

**Curso/Disciplina:** Direito Constitucional

**Aula:** Hermenêutica (Parte II) / Aula 06

**Professor:** Marcelo Tavares

**Monitora:** Kelly Silva

## Aula 06

### HERMENÊUTICA (cont.)

#### Pós-Positivismo:

O Pós-Positivismo é um movimento na Filosofia do Direito que parte do reencontro do Direito com a moral, isto é, com a valorização do conteúdo, da substância normativa. Parte-se do pressuposto, também, de que dispositivo não é norma. A norma é o que se obtém após a interpretação do dispositivo. Dispositivo é uma estrutura pré-normativa, que, uma vez interpretada, uma vez conjugada com os fatos, com o ambiente social e político ao qual vai ser aplicada, se extraí a norma. Dispositivo é a previsão positivada da norma.

No Pós-Positivismo existe a valorização do papel dos princípios, que passam a ser encarados como uma espécie normativa. Assim, além das regras, passa-se a ter os princípios, que se tornam muito importantes, uma vez que através deles se veiculam os valores morais. Os princípios funcionam como o grande filtro ético do ordenamento jurídico.

#### Neoconstitucionalismo:

É uma nova visão da hermenêutica, a partir da relevância que se dá ao papel da Constituição, imantada por princípios, que leva em consideração valores morais importantes, da substância do pacto social que foi estabelecido pela sociedade. O Neoconstitucionalismo é um fenômeno mais restrito do que o Pós-Positivismo.

A constitucionalização dos ramos privados do direito se dá com o Neoconstitucionalismo. À época do Positivismo havia uma maior dicotomia entre o direito privado e o direito público.

#### Parâmetros da Hermenêutica do Pós-Positivismo:

**(I) Reencontro do direito com a moral** – as regras da moral, muitas vezes, acabam sendo levadas em consideração na interpretação de regras jurídicas porque elas integram o pacto social que foi formado pela sociedade;

**(II) Interpretação de princípios de forma aberta** – os princípios passam a poder ser interpretados por uma gama de atores sociais, que podem dar a sua contribuição na interpretação de certo princípio;

**(III) Argumentação jurídica baseada na razão** – não se trabalha no direito com uma visão subjetiva daquilo que é bom, mas com uma visão compartilhada na sociedade daquilo que é bom. O bem comum é um valor que deve ser compartilhado e, por isso, quando o juiz consegue colocar na sua fundamentação bases de razão,

ele permite que outras pessoas também possam analisar de uma forma racional a fundamentação que foi colocada;

**(IV) Reconhecimento da força normativa dos princípios;**

**(V) Rejeição do formalismo;**

**(VI) Recurso mais frequente a métodos mais abertos de interpretação** – o argumento deve ser capaz de ser compreendido por outras pessoas;

**(VII) Judicialização da política** – o Poder Judiciário passa a ter um protagonismo grande, que não tinha antes do Pós-Positivismo e do Neoconstitucionalismo. Cabe destacar que há um limite aqui, devendo ser observado o princípio da separação dos poderes;

**(VIII) Interpretação baseada na valorização do caso concreto, de valores morais e da razão compartilhada no espaço público;**

**(IX) O intérprete não é neutro** – o intérprete deve ser alguém imparcial, que possa valorizar as oportunidades de argumentação, de produção de provas, das partes que estão em litígio, mas dele não se pressupõe uma postura neutra, de afastamento do caso concreto. O intérprete deve ser alguém inserido dentro da sociedade, que seja uma pessoa viva no seio da sociedade, que conheça as dificuldades e as virtudes daquela sociedade, que saiba valorizar determinadas questões colocadas em juízo. Aceita-se que um juiz tenha uma história de vida (pré-compreensão);

**(X) Importância das consequências da decisão** - o juiz tem que ter plena consciência das consequências sociais do que está decidindo. Ele não pode, ao argumento de estar produzindo uma decisão juridicamente pura, levar uma solução socialmente injusta para os valores que são compartilhados por aquela sociedade. O juiz não tem o papel de piorar a situação social. Nesse aspecto, o direito é um instrumento de realização dos objetivos sociais, respeitados sempre os direitos das minorias.

No Positivismo as fases de interpretação e aplicação são separadas. No Pós-Positivismo se aplica o círculo hermenêutico ou espiral hermenêutica, isto é, as fases não são estanques. O fato é considerado desde o início. Parte-se do fato para a norma e da norma para o fato, até que se chegue na decisão.

