**NOVAS FORMAS DE USO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA COMO MEIO DE LUTA CONTRA A DESIGUALDADE SOCIAL EXISTENTE NO BRASIL**

Eline Lopes Santos

José Raimundo Fróz

Kairo Cabral Nascimento

**RESUMO**

Esse trabalho irá fazer uma abordagem das várias formas como o Direito já foi utilizado para a sua aplicação como técnica de resolução de conflitos, apontando assim suas várias etapas desde o positivismo, traçando as principais críticas que foram feitas a esse modelo, até a Hermenêutica Jurídica que está sendo amplamente trabalhada na pós-modernidade, fazendo assim uma relação entre essa corrente e a real necessidade de utilização da mesma dentro do nosso país, apontando o seu emprego e também sua utilização e inserção de forma imediata em nossa sociedade, para que assim traga uma maior efetivação dos direitos que estão garantidos por força Constitucional e que porém ainda hoje são desrespeitados.

**Palavras-chave:** Hermenêutica jurídica. Constitucional.

**1 INTRODUÇÃO**

No cenário atual brasileiro, devido a diversos fatores, observa-se que o judiciário encontra-se num nível de crise de "dupla face", onde o problema real não é ao que se deve atribuir a culpa, mas como o judiciário deve se posicionar para que haja uma superação da mesma. Dentre os efeitos dessa crise vale frisar: problema de acesso à justiça em face de demandas sociais crescentes, crise no modo jurídico de regulação social em face da necessidade do modo midiático de regulação social, crise no princípio da legalidade, crise no âmbito privatista, etc.

Como se pode observa, vastas são as consequências, mas merece destaque, aqui a crise da legalidade e a crise do paradigma privatista, que nos leva a perceber que para a realidade social na qual fazemos parte não basta apenas observar a "letra da lei". E, também, nos revela que ao percebermos os conflitos jurídicos, os mesmos não são de maneira exclusiva interindividuais, porém, cada vez mais supra-individuais.

É bem verdade que a nossa Constituição traz em seu texto enquanto garantia a proteção ao acesso à justiça e que haja igualdade nesse acesso. Eis, que surge aqui, a importância de se notar a real importância dessa nova visão hermenêutica, que nos faz enxergar que a tendência é o distanciamento da "letra da lei" e a aproximação do propósito da norma. Daí é que se extrai a real importância da hermenêutica jurídica, que é a correta interpretação, juntamente com a pretensão de se fazer valer do uso da hermenêutica enquanto estruturante para o direito a fim de haver real aproximação com a realidade para que se diminua a desigualdade social.

E em decorrência dessa perspectiva, que apontamos a importância de, no meio jurídico, atentarmos ao uso da hermenêutica abordada por Lenio Streck (2013), como pretensão de se efetivar esse alcance do direito a realidade social, afim de que haja real efetividade do nosso sistema jurídico e que, por conseguinte, o povo brasileiro possa desfrutar de fato do acesso à justiça que a nossa constituição defende.

**2 OS LIMITES ENFRENTADOS PELA HERMENÊUTICA JURÍDICA TRADICIONAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO**

Hermenêutica, enquanto seu âmbito jurídico, é a ciência que se destina a compreensão das normas positivadas, seu objetivo é elucidar a interpretação dos textos jurídicos. No Brasil há de se falar em duas formas de mecanismos de interpretação, o primeiro que tem como parâmetro a filosofia da consciência, onde o conhecimento se dá pela relação existente entre o homem e o objeto. O segundo mecanismo, se remete a filosofia da linguagem, que consiste na ascensão da linguagem, não sendo esta entendida como mera transmissão, mas como algo de grande importância, lembrando que, já não existe relação entre a palavra e aquilo que ela significa, pois, conhecer algo é ter linguagem sobre esse algo e não se ater somente a uma relação ontológica entre a palavra e aquilo que ela representa.

Assim, vale elucidar que, esse primeiro mecanismo, antes exposto de maneira sucinta, diz respeito à interpretação feita pelo que denomina de hermenêutica clássica, que é método mais consolidado e será trabalhado a seguir.

