

# VINTE ANOS DE CONSTITUIÇÃO: UMA EXPLORAÇÃO HERMENÊUTICA DOS DILEMAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL<sup>1</sup>

Rafael Tomaz de Oliveira

*Professor de Direito Constitucional. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS). Autor do livro: Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: A Hermenêutica e a (In)determinação do Direito. Editora Livraria do Advogado, 2008.*

rafael\_raivelio@yahoo.com.br

## RESUMO

As presentes reflexões pretendem debater o problema da concretização da Constituição sob o fio condutor da fenomenologia hermenêutica. Deste modo, procura-se estabelecer os limites das formulas interpretativas presentes na dogmática jurídica tradicional, na busca por uma “clareira” (*Lichtung*) na qual a Constituição possa se mostrar como fenômeno. É também objetivo deste trabalho investigar o inevitável aumento da tensão legislação-jurisdição no interior de um Estado Democrático de Direito, de modo a demonstrar os contornos de uma jurisdição constitucional *substancialista*. Esta perspectiva, contudo, não será abordada como uma ode aos ativismos judiciais irresponsáveis, mas sim como uma intervenção necessária do judiciário na política, uma vez que a Constituição de 1988 aumentou a Dimensão hermenêutica do Direito (agregando-lhe uma função transformadora) incluindo em seu seio as demandas sociais do mundo prático, historicamente esquecidas pelo Direito.

**Palavras-Chave:** Hermenêutica filosófica; Concretização da Constituição; Estado Democrático de Direito; Jurisdição Constitucional; Substancialismo.

## ABSTRACT

**Title - The Constitution's Twenty Years of Existence: A Hermeneutic Exploration of The Dilemmas Over the Rendering of the Constitutional Text.**

The present reflections aim at discussing the problem of the rendering of the constitution considering the phenomenology of hermeneutics (basically, the study of different possible interpretations of texts). Thus, the limitations of the interpretative formula existing in the

---

<sup>1</sup> Este texto representa uma adaptação do artigo “A Constituição e a Crise da Modernidade: Reflexões sobre a (ir)realização do Estado Social no Brasil” premiado, na categoria acadêmico de graduação, no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional realizado pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst) em Curitiba-PR em outubro de 2005. Para essa versão, acrescentou-se um conteúdo diferenciado no que tange ao problema da interpretação da Constituição, de modo que o próprio foco do artigo mudou de lugar. Diferentemente dos problemas envolvendo a crise do Estado e a questão da Constituição dirigente – como era o caso do texto inicial – procurou-se, aqui, analisar os problemas advindos do *modo de interpretar a Constituição (e, em última análise, o próprio direito) no Brasil. A tese é que o modelo interpretativo predominante contribui significativamente para o considerável déficit de densidade normativa que acomete o texto da Constituição de 1988. No entanto, muito do que havia no texto de origem, foi preservado. Ademais, o impulso inspirador do artigo continua sendo o mesmo: a intenção acadêmica de se colocar em pauta um debate sério sobre a democracia e a realização dos direitos fundamentais no Brasil, pelo mesmo motivo que, há quase trezentos anos, foram criadas as Constituições escritas, qual seja, a institucionalização do ideal de vida boa e de uma comunidade social justa e fraterna.*

traditional juridical dogmatics will be established, in search of a "clearing" (*Lichtung*) in which the Constitution maybe seen as a phenomenon. This paper also aims at looking into the inevitable increase of tension between - legislation-jurisdiction inside the Rule of Law in order to show the outlines of a fundamental constitutional jurisdiction. This perspective, however, will not be approached as an honor to irresponsible judicial pragmatism, but as a necessary intervention of the Courts in politics once the 1988 Constitution has increased the hermeneutic dimension of the Law (adding a transforming function to it) including in its core the social demands of a practical world, which had been historically neglected by Law.

