zonas de penumbra nos textos legais, caracterizadas por expressões ambíguas, genéricas, polissêmicas, que permitem a controvérsia entre os intérpretes.

Há, inclusive, casos em que é opção do legislador a adoção dessa forma de redação, de modo a permitir ao aplicador/intérprete a adequada aplicação ao caso concreto. São as chamadas cláusulas gerais, técnica legislativa adotada a partir da segunda metade do século passado, em substituição ao modelo típico de redação casuística dos códigos oitocentistas.

Não obstante, em regra, os textos permitem que se chegue a um consenso fundado dentro dos limites estabelecidos pelo próprio texto. Esse consenso ocorre com uma certa naturalidade, o que não exclui a possibilidade de existência de opiniões divergentes, incluindo tanto dissensos convictos como outros que apenas buscam a manipulação interpretativa motivada por interesses das mais diversas ordens.

Note-se, aqui, de certa forma, a aceitação dos postulados da ética discursiva e das diversas teorias que se pautam na importância da fundamentação e do consenso na aplicação da razão prática. Permanecem, contudo as críticas acima registradas, no sentido da possibilidade de manipulação do consenso e de imposição de determinada interpretação por aqueles que detêm o poder.

Segue-se, ainda, na crença acerca de um conteúdo mínimo de significação objetiva dos conteúdos semânticos, do qual o consenso deve decorrer naturalmente. Ou seja, não é o consenso que deve produzir a significação, e sim o contrário.

De outra parte, pode-se crer no resgate das idéias de representatividade política, constitucionalismo, legalidade e separação de poderes como instrumentos de limitação dos poderes dos governantes. Nesse contexto, merece destaque o governo das leis (o que inclui a constituição) e a atribuição ao Poder Judiciário de aplicá-las.

Não se nega a função criativa da jurisprudência. Isso se revela ainda com mais obviedade na previsão de princípios e valores na constituição e nas leis. O mesmo se diga em relação às cláusulas gerais, conforme já mencionado acima.

O que se observa, com efeito, é a adoção na técnica legislativa contemporânea de modelos que permitem e exortam a colaboração do aplicador do direito no estabelecimento da regulação estatal.

Embora inconfundíveis do ponto de vista técnico, a previsão, de um lado, de valores e princípios e, de outro, de cláusulas gerais obedecem a mesma lógica. Isso é decorrência da descrença no modelo casuístico dos primeiros códigos, fundado na idéia de plenitude do ordenamento jurídico.

Procura-se, com esse modelo, não exatamente a discricionariedade do aplicador do direito, mas sim que este busque, no mundo vivido (para adotar a expressão cara a ética discursiva), padrões de conduta e de normatividade que serão adotados como standards pela jurisprudência, após o consenso da magistratura.

O que não parece recomendável admitir, entretanto, é que se utilize o magistrado dessas técnicas de reenvio para afastar a incidência de uma regra jurídica. Qualquer norma, seja positivada na forma de valor, princípio ou cláusula geral, que adote essa técnica legislativa pautada na generalidade e no chamamento à complementação pelo magistrado, deve ceder passo diante de uma previsão legislativa prevista numa regra, dado o seu caráter de especificidade e de sua maior densidade como decisão política.

Em outras palavras, havendo conflito entre duas normas, sendo uma delas um princípio (ou um valor, ou uma cláusula geral) e a outra uma regra, deve prevalecer essa última, na medida em que, através dela, o próprio legislador já efetuou a devida concretização do princípio (o a aplicação do valor, ou o preenchimento da cláusula geral).

De outra parte, não se pode negar importância da já milenar tarefa de aplicação da equidade. É talvez uma das funções mais relevantes e próprias da magistratura a adaptação da generalidade e da impessoalidade da norma positiva, de modo a evitar a injustiça no caso concreto. Elementos, possibilidades e, sobretudo, legitimidade não lhe falta para tanto.

Conclusão

O pensamento jurídico que se costuma denominar de pós-positivismo foi extremamente fértil em formulações teóricas que promoveram um grande avanço na ciência jurídica. Diversos mitos e premissas que se revelaram extremamente frágeis foram derrubadas.

No campo da hermenêutica, as correntes não interpretativistas romperam com uma tradição de automatismo e de fetichismo legal, demonstrando a ingenuidade de um pensamento que acreditava que a tarefa do aplicador consistia na mera reprodução de uma suposta vontade existente na norma jurídica.

Toda essa contribuição não afasta, porém, o valor do legado do liberalismo político. Ao contrário, ao absorver os influxos trazidos pela hermenêutica jurídica contemporânea, os ideais de vinculação à constituição e às leis podem ser desenvolvidos em sua plenitude.

É consagração, em última análise, do princípio democrático, que deve pautar o estabelecimento de regras a serem observadas por todos, governantes e governados. Nesse contexto, a jurisprudência está, pois, subordinada à constituição e às leis, o que, entretanto, não a torna uma função de estado de nível inferior às demais, pois todos (governantes e governados) devem obediência às pautas de conduta democraticamente formuladas.

Num sistema democrático (que, portanto, supõe responsabilidade política) predominantemente legislado, a tarefa de concretização da constituição e de formulação das pautas de conduta compete, em primeiro lugar, ao parlamento, devendo o Judiciário acatar a decisão política tomada pelos representantes do povo.

Nesse contexto, a idéia de atribuição de ampla discricionariedade aos magistrados esconde, no fundo, um pensamento que pretende atribuir maior poder político aos operadores do direito (advogados, membros do ministério público e magistratura) em detrimento dos canais de expressão política institucionalizados.

Esconde, de outra parte, uma certa demonização da política partidária e da atividade legislativa, bem como, ao mesmo tempo, uma crença quase messiânica na capacidade de um corpo de virtuosos conhecedores da lei e da realidade social (operadores do direito) de melhor governar.

Dessa forma, com todas as ressalvas feitas, e aceitando toda contribuição trazida por todo o pensamento hermenêutico que se seguiu à Escola da Exegese, pode-se reafirmar a adequação do ideal de Estado de Direito, que pode ser bem sintetizado na idéia de governo das leis, em oposição ao governo de pessoas.

* Mestrando em Direito - PUCRS

Disponível

em:

http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/060804hermenuetica_fabiano_beserra.php

Acesso em: 16 de outubro de 2007