**Cosmopolitismo** – consideração de que aquela sociedade jurídica não é isolada, de que ela faz parte de uma sociedade mundial, de que existem valores compartilhados e que é importante se fazer uma investigação de como determinado fenômeno jurídico que está sendo objeto da interpretação é tratado por outras sociedades. Daí se valoriza o estudo do direito comparado.

### **Métodos de Interpretação do Pós-Positivismo:**

**(I) Método clássico** – todos aqueles submétodos do Positivismo Jurídico são enquadrados aqui como método clássico (interpretação sistemática, histórica, finalística, gramatical);

**(II) Método tópico-problemático** – leva em consideração o fato no primeiro momento de interpretação da norma. Ele trata a questão da decisão como um caso concreto principalmente. Se interpreta indo do fato para a norma. Se leva em consideração o contexto daquele fato, a importância daquele fato para a sociedade e, a partir daí, é que se busca a interpretação do dispositivo. É um método que coloca a decisão a partir de um problema a ser enfrentado; esse problema é baseado em um contexto social daquele fato; e não se tem como

interpretar a norma sem levar isso em consideração. O resultado não fornece uma única resposta e deve ser encontrado a partir do diálogo;

**(III) Método hermenêutico concretizador** – valoriza bastante o fato, mas parte da estrutura do dispositivo e, a partir daí, faz o enquadramento do fato;

**(IV) Método científico-espiritual** – valoriza o compartilhamento do padrão moral na sociedade. Ele considera que as normas jurídicas e, principalmente, a Constituição enverga os valores morais que são compartilhados pela sociedade. Para esse método, o ato de interpretar é o ato de encontrar qual é a visão que a sociedade tem daquele fenômeno a partir da valorização dos princípios que são compartilhados. A Constituição encarna o espírito da sociedade;

**(V) Método normativo-estruturante** – parte da visão que a norma não deve ser vista de forma isolada. É um avanço em relação ao método sistemático. Aponta que a Constituição é formada por grandes estruturas políticas, por grandes estruturas orgânicas, que devem ser compreendidas através da norma de uma forma global, de uma forma mais geral;

**(VI) Método da comparação** – tem duas vertentes: entre sistemas jurídicos e entre grandes estruturas históricas.

#### **Principais Temas da Hermenêutica Pós-Positivista:**

**(I) Normatividade dos princípios;**

**(II) Ponderação de interesses;**

**(III) Método da argumentação jurídica.**

Quanto à normatividade dos princípios, na hermenêutica Positivista as normas, basicamente, se resumiam às regras. Um dos grandes parâmetros do Pós-Positivismo é a valorização dos princípios e a consideração de que os princípios são a estrutura normativa principal, através da qual os valores morais daquela sociedade que podem ser submetidos a um debate público são veiculados. Os princípios são importantes por imantar regras jurídicas, fazendo com que estas sejam baseadas em valores morais, dando um sentido deontológico àquelas regras jurídicas. No Positivismo existiam dois parâmetros, em que a diferença era quantitativa de abstração. A afirmação Positivista é de que os princípios são mais abstratos do que as regras. Então, o principal critério utilizado para diferenciar princípios e regras, na visão Positivista, era o de que princípios eram mais abstratos do que as regras. O segundo parâmetro empregado pelo Positivismo é o da consideração da pouca capacidade de cogência dos princípios.

Na visão Positivista, os princípios servem para integrar lacunas no ordenamento jurídico. Na visão Pós-Positivista, as normas não se resumem às regras, mas também aos princípios. Existem três critérios colocados:

Critérios	Normas	
	Princípios	Regras
Direito ao valor protegido	Justiça	Segurança
Conteúdo	Axiológico	Deontológico
Estrutura Normativa	Estados ideais a serem atingidos (estados ótimos)	Especificam condutas a serem observadas
Aplicabilidade	Mandado de otimização	Mandado de cumprimento

De acordo com Humberto Ávila, princípios são normas imediatamente finalísticas (que perseguem um valor moral), primariamente prospectivas (aptidão para ser lido para frente) e com pretensão de complementariedade (nasce para ser complementado), para cuja aplicação demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária para a sua promoção. As regras seriam imediatamente descritivas de condutas humanas, primariamente retrospectivas (a regra surge a partir da observação de condutas humanas anteriores) e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência sempre centrada na finalidade que lhe dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Ávila, ainda apresenta o postulado normativo, que são normas imediatamente metodológicas, ou seja, são normas de método que estruturam a interpretação e a aplicação de princípios e regras mediante a exigência mais ou menos específica de relações entre elementos com base em determinados critérios.