**Key-words:** Philosophical hermeneutics, Rendering of the Constitution, Rule of Law, Constitutional Jurisdiction, Fundamental.

## 1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Em *os ares do mundo* Celso Furtado assevera que no Brasil todo processo de mudança político-social é lento<sup>2</sup>. Assim afirmava o autor tendo em vista o advento do golpe militar que em 1964 instalou no país um regime de exceção totalitário-centralizador. Em sua pena precisa, Celso Furtado relata que, já nos primeiros passos do regime militar, era possível prever que a nova realidade que seguia sua edificação (de opressão intelectual e descrédito dos direitos individuais) não seria revertida com ações a curto prazo. Isto porque, como no Brasil toda e qualquer mudança político-social é um processo moroso, a tomada do Poder pelos militares não se deu de maneira "improvisada". Pelo contrário, por trás dos atos que se desencadeavam a partir de 1964, estavam dez anos de conspiração que se arrastava no tempo desde o suicídio de Getúlio Vargas. Em conclusão: se os golpistas, que dispunham de amplos meios de ação, inclusive ajuda externa, necessitaram de dez anos para tomar o poder, não era possível imaginar que em menor prazo a situação poderia ser revertida. E assim foi! A Ditadura Militar se protraiu no tempo permanecendo intacta por vinte longos anos, até que a abertura política – já na década de 1980 – e os movimentos sociais para o restabelecimento de um regime democrático, culminassem com a promulgação de uma nova Constituição.

Sem embargo do que representou para evolução política brasileira a promulgação da Constituição de 1988, não é possível afirmar, ainda, que ela tenha entrado plenamente em vigor. Em verdade sofre ela daquela patologia inerente às mudanças sociais e políticas operadas no Brasil de que fala Celso Furtado. É certo que, tal qual o golpe militar, a Constituição é também proveniente de um processo de maturação que durou pelo menos uma

---

<sup>2</sup> Cf. FURTADO, Celso. *Os Ares do Mundo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 21.

década. Surgiu em meio a um sentimento que apontava para a necessidade de um novo pacto social que viesse em substituição ao já esgotado paradigma desenvolvimentista que havia governado o Brasil durante o “milagre” econômico. Contudo, dezessete anos depois de sua promulgação, ainda não é possível sentir seus efeitos. Diferentemente do que ocorrera em relação ao regime militar que, depois de anos de preparação antes da tomada do Poder, se fixou de maneira categórica durante as décadas de sessenta e setenta; o novo regramento constitucional, de cunho socializante e portador das necessárias medidas de base para transformação da sociedade brasileira, não deu sinais de concretização nem mesmo nos primeiros momentos de respiração dos ares democráticos.

Inspirado no movimento constitucionalista edificado pelas Constituições Européias do segundo pós-guerra, o constitucionalismo brasileiro concebeu uma Constituição rica em direitos que apontavam para uma verdadeira “refundação” de um país historicamente excludente e centralizador.

As Constituições Européias traziam consigo a similitude histórica de terem sido igualmente cunhadas para reverter os funestos efeitos advindos de regimes totalitários como o nazi-facismo ítalo-alemão, o salazarismo em Portugal e o franquismo na Espanha. Assim as Constituições da Itália de 1948, da Alemanha 1949, de Portugal em 1976 e da Espanha de 1978 representam, em conjunto, a radicalização da noção de dirigismo constitucional e instituem o Estado Democrático de Direito como modelo de Estado apto a contornar os problemas legados pelos anos de vivência de regime de exceção (antidemocrático). O movimento que inspira todas estas Constituições (*neoconstitucionalismo*) tem ainda, como postulado teórico máximo, a noção de *força normativa da Constituição* (Hesse) consubstanciada na idéia de que as regras constitucionais possuem força jurídica vinculante estando aptas para gerir, diretamente, as situações concretas da vida.

