

**A INCONGRUÊNCIA HERMENÊUTICA DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO A PARTIR DA SUPERAÇÃO DO PARADIGMA PÚBLICO-PRIVADO PELO FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**THE HERMENEUTICS INCONGRUITY OF SUPREMACY OF PUBLIC INTEREST FROM THE OVERCOMING OF THE PUBLIC-PRIVATE PARADIGM FOR THE PHENOMENON OF THE CONSTITUTIONALISATION OF LAW: AN ANALYSIS FROM THE BRAZILIAN SUPREME COURT JURISPRUDENCE**

Felipe da Veiga Dias<sup>1</sup>

Iuri Bolesina<sup>2</sup>

**Resumo**

Esta pesquisa tem como tema a hermenêutica e a dicotomia público-privado, mais especificamente se aprofunda o estudo da superação da dicotomia e a não assimilação das mudanças hermenêuticas, a partir da análise da supremacia do interesse público no plano jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Com base nesses fundamentos busca-se compreender se realmente há superação da dicotomia pelo processo de constitucionalização, bem como os motivos de dificuldade na adoção da hermenêutica e a manutenção de argumentações como a supremacia do interesse público. Desse modo utiliza-se como método de abordagem o dedutivo e de procedimento monográfico, combinados com a técnica de pesquisa da documentação indireta. Contudo, a não superação dos paradigmas do positivismo e de alguns pressupostos da dicotomia público-privado permanecem a impedir o alcance das novas ligações sistemáticas do direito privado-constitucional e mesmo da própria hermenêutica (de base filosófica), fato este comprovado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual permanece utilizando a supremacia do interesse público de forma discricionária, em franca incompatibilidade com as novas bases constitucionais e hermenêuticas.

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bolsista da CAPES (nº 12333/13-1) - Doutorado Sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Especialista em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito – PUC/RS. Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil, Professor da Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES). Santa Maria – RS. Brasil. Integrante dos Grupos de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do Núcleo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (GRUPECA/UNISC). Participante do projeto de pesquisa “A violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes e as políticas públicas: a imperiosa análise do problema para o estabelecimento de parâmetros de reestruturação do combate às violações aos direitos infanto-juvenis” (CNPQ). Advogado – felipevdias@gmail.com.

<sup>2</sup> Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Especialista em Direito Civil pelo Instituto Meridional de Educação (IMED). Professor das disciplinas de Direito Constitucional e Introdução ao Estudo do Direito. Advogado – iuribolesina@gmail.com.

**Palavras-chave:** Hermenêutica; Dicotomia; Supremacia do Interesse Público; Supremo Tribunal Federal

### **Abstract**

This research has as a theme hermeneutics and public-private dichotomy, specifically deepens the study of the overcoming of the dichotomy and the not assimilation of hermeneutical changes, from the analysis of the supremacy of the public interest in judicial plan of the Brazilian Supreme Court. Based on these foundations we seek to understand whether there really overcoming the dichotomy of the constitutionalization process as well as the reasons for the difficulties in adopting of hermeneutics and maintaining of the arguments as the supremacy of the public interest. Thus it is used the deductive approach method and monographic procedure, combined with the research technique of indirect documentation. However, not overcoming of the positivism paradigm and some assumptions of the public-private dichotomy remain to prevent the reach of new systematic links the private and constitutional law and even the very hermeneutics (the philosophical basis), a fact confirmed by the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court, which remains using the supremacy of the public interest in a discretionary manner, in clear conflict with the new constitutional and hermeneutical bases.

**Key-words:** Hermeneutics; Dichotomy; Supremacy of Public Interest; Supreme Court

### **Considerações Iniciais**

A presente pesquisa debruça-se sobre o tema da hermenêutica e da dicotomia público-privado, tendo como perspectiva a superação do processo dicotômico pela força modificativa constitucional aliada a uma nova hermenêutica. Apesar da aparente aura pacífica que os tópicos parecem externar, é importante salientar a inexistência de terreno sólido sobre tais debates, sendo imperioso ressaltar os aspectos principais de conflito, seja na contestação do fim da dicotomia ou na não utilização de uma nova hermenêutica.

Dessa forma, o estudo especifica ainda mais sua abordagem ao aplacar a chamada supremacia do interesse público e sua insustentabilidade, a partir dos panoramas interpretativos constitucionais hodiernos, bem como se utiliza para tanto da análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, a fim de expor as dificuldades no processo de progressão teórica constitucional e hermenêutica.

Posto isso, indaga-se a respeito da superação ou não da dicotomia público-privado pela constitucionalização do direito, ao mesmo tempo em que se questiona o uso da nova hermenêutica pela jurisprudência para o afastamento de constructos como a supremacia do interesse público. Neste sentido, para alcançar as respostas de tais perguntas, adota-se como metodologia da pesquisa os métodos de abordagem dedutivo, de procedimento monográfico e como técnica de pesquisa a documentação indireta.

Portanto, inicia-se a reflexão acima proposta pelas duas bases teóricas, a dicotomia público-privado (e o processo de constitucionalização como possível mitigador) e a hermenêutica, para posteriormente aprofundar as nuances decisórias que podem ou não contribuir para um avanço jurídico brasileiro.

## **1. A mitigação da dicotomia público-privado por meio da constitucionalização do direito**

Ao tomar-se o direito privado ou a dicotomia público-privado como aspecto inicial de estudo enfrenta-se a primeira dificuldade, já que observar a história do direito é muitas vezes tentar compreender o histórico do direito privado (WIEACKER, 2010, p. 7-8), e com isso torna-se árdua a determinação de um espaço-tempo para começar a apreciação.

Todavia, por ora adota-se como marco a revisitação do período do Estado Liberal, sendo este um importante momento jurídico, tanto pela superação das teorias jusnaturalistas (processo decisivo no plano teórico-jurídico e interpretativo)<sup>3</sup>, quanto pelo processo conhecido como a época das grandes codificações, inaugurado pelo Código Civil Napoleônico em 1804 (CAENEGEM, 1999, p. 1), o qual já detinha como traço característico o “positivismo, que iria marcar a Escola Exegética e exercer uma influência dominante durante todo século XIX” (CAENEGEM, 1999, p. 11).

Embora se parta do período estatal liberal das codificações não se pode furtar à contribuição dada pelo pensamento jusnaturalista, em especial aos movimentos revolucionários norte-americano e francês na defesa de direitos fundamentais inerentes à condição humana (LOPES, 2000, p. 205-207), bem como ao movimento Iluminista como fator contributivo de reestruturação do pensamento (CAENEGEM, 1999, p. 161-162).