**2.1 hermenêutica Jurídica Tradicional: Aspectos Gerais**

A corrente Tradicional tem como referencial, a filosofia da consciência, em que, diferentemente da filosofia da linguagem, temos o conhecimento como fruto da relação do homem com o objeto e a linguagem detém o papel de mera transmissão desse conhecimento. Aqui existe um conteúdo próprio inerente a palavra (que é igual para todos), ou seja, existe uma relação ontológica entre a palavra e aquilo que ela significa, o conhecimento se dá pela relação do homem com o objeto e a linguagem é somente a transmissão desse conhecimento.

O conteúdo nesse sentido não está na cabeça do interprete, mas no texto, entende-se que existe conteúdo próprio inerente ao texto jurídico. De acordo com Carlos Maximiliano (1947), que é um dos autores onde é nítido observar os ditames da hermenêutica tradicional, afirma que a função do interprete revela o conteúdo inerente ao texto, que nada mais é do que o próprio texto, onde a hermenêutica jurídica tem como objeto de estudo, a análise e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito. Assim, podemos afirmar que a corrente tradicional também tem atrelado a sua matriz teórica o positivismo jurídico (em sua subcorrente dogmática formal legalista), ao ponto que se determina ao Direito o parâmetro de que Direito e regras são iguais e, portanto, a hermenêutica se trata da adaptação do fato à norma. O interprete não é um sujeito criativo no ato de interpretação e sim um mero reprodutor de um sentido pré-existente.

Observamos que na hermenêutica tradicional, temos a busca pela vontade do legislador, fazendo com que seu procedimento seja uma atividade técnico- operacional, porque o intérprete não é sujeito ativo, mas apenas um aplicador da norma positivada, pois para essa perspectiva o direito é auto-suficiente e o que vale é a regra (a letra da lei) e não as pré-compreensões do intérprete, sendo que ele extrai a norma jurídica dos textos normativos. As normas (positivadas), nessa corrente, são compreendidas enquanto regras e aplicadas pela subsunção, onde existe também a ideia de que Direito e moral devem manter distância entre si, já que a importância se dá no direito posto. Tal ideia, encontramos também na proposta de Kelsen onde temos no seu *dever-ser* essa positivação, no qual se tem no Direito a relação de regra, existindo também a concordância pelo distanciamento do Direito da moral.

Desse modo, na corrente tradicional, o conhecimento se dá ao se extrair do texto jurídico (objeto) a norma jurídica, onde a solução para o caso concreto, a fim de se alcançar um dos objetivos do direito, que é permitir o acesso à justiça, á sociedade de modo geral e garantir exercício dos direitos de cada cidadão, está contida no próprio texto normativo. E essas características aqui destacadas que demonstram uma não flexibilidade dessa corrente, que como será discutido adiante, determinarão o porquê de a hermenêutica tradicional enfrentar problemas em face da realidade contemporânea brasileira.

**2.2 A relação da hermenêutica tradicional com a realidade contemporânea**

No que concerne à realidade contemporânea brasileira, notamos que, nossa sociedade passou a possuir uma relação entre indivíduos cada vez mais complexa, em que esse fenômeno passou a exigir respostas mais precisas, efetivas e principalmente, diversas das tradicionais Nessas novas relações, o Estado assim saiu de sua concepção moderna em que buscava apenas a efetivação de um modelo do *Welfare state* ou o bem-esta social, restringindo-se a um âmbito público e se tornou atuante também presente na esfera individual, ou seja, atingindo também a vida privada dos cidadãos.

Nessa realidade, temos o surgimento de conflitos que fogem do padrão previsto por nossa atual dogmática jurídica institucionalizada no Brasil, o que mostrou de maneira explicita a ineficiência do Direito positivado na medida em que insiste na aplicação direta da lei nos casos concretos. Como prova disso, temos o surgimento de diversos conflitos no universo jurídicos que observamos com a crise do Direito, tais como descompasso do Direito com relação à realidade (problema estrutural), crise do Direito estatal e fenômeno do pluralismo jurídico (a existência, no seio de uma sociedade determinada, de mecanismos jurídicos diferentes aplicando-se a situações idênticas), etc.