A Constituição de 1988, na medida de todas as Cartas européias relacionadas acima, se pretende igualmente dirigente (uma vez que limita a liberdade de conformação do legislador a partir da instituição de regras programáticas que determinam o agir político-social do Estado) e consagra o Estado Democrático de Direito como modelo de Estado cunhado para promover o resgate das promessas da modernidade principalmente no que tange aos direitos fundamentais sociais.

No Brasil, todavia, os processos de mudanças político-sociais são lentos e tendem sempre para a manutenção do *status quo*, a partir da concessão de reformas pouco significativas, implementadas como que a conta-gotas que jamais consagram um processo de ruptura como o pretendido pela estrutura de direitos fundamentais (individuais e sociais)

previstos na Constituição de 1988. Assim é que, mesmo depois de dezessete anos da “refundação” do Estado brasileiro pela promulgação da Constituição de 1988, a implementação de uma real democracia e de uma política de respeito aos direitos fundamentais ainda caminham a passos lentos.

No plano jurídico-político é possível notar com facilidade a veracidade desta afirmação. De fato, ainda não se cristalizou uma cultura *garantista* em relação aos direitos fundamentais na *praxis* judicial brasileira. A maioria de nossos Tribunais relega a principiologia constitucional a um segundo plano, tornando inoperantes institutos vitais para uma maior sociabilidade e funcionalidade do Direito em face do quadro social retratado pela realidade histórica apresentada. Dentre muitos, pode-se citar a título ilustrativo: o *princípio da função social da propriedade* (art. 5º, XXIII); o *princípio da solidariedade* (art. 3º, I); e o *princípio da dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III).

Tal situação se torna ainda mais complexa quando, além destes problemas culturais e epistemológicos existentes no interior da dogmática dominante, se alinham também os problemas globais que afetam conceitos já sedimentados na Teoria Constitucional desde as primeiras luzes da modernidade como as noções de *soberania*, *Estado-nação* e *hierarquia das leis*.

Isto porque, no limiar século XXI, inaugura-se uma época de incertezas e instabilidade institucional sem precedentes na história. A modernidade imediata, que Bauman<sup>3</sup> classifica como “líquida”, “leve” e “fluida”, apresenta características singularmente novas em relação às etapas evolutivas já percorridas pela história. Com efeito, hodiernamente é comum se falar em “perda do poder de ação do Estado”, “desconstitucionalização” de direitos e “relativização” da idéia de soberania, etc. colocando-se em cheque a *funcionalidade do Direito* – pelo menos em seus padrões teóricos clássicos – visto que já não consegue dar respostas para as demandas sociais apresentadas pela atual fase do desenvolvimento econômico-tecnológico. Os direitos fundamentais sociais consagrados pela modernidade no desenrolar de seu “projeto” (Habermas) e que dependem de uma positividade do Estado para sua cristalização, passam a ser alvos da ideologia neoliberal que promove um verdadeiro réquiem para o moderno. Isto, em termos mercadológicos, serve de prelúdio para uma nova era, em que a afirmação do capitalismo como ideologia-mundo, o fim das fronteiras nacionais (destruição das comunidades) e o desmedido consumismo (institucionalização de uma

---

<sup>3</sup> Cf. BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

sociedade de consumidores), seriam as linhas mestras deste fenômeno, inculcado como “pós-modernidade<sup>4</sup>”.

A Constituição de 1988 se encontra, então, situada em meio ao “fogo cruzado” promovido por esta crise de paradigmas, que longe está de uma solução.

Acirrando o debate, o movimento inaugurado com as constituições democráticas da Europa do segundo pós-guerra, começa a sofrer reflexos críticos daqueles que, outrora, eram seus árdios defensores<sup>5</sup>. Nessa perspectiva as noções de Constituição dirigente e Estado Democrático de Direito passam a ser o alvo preferido das críticas promovidas por setores do pensamento jurídico-político ligados às posturas neoliberais.