Sob o enfoque supramencionado encontra-se a nascente dicotomia público-privado (projetado sobre o pensamento liberal-burguês) (LOSANO, 2007, p. 560), a qual resultará em efeitos posteriores, inclusive nas teorias da eficácia dos direitos nas relações privadas. Um dos fatores históricos determinantes desta dicotomia encontrava-se no modelo estatal absolutista, que opressor da individualidade e dos direitos do cidadão, justificava a necessidade da postura de separação entre as esferas pública e privada. O direito público era visto como o local onde imperava a desigualdade nas relações (Estado-indivíduo), já o direito privado constituía o padrão de igualdade entre os homens (indivíduo-indivíduo) (FACCHINI NETO, 2010, p. 41).

---

<sup>3</sup> Comenta o autor a importância do direito natural na formação do pensamento da modernidade, bem como expõe a contribuição do mesmo na formação da dicotomia público-privado LOPES, 2000. p. 179-180).

Com tal índole percebe-se a motivação não apenas da separação entre público e privado, mas da própria desconfiança com o poder estatal, de modo a não reservar a ele nenhuma faculdade interpretativa, ou seja, a ideia das codificações, as quais ocupavam a centralidade no ordenamento jurídico privado, se constituía em recortar “o espaço da interpretação jurídica, a qual se limita exclusivamente à lei e se transforma em exegese” (LORENZETTI, 1998, p. 43).

Valioso salientar a potência desta dicotomia, a qual é considerada por muitos como “a grande dicotomia” do direito, por delinear, segundo Norberto Bobbio, as duas principais funções do ordenamento jurídico: a) permitindo a “coexistência de interesses individuais divergentes”, através de regras que visam reduzir conflitos e solucioná-los, e b) “a função de direcionar interesses divergentes no sentido de um objetivo comum por meio de regras imperativas e geralmente restritivas” (BOBBIO, 2007, p. 119).

O período dicotômico clarifica a visão acerca do desenvolvimento apartado do direito público e privado, tendo o segundo um elevado grau de densidade teórica, sendo esta mais uma das justificativas dos civilistas (contrários à incursão constitucional) para manter separados os dois ramos (LÔBO, 2008, p. 19). A consistência teórica dessa etapa no mundo jurídico civil é forte, visto que devido a ela surgiram posicionamentos de debates atuais, contrários a, por exemplo, uma aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas (refere-se aqui a teoria de não aplicação de efeitos).

Cabe aqui uma observação interessante, apesar da adoção desta linha de pensamento teórico galgado na combinação histórica estatal e jurídica para o aprofundamento da dicotomia público-privado, partindo do marco do Estado Liberal, deve-se ter em mente que ao projetar-se tal processo na realidade brasileira haverá algumas diferenças (o que não altera a linha do tempo estruturada), conforme salienta Daniel Sarmiento.

Sem embargo, é importante destacar que esta idéia de separação rígida entre público e privado, sobre a qual se assentava o ideário do Estado Liberal, embora seja útil para compreensão de uma série de conceitos e institutos jurídicos e políticos surgidos no cenário norte-atlântico e depois importados para o nosso país, nunca correspondeu à realidade na experiência nacional. Muito pelo contrário, os grandes estudiosos da história e da alma brasileiras costumam apontar, como uma das características essenciais da nossa formação, a existência de uma arraigada confusão entre o público e o privado, caracterizada pela penetração na esfera estatal da lógica do patrimonialismo, na qual as relações de confiança, amizade e compadrio, mantidas sob a égide do tradicional “jeitinho”, quase sempre prevaleceram sobre a ordenação impessoal dos interesses que deveria pautar a ação do governo e dos seus agentes (SARMENTO, 2010, p. 43).

No entanto (registradas as ressalvas nacionais), a superação da cisão público-privado se dá em um processo dual, em outras palavras, juntamente com a passagem do modelo estatal liberal para o social. Diante da ineficácia deste modelo estatal liberal na materialização dos direitos fundamentais<sup>4</sup>, prossegue-se para superação da dicotomia público-privado, com o propósito de alcançar maior efetividade constitucional, utilizando-se da mobilização conjunta dos entes sociais (Estado, mercado e sociedade civil).

A relativização da conhecida dicotomia entre público e privado tornou turvo o espaço de cada um deles, determinando novos horizontes de abordagem, com a privatização do público e a publicização do privado (MAGALHÃES FILHO, 2002, p. 115<sup>5</sup>). No presente momento, os autores asseveram a dificuldade em precisar limites entre os dois campos, alegando também que o poder visto unicamente como público ou privado é cada vez mais raro nas relações que se estabelecem<sup>6</sup>. O inter cruzamento entre os direitos fundamentais nas relações particulares corrobora os fenômenos comentados inicialmente nesse parágrafo, já que hoje tanto questões vistas anteriormente como privadas encontram-se envolvidas no enfoque público, como igualmente se dá a relação inversa.

O conhecimento das situações supramencionadas demonstra que a intersecção entre o direito constitucional e o direito privado ocorreu de maneira gradual e paulatina, podendo-se atribuir à verdadeira “invasão” constitucional na esfera privada uma série de conceitos e teorias que seriam depois aplicados em todas as ramificações do Direito, bem como novas discussões originárias dessa incursão.

Todavia, ainda resta um aspecto que pode ser ressaltado (antes do prosseguimento evolutivo da conexão constitucional/privado) e que guarda raízes com o período de dicotomia ora trabalhado, referente à visão dos direitos fundamentais. A origem dos direitos fundamentais no período liberal estabeleceu-os como direitos subjetivos de defesa, contra o Estado (REIS, 2004, p. 1000), haja vista o perfil opressor do modelo anterior (absolutista), a fim de, com isso, também equiparar a relação Estado-indivíduo, denominada de vertical.

Por óbvio, a partir desse entendimento estavam vinculados aos direitos fundamentais, obrigatoriamente, todos os poderes públicos, prezando pela proteção da parte mais frágil na

---

<sup>4</sup> “No paradigma do Estado Liberal, a Constituição não se imiscuia no campo das relações privadas. Estas eram disciplinadas pela legislação ordinária que gravitava em torno do Código Civil, centrado na proteção da segurança jurídica, tão vital aos interesses da burguesia. Com o surgimento do Estado Social, multiplicou-se a intervenção do legislador no campo privado, assim como a edição de normas de ordem pública que limitavam a autonomia da vontade dos sujeitos de direito em prol de interesses coletivos” (SARMENTO, 2010, p. 49).

<sup>5</sup> Em sentido semelhante à posição de Tepedino (2007).