Desse modo, o prisma defendido pela hermenêutica tradicional sobre a norma ser passível de "dominação" já não cabe mais na realidade jurídica brasileira, porque no modelo tradicional já não se encontram soluções prontas para casos que há colisões entre direitos fundamentais, nem para o problema de que no Direito são trabalhados conceitos vagos que o legislador não nos deixar claro pela norma positivada, e outro problema enfrentado são os desacordos morais, como por exemplo, o caso de união homoafetiva. Dessa forma, trabalhar a interpretação de maneira "engessada" sem possibilitar ao interprete que crie soluções para esses tipos emergentes de caso concreto é um problema para o Direito como um todo, estando em jogo a sua efetividade na sociedade.

Porém, vale frisar que, não podemos falar que o modelo tradicional está totalmente ultrapassado, pois como se observa em alguns casos sua solução através dessa perspectiva é bem possível tal como, por exemplo, no caso do Presidente da República quer se candidatar para o seu terceiro mandato, o mesmo será indeferido porque a regra é clara no texto normativo só é permitida uma reeleição. Ou, por exemplo, no caso de um juiz de direito que já esteja com seus setenta anos e ainda sim acredita veementemente que possui boa forma física e intelectual para fazer jus a sua função e continuar exercendo-a por mais anos, porém aqui teremos uma aplicação da norma jurídica de maneira tradicional pelo simples raciocínio onde a lei é a premissa maior, o fato relevante é a premissa menor , onde a conclusão é a simples aplicação da norma positivada na Constituição, que determina que servidores públicos a partir de setenta anos passam para a inatividade.

Entretanto, a vida contemporânea não é tão simples assim como, por exemplo, no caso em que um cidadão valendo do seu direito de liberdade de expressão e liberdade de religião, vai todas as manhãs por volta das seis horas em um bairro residencial, coloca sua caixa de som e começa a ditar o que as pessoas devem fazer para "seguir Jesus Cristo e entrar no Reino dos céus", perturbando o descanso de algumas pessoas. Então aqui, temos conflitos que envolvem direitos fundamentais e não podem ter sua solução encontrada apenas no texto da Constituição Federal, daí a necessidade de usar uma interpretação diferente da tradicional que permita o interprete produza a solução. Aqui vemos claramente a insuficiência da hermenêutica clássica frente a essa nova realidade de conflitos e necessidades emergentes na sociedade contemporânea.

Então, em face dessas mudanças, compreendemos que o modelo tradicional, onde a solução dos casos concretos se dá pelo próprio texto normativo, não há de ser mais a única e verdadeira solução, haja vista que os casos concretos dessa realidade surgem com características bem distintas das previstas pelo legislador, assim não podemos, observar mais a norma positivada como algo pronto e acabado que deve ser compreendido ao “pé da letra”, mas sim, devemos ter o texto jurídico como apenas um inicio de solução, onde a solução tem que se instruida pelo juíz para se produzir uma solução (o que será abordado adequadamente no tópico seguinte).

**3 O SURGIMENTO DE UM NOVO PARADIGMA HERMENÊUTICO**

**3.1 A necessidade de superação do positivismo jurídico**

Com a acessão do positivismo na sociedade europeia no século XIX, a ciência passou a ganhar profunda relevância em todo o meio acadêmico, assim houve uma grande tendência que se espalhou por toda a sociedade ocidental e que se estabeleceu no decorrer do tempo em se buscar uma previsibilidade em todos os campos de conhecimento. Esse fenômeno também ocorreu com o Direito, em que o mesmo passou a se atrelar ao positivismo jurídico para a solução dos conflitos sociais, em que se afirmava que esse positivismo jurídico traria certa segurança e um grande grau de previsibilidade para o nosso Direito a partir de textos normativos.