Em não rara das vezes, a Constituição de 1988 é acusada de tornar ingovernável o país, pois estabelece meios de repartição de riquezas sem dizer como gerá-las, numa acepção de forte cunho ideológico que desconsidera os traços evolutivos da política sócio-econômica brasileira.

Paradoxalmente, portanto, a Constituição de 1988, que nasce como remédio para as patologias sociais que por séculos acometem a população brasileira, passa a ser atacada pelo flanco ideológico de cunho neoliberal de tornar irremediável tal situação.

Neste contexto, o lento processo de democratização – que como já dito ainda não se completou – somado às ações governamentais que continuam a adotar políticas excludentes, ao arrepio da Constituição e das leis, produzindo uma verdadeira *degradação*

---

<sup>4</sup> Para uma percuciente análise sobre “pós-modernidade”, neoliberalismo, globalização e Direito, vide BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), in. *Temas de Direito Constitucional*, Tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. A expressão “pós-modernidade” tem lugar no interior da discussão contemporânea em face da “crise da modernidade” (Habermas), entendida aqui em seu viés político que se identifica com os valores da liberdade, igualdade, solidariedade e democracia, em torno dos quais foi erigido o Estado Moderno. Desta forma, os Direitos Humanos, a limitação do poder dos governantes e a legitimação deste poder pelo consentimento dos governados são noções típicas da modernidade. Como bem assinala Sarmento: “discute-se hoje a crise da modernidade, e há quem fale no advento de uma pós-modernidade. Afirma-se que a modernidade falhou nos seus objetivos, pois não conseguiu resolver ou minimizar os problemas da humanidade, nem dar respostas para as questões verdadeiramente importantes para as pessoas. Segundo alguns, o ideário moderno teria se exaurido no século XX, com a constatação da impotência do seu discurso e das suas propostas grandiloquentes para enfrentar os problemas emergentes em uma sociedade hipercomplexa, globalizada, fragmentada e descentrada”. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 55-56.

<sup>5</sup> Dentre outros, vale citar Gomes Canotilho, pela influência de sua doutrina em território brasileiro, e por ter sido um dos maiores defensores da Constituição dirigente e da idéia de força normativa da Constituição em um primeiro momento de sua vida acadêmica e que recentemente “moderou” muitos de seus conceitos. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Porém, anota-se desde já, que esta revisão conceitual deve ser recebida com reservas, conforme se pode notar no debate realizado entre diversos constitucionalistas brasileiros e o mestre português, documentado no livro *Canotilho e a Constituição Dirigente*, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

*semântica*<sup>6</sup> de seu texto através dos mecanismos de mutação constitucional, seja por meio da interpretação (jurisdição constitucional) seja pelo Poder Constituinte derivado. Assim, o texto constitucional acaba retalhado pelas sucessivas emendas incutidas pelo Congresso e que tendem atender (coincidentalmente ou não) aos postulados mercadológicos da globalização neoliberal<sup>7</sup>.

Diante disso, é preciso (re)pensar o Direito de modo a dar respostas à esta crise de (in)efetividade que está instalada na realidade constitucional brasileira. É preciso posicionar a Constituição como o verdadeiro núcleo jurídico-político do Estado reconhecendo-a, efetivamente, como sistema de garantias para a comunidade.

Faz-se necessário, nessa medida, revisitar a dogmática jurídica predominante no Brasil que convive pacificamente com os problemas apresentados e emudece o necessário questionamento sobre a (in)efetividade da Constituição. É de império alertar os operadores do Direito – que são, por excelência, os responsáveis pela construção da *força normativa da Constituição*<sup>8</sup> - quanto a sua situação de recrudescimento/petrificação no interior do senso

---

<sup>6</sup> A expressão é de Marcelo Neves que denuncia um bloqueio realizado por interesses particulares que impede a formação no Brasil de um espaço público de constitucionalidade e legalidade. Para este autor, o velho mito de que no Brasil o Estado é forte e a sociedade se encontra a mercê deste impiedoso Leviatã precisa ser desconstruído. Na verdade, há uma fragilidade do Estado perante as pressões de uma sociedade desestruturada que acaba por colonizá-lo. Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 244 e segs. Ainda neste sentido BERCOVICI, Gilberto. Teoria do Estado e da Constituição na periferia do Capitalismo: Breves considerações críticas. In: *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Antônio José de Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (orgs.) Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 263-290.