<sup>6</sup> “*Se ha dicho con razón que em la actualidad el poder difícilmente se presenta como sólo público o solo privado [...] Pero no puede negarse que esa frontera se ha ido difuminado, es cada vez menos nítida. Lo que vemos realmente es una continuidad, un progresivo entrecruzamiento. La clásica contraposición que se remonta al Derecho romano se hace cada vez más tenue*” (UBILLOS, 2010, p. 267).

relação jurídica (MENDES, 2009, p. 114). Porém, nesse período ainda não se discutia se haveria uma aplicação desse mesmo raciocínio nas relações privadas, chamadas de horizontais (pois envolviam indivíduos, teoricamente, iguais) (CANOTILHO, 2004, p. 1286). A *priori*, pela separação entre os universos público e privado e, segundo, que apenas após a implementação do modelo de Estado Social (LÔBO, 2008, p. 20), bem como com a superação da dicotomia (público-privado), passou-se a limitar a esfera privada em face do direito constitucional, sendo isso algo inerente ao princípio dos debates.

Apesar de alguns pontos parecerem atualmente uníssonos, no contexto nacional do Estado Democrático de Direito e do marco constitucional de 1988, como por exemplo, a função social da propriedade, a força normativa (SARMENTO, 2010, p. 54-55) e irradiadora de efeitos da Constituição ou ainda as discussões sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, todos esses conteúdos se estabeleceram na doutrina jurídica moderna pouco a pouco, em um constante procedimento de maturação. Afirma-se isso para referendar a importância de defender padrões constitucionais, os quais foram sendo conquistados, ao longo do tempo, pois se hoje a discussão maior é em relação a temáticas pertinentes à ligação Constituição-direito privado, isto se dá pela superação de antigos conceitos enrijecidos pelo tempo e ultrapassados pelo contexto sócio-cultural<sup>7</sup>.

Durante o período de adaptações aos novos padrões teóricos que vinham sendo defendidos pelo direito constitucional (e o novo modelo de Estado), a matéria civil passou por determinadas etapas de declínio (em relação ao poder que detinha), como com o surgimento do direito do trabalho ou, no segundo pós-guerra, a chamada fase dos estatutos (microsistemas) (LORENZETTI, 1998, p. 46 e ss), quando matérias inteiras foram reguladas de forma individual, à parte da codificação civil, a qual era o centro jurídico na raiz liberal (SARMENTO, 2010, p. 72-73).

De tal modo, a modificação do centro gravitacional para o direito constitucional acarretou diversas alterações nas vertentes jurídicas, resultado do efeito irradiador da

---

<sup>7</sup> Comentando acerca da superação dos parâmetros doutrinários tem-se as palavras de Sarlet (2009, p. 244): “A teoria de Ruy Barbosa, em que pese sua inegável importância e seus aspectos positivos, passou a ser objeto, entre nós (de modo especial a partir da década de cinquenta), de acirrada crítica, não correspondendo mais ao modelo preponderante no âmbito de nossa doutrina, além de manifestamente incompatível com o direito constitucional positivo desde a Constituição de 1934, de cunho notadamente social e programático, aspectos que desde então caracterizam o nosso constitucionalismo. Sua revisão e reformulação ocorreram com base, principalmente, no pensamento de alguns dos principais publicistas italianos do segundo pós-guerra, mas também à luz das lições de juristas alemães da época de Weimar. Enquanto a concepção clássica partia da premissa de que a maior parte das disposições constitucionais não era diretamente aplicável sem a intervenção do legislador infraconstitucional, a doutrina atual parte da constatação de que a maioria das normas constitucionais constitui direito plena e diretamente aplicável”.

Constituição<sup>8</sup>, o qual afetou o direito privado em uma considerável gama de suas bases, motivando, de acordo com menção anterior, a resistência de parcela dos juristas, defensores da autonomia do sistema privado a pregar uma dissociação entre os ramos. Entretanto, a superação desta discussão se deu pela própria força constitucional, aliada à sustentação de teorias da constitucionalização do direito e seus respectivos defensores<sup>9</sup>, alcançando-se atualmente a aceitação da (flagrante) conexão entre direito constitucional e civil.

Devido à grande quantidade de transformações, derivada da Constituição, denominou-se esse fenômeno de constitucionalização do direito privado (LORENZETTI, 1998, p. 45)<sup>10</sup>. Contudo, a influência constitucional não ocasionou somente a mudança de conteúdos do Código Civil para a Constituição, mas também devolveu à interpretação (retomada da importância hermenêutica) um papel de protagonista no mundo jurídico, ocasionando releituras das normas e institutos civis.

O ordenamento jurídico privado tem a alteração de seu núcleo, abandonando sua índole liberal, que visava especialmente o patrimônio e seu resguardo, em um processo de despatrimonialização (REIS, 2003, p. 779), imputando-se aos novos fundamentos ideológicos constitucionais a responsabilidade por essa transformação (importância dos princípios constitucionais e direitos fundamentais (SARMENTO, 2010, p. 57)). Marcadamente encontra-se como base o princípio da dignidade humana, trazendo valor axiológico à releitura constitucional-civil, não bastando somente a revisão de mandamentos jurídicos como a propriedade, família, etc., mas também levando a uma harmonização entre a autonomia privada e os demais conteúdos constitucionais (TEPEDINO, 2007, p. 310).

A relação entre a natureza irradiadora dos efeitos constitucionais e o direito privado serve como amarra à proposta em tela, haja vista que a influência dos alicerces da Constituição deve manifestar-se flagrantemente na atividade interpretativa, abolindo dogmas do período dicotômico e opostos à visão constitucional, como será aludido na chamada supremacia do interesse público. Porém, antes de adentrar no tema da supremacia do interesse público, com base na relativização da dicotomia público-privado (apesar de sua importância histórica), impõe-se a adoção de uma nova hermenêutica, a fim de alinhar os rumos do

---

<sup>8</sup> No sentido de defender uma aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, Cunha (2010, p. 41-43) apresenta sua posição com base no efeito irradiante da eficácia dos direitos fundamentais. Complementa-se essa posição com a de Silva (2005, p. 41-43).

<sup>9</sup> Silva (2005, p. 38-41) apresenta as principais teorias de constitucionalização do direito, bem como seus idealizadores.

<sup>10</sup> Em sentido complementar Sarmiento (2010, p. 76). Igualmente apresenta-se o posicionamento de Adolfo (2008, p. 56-57).

constitucionalismo com um perfil diferenciado na interpretação do direito e, por conseguinte, distante da visão positivista.