Porém no início do século XX, surgiu diversos trabalhos de doutrinadores pós-modernos que passaram a criticar essa forma de como a sociedade encarava o Direito, de forma posta e pré-determinada, aonde os juízes, por exemplo, passariam a ser apenas um braço da lei e assim aplicar as normas de maneira uniforme ao caso concreto, com isso varias impossibilidades dessa forma de aplicação normativa passaram a ser reconsideradas, como afirmou Carlos Santiago Nino (2010, p. 38)

O positivismo ideológico pretende que os juízes assumam uma postura moralmente neutra e que se limite a decidir conforme o direito vigente. Porém, essa pretensão é ilusória. Se o direito for definido em termos puramente fáticos, as preposições sobre as quais o direito vigente dispõe são reduzíveis a preposições de fato (SANTIAGO, 2010, p.38)

Assim, passou-se a buscar uma necessidade de valoração na aplicação das normas, deixando claro que deveria ter uma carga de valor maior na aplicação das leis e assim uma maior individualização dessa aplicação a partir de uma ponderação de valores entre o texto da lei e o determinado caso concreto em questão. Essa ação passa a ficar assim a cargo discricionário do juiz, em que o mesmo já fica com uma forma de atuação maior.

**3.2 A Teoria Critica do Direito como abalo estrutura da tradicional Dogmática Jurídica**

Dentro dessa nova forma de interpretação surgiu assim uma vertente em que buscou uma interpretação mais humanística do Direito e assim poder buscar uma forma de sua aplicação de maneira mais precisa, tendo como princípio uma sociedade mais justa fazendo com que o Estado cumprisse com suas promessas, que serviram de base para sua criação, como o direito a liberdade, vida digna e igualdade, que foram sendo esquecidos no decorrer da história política. Todos esses ideais somaram assim para o surgimento de uma Teoria Critica do Direito, em que possuíam como principal objetivo a mudança de postura do sistema jurisdicional moderno dentro da sociedade como afirma Alexandre Araújo Costa (2001, p. 163)

Embora também possamos identificar no positivismo sociológico e no realismo jurídico o objetivo de explicar os mecanismos efetivos de atuação do direito, essas teorias adotam uma postura zetética, mas não exatamente uma postura crítica. Enquanto o positivismo sociológico visa apenas a descrever o direito para proporcionar um conhecimento mais aprofundado, as teorias críticas têm na descrição da função ideológica do direito apenas um meio voltado à realização de seu principal objetivo: a mudança das formas de organização política e jurídica de uma sociedade (COSTA, 2001, p.163).

Essa teoria passou a ser utilizada por grande parte de autores a partir do século XX, que enxergavam a necessidade da superação do Direito positivo uma vez que o mesmo já não era mais suficiente para atender aos novos conflitos humanos que começaram a aparecer dentro das camadas sociais. Com isso a estrutura tradicional da dogmática jurídica começou a ser fortemente abalada dentro de seus princípios fundamentais desestruturando seus fundamentos e assim retirando cada vez mais sua solidez. Porém essa crítica do Direito que passou a ser formulada não foi reunida em uma unidade oposta de pensamento, e sim teve seus ideais básicos difundidos por diferentes vertentes de pensamento, não chegando assim a dominar em uma só corrente como afirma Luís Alberto Warat (1996, p. 65)

O que se chama de teoria critica é tão-somente um conjunto de abalos e cumplicidades contra as teorias jurídicas dominantes (...). Estamos, portanto diante de uma tentativa de compreender o discurso jurídico que, de um modo geral, procura estudar o valor social das concepções racionalistas e universalistas do Direito, mas que não se postula como teoria, escola ou corrente de pensamento (WARAT, 1996, p.65).

Assim por falta de uma concentração maior por parte dessa espécie de corrente doutrina teve uma grande impossibilidade de colocar em pratica as suas ideologias, permanecendo assim apenas no campo da crítica.