<sup>7</sup> Paulo Bonavides, em aguda análise sobre a realidade brasileira, assevera que estamos vivendo um novo período de crise constituinte em face do descrédito a que são suplantadas as regras e princípios constitucionais. Este descrédito, que gera uma baixa densidade normativa do texto constitucional, propicia aos manipuladores do poder central a possibilidade de, à socopa das instituições democráticas, implementar um golpe de Estado que vive permeado de legitimidade, derrocando o País à uma situação de *neocolonialismo*, em que o colonizador é o capital estrangeiro (globalizador). No pontificado do mestre “o golpe de Estado institucional, ao contrário do golpe de Estado governamental, não remove governos mas regimes, não entende com pessoas mas com valores, não busca direitos mas privilégios, não invade poderes mas os domina por cooptação de seus titulares; tudo obra em discreto silêncio, na clandestinidade, e não ousa vir a público declarar suas intenções, que vão fluindo de *medidas provisórias, privatizações, variações de política cambial, arrocho de salários, opressão tributária, favorecimento escandaloso da casta de banqueiros, desemprego, desmoralização da classe média, minada desde as bases, submissão passiva a organismos internacionais, desmantelamento de sindicatos, perseguição de servidores públicos, recessão, seguindo, assim, à risca, a receita prescrita pelo neoliberalismo globalizador, até a perda total de identidade nacional e a redução do País ao status de colônia, numa marcha sem retorno*” BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial*, a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 23.

<sup>8</sup> Neste sentido, Konrad Hesse assevera: “A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar a força que reside na natureza das coisas, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. *Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição.*” (grifamos) HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, tradução. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Safe, 1991, p. 24.

comum teórico dos juristas<sup>9</sup>, fator que impede que venha a tona o “novo”, dificultando, ainda mais o “acontecer” da Constituição em terras brasileiras<sup>10</sup>.

Nessa medida, busca-se aqui, através de uma postura de “resistência Constitucional” (Garcia Herrera<sup>11</sup>), acentuar a idéia de *força normativa da Constituição* no intuito de apontar caminhos capazes de minorar os efeitos das crises que acometem a Constituição na atual quadra histórica.

A superação destas crises passa necessariamente pela revisitação da hermenêutica tradicionalmente praticada pela dogmática jurídica brasileira instituindo um novo paradigma que não separe mais intérprete (sujeito) e textos normativos (objetos) em realidades estanques e distintas. Como efeito, o giro lingüístico-ontológico operado na filosofia na primeira metade do século passado pela obra de Martin Heidegger, aponta numa direção para além das metodologias tradicionais calcadas na metafísica relação sujeito-objeto. Neste novo

---

<sup>9</sup> Cf. WARAT, Luis Alberto. *Mitos e Teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 19-26.

<sup>10</sup> Aduz Lenio Streck, ancorado nos sólidos pilares da doutrina de Jorge Miranda, que no Brasil não foram sentidos, ainda, os efeitos da revolução “copernicana” do Direito Constitucional. Isto porque, o advento da nova Carta Política não teve o condão de construir um novo imaginário na sociedade, e expressiva parcela dos juristas não se deu conta do que representou o processo de “refundação” social concatenado na Constituição recém promulgada. Desta forma, talvez impregnados pela devastadora passagem do Estado de exceção por terras brasileiras, continuaram a lidar com um emaranhado de textos infraconstitucionais, sem compatibiliza-los, da maneira que deveria ser feita, com o texto constitucional. Esta velha prática (em que o autor trabalha com a idéia de Pierre Bourdieu do *habitus dogmaticus*, e pode ser entendido como o sentido comum teórico dos juristas, em sua formulação waratiana) é responsável pela construção do fenômeno que o citado autor denomina “baixa constitucionalidade”. Neste sentido, STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Uma Nova Crítica do Direito. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.216 e segs.