## **2. A hermenêutica como substrato de modificação pós-positivista no constitucionalismo contemporâneo**

Antecede o aprofundamento hermenêutico como segundo elemento para este estudo o breve comentário a respeito da noção de pós-positivismo ora adotada, já que esta delimita um novo momento na teoria do direito. Dito isso, não se coaduna aqui com a visão partilhada por Luis Roberto Barroso (2006, p. 26-27), no sentido de que o pós-positivismo poderia ser um ajustamento de seu antecessor, apesar do autor enaltecer elementos nucleares a esta nova visão (como os direitos fundamentais ou a força normativa da Constituição), portanto, prefere-se uma postura de inovação teórica, conforme preleciona Lenio Luiz Streck (2011, p. 64), de maneira a entender que o pós-positivismo deve ser a real superação dos paradigmas do positivismo, alinhando-se com o perfil estatal democrático de direito e do constitucionalismo compromissário (constitucionalismo contemporâneo).

Essa percepção supramencionada denota um perfil diferenciado não apenas para o mundo jurídico, mas também para toda sociedade, a qual se encontra em um contexto social complexo<sup>11</sup> conhecido como pós-modernidade, onde as respostas do pensamento cartesiano não mais são suficientes para atender às expectativas ou à densidade das situações em apreço. Independente dos debates conceituais sobre a terminologia “pós-modernidade”, o que pode ser visto/asseverado é a natureza complexa na qual se inserem as problemáticas humanas (ARAGÃO, 2008, p. 8-10).

No plano jurídico o pós-positivismo é a tentativa de adaptação a esta nova realidade, de maneira que os efeitos deste novo panorama podem ser sentidos em áreas como a das relações privadas, as quais tentam entender novas conexões e formas de interação (exemplo disso são os chamados contratos-tipo) (ARAGÃO, 2008, p. 14-17), a fim de compactuar com essa visão diferenciada de mundo.

Esclarecido o lócus social e jurídico hodierno, inicia-se o estudo da hermenêutica afirmando seu caráter antigo e vasto, todavia, faz-se necessário dar um salto no tempo, para com isso efetuar um estudo mais conciso e ao mesmo tempo sincronizado com os marcos temporais anteriormente aludidos, razão que conduz ao período do modelo estatal liberal, em

---

<sup>11</sup> De acordo com a visão de Edgar Morin (2001, p. 40) a complexidade e a observação global, não mais segmentada é essencial para modificação do pensamento humano.



que se estabeleceram as bases da Escola da Exegese, em sua concepção metódica e formalista da aplicação jurídica. A premissa básica dessa doutrina era a subsunção dos fatos à norma. Nesta senda, outras escolas sucederam a subsunção, na tarefa de prover um processo interpretativo objetivo e fiel à legislação, acompanhando, inclusive, o recrudescimento do Estado de Direito e do liberalismo (MAGALHÃES FILHO, 2002, p. 63-64).

As teorias hermenêuticas clássicas tinham diretrizes racionalistas, as quais possibilitavam alcançar o sentido das normas através de fórmulas e métodos, tratando-se a linguagem como um mero instrumento de comunicação do jurista com o Direito (LUCAS, 2007, p. 24). Marca da natureza das matrizes interpretativas metódicas e formalistas é o positivismo jurídico (contraponto das ideologias jusnaturalistas), que acabou por extirpar as capacidades interpretativas dos operadores do direito, reservando-lhes somente tarefas reprodutivas (no sentido de vinculação absoluta ao texto) e fiscalizadoras da vigência das normas (em sentido procedimental e formal).

Cabe lembrar que o positivismo teve uma segunda fase, não tendo ficado restrito ao formalismo estrito, apesar da manutenção de um pensamento rigorosamente “lógico”, embora se registre as críticas a esta visão “tanto por partir de uma norma que não existe (a norma fundamental), quanto por não conseguir descer na prática a ponto de explicar o costume jurídico” (LOSANO, 2007, p. 54)<sup>12</sup>. Esta etapa foi nomeada positivismo normativista, tendo seu expoente na figura de Hans Kelsen (1998). Neste momento as teorias positivistas deixaram de lado as questões pragmáticas, caindo no cadafalso da discricionariedade.

Kelsen, portanto, privilegiou, em seus esforços teóricos, as dimensões semânticas e sintáticas dos enunciados jurídicos, deixando a pragmática para um segundo plano: o da discricionariedade do intérprete. Esse ponto é fundamental para podermos compreender o positivismo que se desenvolveu no século XX e o modo como encaminho minhas críticas nessa área da teoria do direito. Sendo mais claro: falo desse positivismo normativista, não de um exegetismo que, como pôde ser demonstrado, já havia dado sinais de exaustão no início do século passado. Numa palavra: Kelsen já havia superado o positivismo exegetico, mas abandonou o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da ‘aplicação’. E nisso reside a ‘maldição’ de sua tese. [...] Uma coisa todos esses positivismos têm até hoje em comum: a discricionariedade (STRECK, 2010, p. 87).

Em dado momento, haveria alguma reação a esse esvaziamento do Direito e, no caso, a insurgência se concretizou com a retomada da interpretação, voltando a ser posta no centro da ciência jurídica. Situando-se na linha do tempo, este período de renovação jurídica corresponde à formatação de um novo modelo hermenêutico – pós-positivista.

---

<sup>12</sup> Outro autor que apresenta algumas das fragilidades da teoria de Kelsen é Bobbio (2007, p. 54).

O período positivista, anterior à carta constitucional vigente, excluía a interpretação do universo jurídico, relegando um papel formalista aos operadores do direito ou, conforme se aludiu à fase subsequente do pensamento positivista, exorbitava o poder discricionário. Porém, a aceitação desta situação não vingou durante tanto tempo (ao menos é o que se pensava), pois já a partir da década de sessenta ergueram-se posicionamentos contrários na direção da chamada virada hermenêutica (MURICY, 2002, p. 31).

A revolução hermenêutica (giro linguístico hermenêutico ontológico) referida acima e que inspira a presente abordagem não tem o antigo perfil metodológico (abandono do sujeito solipsista) (STRECK, 2010, p. 59-60), e sim filosófico, do qual cabe destacar importantes pensadores como Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, bem como expor algumas de suas contribuições, na elevação do valor da linguagem e da própria interpretação (ROHDEN, 2003, p. 65). Martin Heidegger traz a ideia de que o entendimento do homem se dá por uma pré-compreensão, a qual “é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia” (HEIDEGGER, 2009, p. 212), inerente à condição humana (conhecimento intelectual), no entanto, somente com a interpretação poderia ser esclarecida essa pré-compreensão.