**3.3 Lênio Streck e a aplicação da Hermenêutica Jurídica como uma forma de efetivação do Estado Democrático de Direito no Brasil.**

Apesar de termos ainda uma resistência de prevalência da dogmática jurídica tradicional, com uma crescente quantidade de estudos que já previam a ineficácia do modelo positivo estabelecido dentro dos muitos ordenamentos jurídicos da sociedade moderna, passou-se a aceitar que os estados contemporâneos não são mais capazes de se sustentarem e também manter a ordem social somente através da aplicação direta da lei nos casos que são levados até os tribunais, e assim a necessidade de uma mudança nesse modelo de ação jurídico-estatal se torna mais nítido.

Pois temos dentro da sociedade a tendência de uma evolução social e consequentemente conflitos cada vez mais difíceis e complexos de se resolver, pois uma vez que nos encontramos na pós-modernidade, esses conflitos que chegam até o nosso judiciário, já passam a ter características que fogem de modelos que antes eram previstos em nosso ordenamento, com essa ideia Lênio Streck afirma que (2013, p.57)

A crise do modelo (modo de produção de Direito) se instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando coma perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nitidos em nossos Códigos (civil, comercial, penal, processual penal, e processual civil, etc.). Esta é a crise de modelo (ou modo de produção) de Direito, dominante nas práticas jurídicas de nossos tribunais, fóruns e na doutrina.

Assim com essa crise do modelo como o autor se refere, nasce uma nova forma de trabalhar o Direito contemporâneo, que se dá através da Hermenêutica Jurídica, a mesma assim irá possibilitar nascimento de novas formas de interpretação do Direito para uma melhor aplicação de seus textos na sociedade em que o mesmo esta inserido.

No Brasil com a Constituição de 88, passou-se a tratar com grande relevância em seus textos a relevância da dignidade da pessoa humana e todos os princípios que são inerentes à ela, os chamados direitos fundamentais, dessa forma o indivíduo esta altamente protegido pelo Estado através de várias garantias, porém na pratica e como podemos observar nos dias de hoje, não é isso que acontece, uma vez que o poder público age com total descaso em relação à algumas classes sociais em nosso país, fazendo com que as mesmas permaneçam em situações de completo descaso e esquecimento por parte dos órgãos estatais. Sobre isso Streck esclarece que (2013, p.43)

Os legados da modernidade longe estão de serem realizados no Brasil. O Direito, como um desses principais legados formalmente encontrou guarida na CF de 88. A forma desse veiculo de acesso à igualdade prometida pela modernidade foi a instituição do Estado Democrático de Direito, que, porém longe esta de ser efetivado (STRECK, 2013, p.43).

Nesse contexto, a Hermenêutica Jurídica passa a figurar como uma forma de poder atender de maneira mediata essas necessidades advindas da falha do poder público como garantidor de Direitos fundamentais, e poder exercer uma atividade mais extensiva do próprio poder jurisdicional, dessa forma a ação de todo o poder judiciário será integrada com os demais setores de poder estatal, aonde através dessa integração a aplicação do Direito normativo antes de ser aplicado pelo juiz no caso concreto terá a possibilidade de passar por uma adaptação entre o texto e o caso em conflito, pois como afirma os vários pensadores da própria hermenêutica jurídica, cada caso é um caso único, assim é necessário que se tenha uma análise mais precisa por parte dos tribunais para que assim possamos chegar a uma aplicação da lei não de forma direta e de maneira fria e sim como um resultado de uma análise profunda e bem aproximada do caso em questão, dessa forma como afirma Streck (2013), o poder Judiciário passa a possuir de certa forma um quinhão de responsabilidade também dos outros dois poderes (o Executivo e o Legislativo), uma vez que há uma certa ausência do Estado nesses dois âmbitos na busca de uma realização e efetivação de Direitos já garantidos constitucionalmente.