Martin Heidegger coloca em evidência a linguagem “como meio de acesso ao mundo e aos seus objetos” (STRECK, 2001, p. 193) e, conseqüentemente, relativiza a questão da verdade, tão determinante para alguns juristas (nascidos na índole positivista), ao inserir o elemento temporal nas questões hermenêuticas. As conceituações deste autor convergem na formação do giro hermenêutico ontológico, no qual todo processo interpretativo envolve uma pré-compreensão (GRODIN, 1999, p. 186; GADAMER, 2005, p. 355), sendo que o processo interpretativo deve manter a cientificidade, não sendo corrompido por meras intuições. Posteriormente asseveram-se seus fundamentos com Hans-Georg Gadamer, que deu seqüência à linha de pensamento da hermenêutica filosófica.

Assim, a linha ora adotada tem como base a fenomenologia, de acordo com a visão de que “fenomenologia da presença é hermenêutica no sentido originário da palavra em que se designa o ofício de interpretar” (HEIDEGGER, 2009, p. 77), juntamente com a ontologia, a qual tem o significado de universal, porque cada processo elucidativo de compreensão é precedido por uma pré-compreensão (historicidade) e tal situação concreta alastra-se a todos os homens (LUCAS, 2007, p. 37; GRODIN, 1999, p. 186). Retomando-se a cronologia anterior, é viável trazer as contribuições de Hans-Georg Gadamer, o qual seguindo os passos de Martin Heidegger trouxe acréscimos ao pensamento hermenêutico filosófico.

Hans-Georg Gadamer, seguindo os ensinamentos de Martin Heidegger, auxilia na extinção da dicotomia sujeito-objeto, passando a visualizar essa relação como pré-existente, deixando de lado a visão da linguagem como uma terceira via interposta entre um e outro. A projeção de crescimento, em importância, da linguagem, parte dos ideais gadamerianos da pré-compreensão e interpretação do próprio mundo, que além dessa contribuição aduz pensamentos valiosos sobre a tradição (transmissão da pré-compreensão) e conversação para realização da linguagem (GADAMER, 2005, p. 502-503).

Esses autores (Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer) contribuíram em larga escala na evolução da hermenêutica, seja com a importância da linguagem ou com a relativização da verdade, conseguindo trazer a interpretação de volta ao núcleo do Direito.

A hermenêutica exposta afasta as opiniões em contrário ao afirmar que, embora o processo realizado pelo intérprete se dê em uma órbita interna, este não poderá furtar-se à realidade social e aos fundamentos constitucionais para realização da interpretação (PEREZ LUÑO, 2005, p. 260)<sup>13</sup> (afastamento do sujeito solipsista). Significa que, a interpretação como uma ação aberta (HÄBERLE, 1997, p. 43) não é dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa (em extremo antagonismo ao pensamento positivista discricionário), ou seja, existe uma realidade na qual as questões jurídicas são analisadas, a fim de se evitar um relativismo exagerado.

De forma sintetizada afirma-se que “interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica”. Isso significa que não mais se interpreta para compreender e, sim, compreende-se para interpretar, de maneira que a hermenêutica não é reprodutiva, mas produtiva e, assim, “a relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico” (STRECK, 2010, p. 75).

Com fulcro na visão até aqui estabelecida percebe-se outro elemento substancial na hermenêutica, ou seja, a combinação entre interpretação e aplicação como processo uno é essencial e não pode ser cindido. Essa postura é alinhada com o rompimento do pensamento positivista e esclarece este posicionamento o uso das palavras de Lenio Luiz Streck, no momento em que o autor aludido, além de referendar a óptica exposta, ainda complementa a abordagem por meio da crítica às teorias discursivas que dizem os magistrados “utilizar” em seus julgados (como as teorias de Habermas, analíticas/argumentativas de Alexy ou de “ponderação”, surgindo em muitas ocasiões de forma conjugada, em evidente demonstração do desconhecimento teórico dos autores utilizados como “argumentos de autoridade”).

---

<sup>13</sup> Registra-se aqui o antagonismo com a visão de Bobbio (2007, p. 94) que a própria estrutura das normas jurídicas é impeditiva da realização da justiça, de modo que o referido ideal filosófico é orientador do direito mas não pode ser seu único fim.

É preciso compreender que nos movemos numa impossibilidade de fazer coincidir texto e sentido do texto (norma), isto é, movemo-nos numa impossibilidade de fazer coincidir discursos de validade e discursos de adequação. É neste ponto que se dá o embate entre a hermenêutica (filosófica) e as diversas teorias discursivas. Objetivamente, não conseguimos atingir um saber que possa abranger todos os modos de aplicação dos textos jurídicos de uma vez. Em outras palavras, a objetividade conteria as hipóteses aplicativas, em que o texto conteria a norma, ou, melhor ainda, o texto (a regra) conteria todas as normas (hipóteses de aplicação) possíveis.

[...]

Numa palavra: se o direito é um saber prático, a tarefa de qualquer teoria jurídica é buscar as condições para: a) a concretização de direitos – afinal, a Constituição (ainda) constitui – e, b) ao mesmo tempo, evitar decisionismos, arbitrariedades e discricionariedades (espécies do mesmo gênero, o positivismo) interpretativas (STRECK, 2011, p. 69).

Dito isso, apesar do autor entender que a superação do paradigma da subjetividade leva a não mais cindir interpretação e aplicação, como algo mais simples, nem ao menos esta etapa é materializada no pensamento hermenêutico nacional, quanto mais vencer o segundo problema metodológico, dito como mais difícil, “isto é, como evitar decisionismos, ativismos etc. e alcançar uma resposta correta em cada caso. Este é o cerne da discussão hermenêutica, pois” (STRECK, 2011, p. 69).

Comprovação da crítica acima referida é a adoção massiva do pensamento de Robert Alexy, o qual incorre em alguns equívocos que remontam às visões positivistas. Cabe mencionar a sua distinção entre casos fáceis e difíceis (*easy e hard cases*), sendo que para os primeiros mantém-se o “método” de solução da subsunção (marca da técnica positivista), sendo aplicado o mero silogismo dedutivo (ALEXY, 2005, p. 217-218), em uma espécie de “justificação interna, pela qual se verifica se a decisão decorre de forma lógica das premissas” (TOMAZETTE, 2011, p. 9).

Todavia, a solução dos casos difíceis é feita pela ponderação (com base na teoria da argumentação – muitas vezes esquecida pelos ditos usuários desta teoria), objetivando decidir qual interesse teria maior peso em uma determinada situação (ALEXY, 2008, p. 95), porém o juízo envolvido na decisão acerca de qual dos princípios teria maior valia é discricionário (extração de critérios *prima facie*, ou seja, uma antecipação de sentido), já que “os princípios devem ser hierarquizados axiologicamente. O problema é saber como é feita essa ‘escolha’” (STRECK, 2011, p. 232).

Neste norte, por meio da hermenêutica supera-se a separação entre interpretação e aplicação, a distinção entre casos fáceis e difíceis, bem como igualmente não se pode entender os princípios como mandados de otimização (ALEXY, 2008, p. 90), os quais abririam o

sistema a todas as possibilidades subjetivistas do julgador, ao contrário, os princípios são aqueles que “introduzem o mundo prático no direito ‘fechando’ a interpretação, ou seja, diminuindo, ao invés de aumentar, o espaço da discricionariedade do intérprete” (STRECK, 2011, p. 235).

Entretanto, isso não significa que não se possa utilizar o princípio da proporcionalidade, apenas indica que não se deve realizá-lo como faz Alexy (e seus subprincípios que segmentam a interpretação – admitindo a discricionariedade no posfácio de sua obra) (ALEXY, 2008, p. 575 e ss), ou ainda pior, conforme fazem alguns magistrados, que tão somente citam o referido autor e nem ao menos aplicam seus postulados. Assim quanto à proporcionalidade, seu significado para teoria da argumentação acaba por ser muito diferente da hermenêutica, conforme preleciona Lenio Luiz Streck ao afirmar que para “a hermenêutica, o princípio da proporcionalidade é como uma metáfora, isto é, um modo de explicar cada interpretação – que nunca pode ser solipsista – deve obedecer a uma reconstrução integrativa do direito”, (o que diversos autores levantam com a chamada visão sistemática (PERLINGIERI, 2008, p. 210) do direito), “para evitar interpretações discricionárias/arbitrárias sustentadas em uma espécie de ‘grau zero de sentido’, que, sob o manto do caso concreto, tenham a estabelecer sentidos para alguém ou para além da Constituição [...]” (STRECK, 2011, p. 240).

Ademais, impõe-se aqui a justificativa acerca das críticas tecidas às construções teóricas de Robert Alexy, já que além do antagonismo com uma visão não positivista e constitucionalista externada no estudo (superando paradigmas como a dicotomia público-privado), há um expressivo número de doutrinadores e magistrados utilizando-se, por vezes erroneamente (leituras superficiais), das teorias da argumentação, juntamente com a proporcionalidade como fórmula “mágica” à manutenção da discricionariedade. Não obstante, o tema específico a ser analisado nas decisões judiciais encontra defensores da sua resolução através da ponderação dos interesses públicos e privados (a fim de defender ou não a supremacia do interesse público – visto que esta argumentação serve a quaisquer propósitos, seguindo um raciocínio similar à neutralidade positivista).

Complementando a abordagem já realizada e concentrando-se, agora, nos debates constitucionais, destaca-se que a utilização do termo “hermenêutica” associado à designação “constitucional” é de estimada valia (sem que isso signifique a formação de “hermenêuticas” específicas para cada ramo jurídico – unidade interpretativa)<sup>14</sup>, sobretudo pelo fato de que tal

<sup>14</sup> Não se está propondo uma hermenêutica segmentada, apenas deseja-se enaltecer a importância constitucional. Desta forma coaduna-se do pensamento de unicidade interpretativa, não desejando uma espécie hermenêutica diferenciada a cada ramo jurídico (STRECK, 2010, p. 53-54).

união contribui para a superação do positivismo e, com isso, determinando uma nova fase no mundo jurídico.

No tocante à hermenêutica jurídica moderna, de acordo com o modelo conjunto de verdade/temporalidade, vê-se a importância de sua associação com o constitucionalismo, tornando-se visível no próprio fenômeno constitucional uma demonstração da construção hermenêutica, pela reunião de interpretações para a formação de conceituações (mesmo que parciais no tempo e espaço). Ademais, o modelo estatal liberal (que basicamente consagrou todas as formas interpretativas repudiadas pela nova hermenêutica) distingue-se claramente do modelo atual de cunho social, uma vez que o entendimento de que a Constituição deve ser efetivada e não somente servir como um ordenamento orientador ou programático não foi sedimentado como um fundamento inicial. Resultado disto foi a falta de efetividade constitucional (SPENGLER, 2007, p. 204).

Ainda acerca da temática constitucionalista, inserido o ingrediente hermenêutico, consegue-se apontar outras alterações, fruto da influência deste sobre aquela, como a relevância dada à validade a partir do novo viés, visto que com o positivismo o aspecto mais importante era a vigência da norma. A afirmação anterior explicita a tomada de um posicionamento consistente, mais precisamente, aduziu-se a impossibilidade de aceitação da norma jurídica incompatível com a Constituição, portanto, inválida e inconstitucional. Isto significa que a pré-compreensão aqui é representada pelas normas constitucionais (e suas interpretações), as quais devidamente inseridas na realidade contemporânea são inerentes ao processo jurídico interpretativo.

Apesar de toda essa evolução do constitucionalismo brasileiro junto à hermenêutica, conforme se citou sucintamente, a questão da falta de eficácia da Constituição, resultante do modelo estatal anterior, pode ser imputada aos resquícios positivistas no ordenamento pátrio (como aditivos), impossibilitando o alcance do potencial máximo auferido pela conjunção Constituição-hermenêutica. O paradigma da baixa compreensão constitucional impede a interpretação (falta de pré-compreensão, lesando a interpretação/aplicação), o que é reflexo de uma perspectiva jurídica ainda atrelada ao modelo positivista/formalista (SPENGLER, 2007, p. 234).

A partir disso, forçoso projetar um novo perfil do jurista moderno, inserido no constitucionalismo, devendo conhecer a fundo a Constituição e seus conteúdos (pré-compreensão), para com isto realizar um processo interpretativo (interpretação/aplicação) sem tentar buscar origens de vontade no texto, separar interpretação da aplicação ou vislumbrar os

microsistemas infraconstitucionais como unidades independentes (ou mesmo sistemas público e privado), formando um adequado juízo hermenêutico fundamentado.

Assim, buscando extirpar as heranças positivistas, a hermenêutica assume seu papel como arma interpretativa (de base filosófica), ligada ao constitucionalismo, na busca por uma Constituição efetiva e protetora dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que rompe com os paradigmas dicotômicos como a separação público-privado ou interpretação-aplicação. Posto isso, passa-se na última etapa à crítica da noção não somente de supremacia do interesse público, mas também das formas de solução dos conflitos envolvendo tal categoria, oriunda de uma visão atrelada à dicotomia público-privado e aos ditames positivistas discricionários de solução, mas com novas vestimentas (como a referida teoria da ponderação de Alexy).