Assim temos o exercício da atividade jurisdicional mais ampliada e também acontecendo de forma mais autônoma uma vez que vivemos em uma sociedade aonde muito dos indivíduos não possuem muitos dos seus direitos respeitados e assim vivendo em condições de completo descaso por parte do Estado que deveria assegurar a integração social do cidadão, acontecendo assim o contrario em que a maioria da população vive de forma marginalizada ocupando bolsões de miséria dentro das grandes sociedades brasileiras. E é exatamente isso que a reinterpretação da dogmática jurídica e seu papel dentro do judiciario buscam combater tendo como principal objetivo a efetivação e o respeito por nossa Constituição Federal.

**4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O cenário contemporâneo brasileiro, conforme observamos é palco de diversas necessidades emergentes e novos conflitos, e o judiciário encontra-se num nível de crise de "dupla face", onde a grande questão não é atribuir a culpa, mas como o mesmo deve se posicionar para que essa crise seja superada. No tocante aos efeitos dessa crise temos, principalmente, o problema de acesso à justiça em face dessas demandas sociais emergentes, crise no modo jurídico de regulação social em face da necessidade do modo midiático de regulação social, crise no princípio da legalidade e crise no âmbito privatista.

Assim, conflitos que fogem do padrão previsto por nossa atual dogmática jurídica, institucionalizada no Brasil, e com o uso somente da interpretação pela vertente da hermenêutica tradicional não é suficiente para dirimir esses conflitos e muito menos, ser capaz de garantir a solução para esses casos. Conforme visto, o grande problema da hermenêutica tradicional é de imediato, a sua característica de método literal, pois na sociedade contemporânea temos problemas onde a solução não está pronta no relato da norma. Ademais, para bem ou para mal, a vida não é tão simples assim, então essa forma não é capaz de abarcar alguns casos, assim temos que o método tradicional não está num todo errado, mas frente a esses novos casos concretos da realidade contemporânea não são suficientes para satisfazer tais fatos, onde a solução não está pronta na norma jurídica.

Não conseguem solucionar por si só as colisões entre direitos fundamentais, os conceitos vagos que o direito trabalha e muito menos os desacordos morais, haja vista que essa corrente prega o distanciamento do direito da moral assim como Kelsen.

Destarte, assim, destacamos a importância da hermenêutica contemporânea enquanto novo paradigma que tem por referência a filosofia da linguagem, onde aqui é dado grande importância para linguagem enquanto elemento de constituição do objeto e não como elemento de transmissão de conhecimento (não há uma relação ontológica entre a palavra e aquilo que ela representa). Nessa nova vertente, o conteúdo não está no texto, mas no interprete, dessa forma, entende que não tem conteúdo próprio inerente ao texto jurídico. Então, o que temos é que, no que couber aos casos concretos onde temos conflitos e situações distintas do que o texto normativo traz em si, só é possível produzir a norma, à luz do caso concreto (os elementos de fato). A norma não produz normatividade suficiente antes de ser integrada pelos fatos relevantes, assim o interprete deve ter ascensão do seu papel, enquanto interprete que traz consigo pré compreensões que interferirão na decisão que irá produzir. Aqui a norma tem apenas um inicio de solução, a solução tem que se instruída pelo interprete/juiz para se produzir uma solução, tendo, portanto, nessa nova realidade, uma mudança da norma, do papel interprete, bem como a mudança do problema. Por isso, afirmamos que o interprete não irá extrair a norma jurídica dos textos, ele irá construir a norma. E sendo a norma um juízo construído na cabeça do interprete, ele constrói e atribui sentido ao texto positivado pelo legislador.

**REFERÊNCIAS**

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução ao Direito.** 2001

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** técnica, decisão, dominação. 7.ª edição. São Paulo. Atlas, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 4. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1947. in GUIMARÃES, Arianna Stagni. **A importância dos princípios jurídicos no processo de interpretação constitucional.** 1ª ed. São Paulo : LTr, 2003. p 57.

NINO, Carlos Santiago**. Introdução à analise do Direito.** São Paulo. Ed.WMF Martins Fontes. 2010

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11°edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2013

WARAT, Luís Alberto. **Filosofia do Direito, uma introdução crítica**. São Paulo. Ed.Moderna.1996