### **3. A insustentabilidade hermenêutico-constitucional da supremacia do interesse público sob o viés jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal**

A mitigação da dicotomia público-privado pelo constitucionalismo contemporâneo, tendo a proeminência de institutos como os direitos fundamentais no processo de irradiação de efeitos, devidamente colacionado ao novo paradigma hermenêutico (filosófico), trazem bases sólidas na modificação do direito brasileiro. No entanto, tais mudanças são muitas vezes difíceis de serem aceitas por parte dos indivíduos no campo jurídico, exemplo disso foi a defesa de uma teoria de não aplicação de efeitos, no que concerne os direitos fundamentais nas relações privadas<sup>15</sup> (apesar de atualmente o posicionamento doutrinário e do próprio Supremo Tribunal Federal ser na direção da aplicação imediata de efeitos).

Com tal índole encontram-se outros posicionamentos por parte dos estudiosos do direito privado, como a defesa de “técnicas” para resolução dos conflitos entre princípios, como faz Ricardo Lorenzetti (1998, p. 231), em um claro retorno às fórmulas positivistas de solução (distanciando-se do pensamento constitucionalizado do direito e da nova hermenêutica), ou ainda o enaltecimento de subterfúgios de discricionariedade como as chamadas cláusulas gerais, já que estas trariam a abertura sistemática, necessária à efetivação da “justiça material” no caso concreto, segundo Cristiano Tutikian (2004, p. 19).

Essas posturas contrastam não apenas com o panorama traçado neste estudo, mas também com a visão de outros autores<sup>16</sup> que se dispõem ao estudo dos temas do direito

<sup>15</sup> Comenta o seguinte autor algumas das teorias da eficácia nas relações privadas Novais (2007, p. 357).

<sup>16</sup> Nesse sentido alerta Perlingieri (2008, p. 21) sobre os riscos de um retorno ao magistrado solitário ou como já aludido solipsista.

privado, cada dia mais interconectados com diversas outras faces jurídicas, tornando tais pesquisas mais densas e árduas.

Dito isso, abordar a supremacia do interesse público sobre o privado já desponta sua estranheza pelo atual perfil constitucional, bem como ao pensamento hermenêutico aqui referendado, de maneira a determinar uma tendência decisória, em uma antecipação de sentido, aos conflitos jurídicos. Portanto, o entendimento da seara pública partir da posição sempre privilegiada sobre os interesses particulares (ÁVILA, 2007, p. 1) parece incongruente com a sistemática constitucional e dos direitos fundamentais, de maneira que se estaria determinando uma hierarquia entre normas constitucionais.

Não obstante a incompatibilidade apresentada acima, tal visão parece ainda comungar da dicotomia público-privado, como se esses espaços estivessem perfeitamente delineados e fosse de fácil percepção ao intérprete quando se está em um campo e não em outro, novamente ainda vislumbrando o direito de forma apartada e segmentada (não sistemática). Assim, na atual óptica constitucionalizada o “interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins” (ÁVILA, 2007, p. 13), motivando a discordância tanto no plano dos estudos constitucionais quanto interpretativos.

No tocante ao último ensejo à crítica hermenêutica à denominada supremacia do interesse público não se encontra apenas na sua incompatibilidade constitucional, mas também nas ditas “modernas” formas de solução para o conflito entre os interesses públicos e privados, já que estas fazem uso da mesma lógica subjetivista de Robert Alexy, aludindo como *modus operandi* interpretativo a ponderação, conforme preleciona Daniel Sarmento no sentido de que “a prevalência há de ser aferida mediante uma ponderação equilibrada dos interesses públicos e privados, pautada pelo princípio da proporcionalidade, mas modulada por alguns parâmetros substantivos relevantes [...]” (SARMENTO, 2010, p. 52).

Ademais, essa postura alicerçada em enunciados performativos, os quais se auto-explicam com a simples menção, como nos casos da supremacia do interesse público e a própria proporcionalidade (STRECK, 2010, p. 49-50), mantém o perfil positivista e discricionário, não somente por parte da doutrina, mas também pela jurisprudência.

Neste norte, a por vezes valiosa atividade jurisprudencial (PERLINGIERI, 2008, p. 170) produz desapontamento com os objetivos do constitucionalismo pátrio, conforme demonstra a análise de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito da supremacia do interesse público. O primeiro aspecto que pode ser comentado, tendo como base ao menos duas decisões do ano de 2006 (BRASIL, STF, AgReg no RE 455283/RR;



RMS 22665/DF), ou ainda outra recente no ano de 2013 (BRASIL, STF, MS 28847/DF), sendo utilizado reiteradamente o dito princípio da supremacia do interesse público sobre o privado ao sabor da vontade do julgador, pois ora decide-se pela sua importância inestimável à preservação dos interesses públicos e em outro momento entende-se pela sua não aplicação.

Essas três decisões têm um lapso de tempo elevado, mas contêm os mesmos vícios (continuidade do pensamento positivista), seja em sede constitucionalizada do direito privado, delineando um modelo sistemático que não abriga mais o ideal dicotômico entre o direito público e privado, ou pela discricionariedade positivista arraigada na interpretação dada pelos julgadores, os quais nem ao menos buscam robustecer seus aportes, como sugerem os defensores da ponderação (a qual também se discorda, mas ao menos demonstra uma tentativa de aprimoramento).

Igualmente as decisões supramencionadas encontram-se diversas decisões monocráticas, no ano de 2013, da mesma Corte nacional (BRASIL, STF, MS 27826/DF; MS 26200/DF; MS 27187/DF), ainda levantando a bandeira da supremacia do interesse público de modo injustificado. Além da fragilidade das fundamentações utilizadas nos votos e decisões proferidas, indo sempre ao encontro de respostas dogmáticas e, por conseguinte, congeladas no tempo (em franco antagonismo com os elementos de tempo e de historicidade da interpretação), há o elemento da desconexão teórica constitucional.

Explica-se, o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos acolheu visões como a eficácia direta dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2010, p. 250) e o afastamento da concepção programática dos direitos fundamentais (como os direitos sociais, por exemplo), ambas no entendimento ora sustentado de forma correta, haja vista as noções do potencial constitucional e de irradiação de efeitos; porém, ao acolher reiteradamente a noção de supremacia do interesse público tal posicionamento contrasta com as teorias anteriores, as quais vão afastar qualquer hierarquização constitucional de interesses, sejam eles públicos, privados ou de qualquer outra espécie que se deseje classificar.

Diante do exposto, vislumbra-se da Corte em apreço problemas sérios na pré-compreensão constitucional, deixando de alcançar mudanças nucleares na observação sistemática do direito, juntamente tanto com efeitos nos antigos ramos do direito público e privado (agora interconectados) quanto na higidez teórica a ser adotada. Adicionam-se ainda os resquícios da visão positivista de interpretação, asseverando um prisma hermenêutico defasado, amparando-se em modelos de subsunção, técnica ou mais modernamente em discricionariedade disfarçada de princípio constitucional (seja proporcionalidade ou a supremacia do interesse público).

Destarte, o quadro crítico delineado nas abordagens doutrinárias que mantinham um apego a dogmas do positivismo e acabavam por manter facetas teóricas como a dicotomia público-privado ou a discricionariedade decisória, repetem-se na órbita jurisprudencial, em especial, neste caso, no Supremo Tribunal Federal, notoriamente conhecido como o “guardião da Constituição”. Todavia, ao que tudo indica este “guardião” parece estar preso no tempo (conservando sua forma solitária de não ver o mundo e de abstrair sentidos), juntamente com a supremacia do interesse público e com o subjetivismo das decisões, o que não pode servir nem à nova hermenêutica de matriz filosófica e tampouco ao constitucionalismo contemporâneo brasileiro.

### **Considerações Finais**

A construção de novos paradigmas jurídicos na pós-modernidade mostra-se um processo custoso e complexo, como a própria terminologia deste período, que vem arduamente tentando ser delineada, o que poderia ser considerado de modo equivalente com as dificuldades localizadas nos certames do constitucionalismo contemporâneo, ambientado no Estado Democrático de Direito.

Tendo como base as dificuldades hodiernas o resgate histórico do pensamento jurídico é relevante para construção do saber e da crítica, fato este perceptível com o estudo da dicotomia público-privado e dos principais fenômenos de modificação constitucional que levaram a sua mitigação (como a constitucionalização do direito privado). Outrossim, tal escopo permite identificar características antigas e ainda mantidas na visão de autores “civilistas” ou “publicistas”, os quais tentam impedir a alteração do plano teórico/prático do direito.

Colacionam-se a este primeiro obstáculo as dificuldades de superação da teoria positivista, em especial quando se introduz o panorama ofertado pela hermenêutica de caráter filosófico, a qual busca efetivar uma real transformação neste paradigma. Isso indica que o tratamento hodierno dado como pós-positivismo (abrangendo questões essenciais como os direitos fundamentais) deve ser entendido em uma mudança concreta e não um mero ajuste na teoria antecessora, e, para tanto, é imperiosa a derrubada dos dogmas do positivismo como as distinções entre casos fáceis e difíceis, a adoção de técnicas de solução, a não segmentação da interpretação-aplicação (ato uno) e a discricionariedade.

Com base neste suporte diferenciado, alicerçado na valorização da linguagem e na superação de um modelo hermenêutico positivista subjetivista, critica-se não somente as

abordagens antigas a respeito da mitigação dos limites público-privado ou da aplicação dos efeitos constitucionais no sistema jurídico-social, mas também se opõe a novas fórmulas de solução, as quais fazem uso de novas teorias (argumentativas, analíticas e etc.) como a de Robert Alexy, a fim sustentar raciocínios “lógicos” (ponderação), mas segmentados, presos ao paradigma que aparta interpretação e aplicação, construindo conceitos “a priori” (antecipação de sentido).

Nesta senda, os equívocos resultantes da frágil pré-compreensão constitucional e do afastamento da realidade social para interpretação/aplicação e compreensão do direito brasileiro consolidam-se tanto na doutrina quanto na jurisprudência, conforme expõe a análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal, o qual aufere em seus julgados, com a acolhida da supremacia do interesse público sobre o privado, por vezes, ambas as discordâncias ora apontadas, seja no sentido teórico constitucional ou hermenêutico.

Portanto, a problemática da superação da dicotomia público-privado mostra-se ainda latente ao debruçar-se sobre o tema da supremacia do interesse público, restando ainda mais agravada pela total incompatibilidade com a visão constitucional sistemática e, por conseguinte, com a nova hermenêutica constitucional. Deste modo, mantém-se a importância da crítica não apenas doutrinária, mas também jurisprudencial ao não rompimento com dogmas dicotômicos e do positivismo que ainda aprisionam a hermenêutica e o direito no Brasil.

## **Referências**

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas benefícios coletivos**: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teorias pluralistas das fontes do direito: Lex mercatoria, ordenamentos setoriais, subsistemas, microsistemas jurídicos e redes normativas. **Revista trimestral de direito civil**. v. 36 (outubro – dezembro). Rio de Janeiro: Padma, 2008.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Rede – Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**. n. 11. Setembro – outubro. Salvador – Bahia, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: \_\_\_\_\_ (Org.). **A nova**

**interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função:** novos estudos do direito. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado.** 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 7 ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CUNHA, Camila Santos da. Os direitos fundamentais sob a perspectiva objetiva e a constituição como ordem de valores: em busca de aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. REIS, Jorge Renato dos; GORCZEVSKI, Clovis (org.). **Constitucionalismo contemporâneo: debates acadêmicos.** Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GADAMER, Hans-Georg, **Verdade e método I:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica.** São Leopoldo: Unisinos, 1999.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo.** 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo:** novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história:** lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUCAS, Douglas Cesar. Hermenêutica filosófica e os limites do acontecer do direito numa cultura jurídica aprisionada pelo “procedimentalismo metodológico”. In: LUCAS, Douglas Cesar; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. **Olhares hermenêuticos sobre o direito**: em busca de sentido para os caminhos do jurista. 2 ed. Ijuí: Unijuí, 2007.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direitos constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. 3 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9 ed. Madrid: Tecnos, 2005.

REIS, Jorge Renato dos. A concretização e a efetivação dos direitos fundamentais no direito privado. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 4. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

\_\_\_\_\_. A constitucionalização do direito privado e o novo código civil. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 3. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003.

\_\_\_\_\_; FISCHER, Eduardo. Hermenêutica para vinculação dos particulares a direitos fundamentais. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SPENGLER, Fabiana Marion. A constituição e a compreensão hermenêutica da sua (in)efetividade e do seu constituir. In: LUCAS, Douglas Cesar; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana L. **Olhares hermenêuticos sobre o direito**: em busca de sentido para os caminhos do jurista. 2 ed. Ijuí: Unijuí, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. **Estudos jurídicos**. São Leopoldo: Unisinos, vol. 38, n. 1, jan. – abr. 2005.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. **O que é isto – decido conforme minha consciência**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

TOMAZETTE, Marlon. A teoria da argumentação e a justificação das decisões *contra legem*. **Direito e Práxis**. v. 3. n. 2, 2011.

TUTIKIAN, Cristiano. Sistema e codificação: o código civil e as cláusulas gerais. In: ARONNE, Ricardo (Org.). **Estudos de direito civil – constitucional**. Vol. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.