<sup>11</sup> Cf. HERRERA, Miguel Angel Garcia. Poder Judicial y Estado Social: Legalidad y Resistencia Constitucional. In: *Corrupción y Estado de Derecho – El papel de la jurisdicción*. Perfecto Andrés Ibáñez (Editor). Madrid: Editorial Trota, 1996, p. 83. Não se ignora outras teorias que buscam redirecionar o foco do Constitucionalismo contemporâneo para as questões próprias do movimento de globalização, apresentadas na atual quadra histórica, como o chamado *Constitucionalismo moralmente reflexivo* captaneado por Gomes Canotilho; in CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., prefácio; e pelas teses procedimentalistas que encontram em Habermans seu maior expoente (esta será tratada com mais vagar no segundo capítulo deste trabalho). Porém, para não ultrapassar os limites da investigação aqui proposta, manter-se-á a postura que se acentua *substancialista*, na classificação de Lénio Streck e Luiz Vianna (cf. STRECK, Lénio Luiz. op. cit., p. 147 e segs; VIANNA, Luiz Verneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.), ou *comunitarista* nos termos explicitados por Gisele Citadino, Álvaro Ricardo de Souza Cruz, entre outros (cf. CITADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999, p. 226 e segs; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del rey, 2004, p. 135 e segs.). Assim se faz por entender-se que já é passada a hora da construção de esquemas intelectuais que sirvam diretamente à sociedade brasileira em específico e latino-americana de maneira geral. A pura importação dos esquemas estabelecidos na Europa ou nos Estados Unidos da América do Norte não são nem nunca foram apropriados para gerir os problemas emanados de uma realidade política, social e econômica de subdesenvolvimento. Este fator não pode ser desconsiderado sob pena de tornar infrutífera qualquer mudança realizada no plano institucional. É preciso atentar para as peculiaridades emanadas desta situação muito específica que é o subdesenvolvimento, para que se possa estabelecer as reformas jurídicas julgadas necessárias, seja no plano da Constituição, seja no plano do Direito ordinário. Por isso, subscreve-se a tese defendida por Lénio Streck, da construção de uma teoria da Constituição dirigente adequada aos países de modernidade tardia. Para profícua análise sobre o tema vide STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p. 133 e segs.

paradigma hermenêutica é modo-de-ser do intérprete. Ele não (sobre)vive alheio das coisas e do mundo. Antes, o intérprete é um *ser-no-mundo* e não existe uma ponte entre ele e os objetos. Ambos compartilham uma mesma realidade: a realidade do *ser* que é desvelada pela linguagem através da historicidade (*temporalidade*) do homem (*Dasein*) e das coisas.

Neste fio condutor é que se desenvolve a presente pesquisa. Num primeiro momento procura-se estabelecer as condições nas quais se encontra o Direito e a dogmática jurídica no Brasil, procurando descobrir, pela fenomenologia hermenêutica, um movimento em que ao mesmo tempo acontecem duas dimensões constitutivas fundamentais: de um lado, a compreensão de sentido que já sempre vem antecipada numa experiência de mundo, e, de outro lado, uma experiência de mundo que teria que ser elemento organizador da compreensão de sentido<sup>12</sup>. Nessa medida, cumpre destacar as possibilidades que se projetam para o Direito como instrumento de transformação social e o (inevitável) deslocamento da esfera de tensão para o Poder Judiciário (jurisdição constitucional) na solução das demandas sociais que o texto constitucional incorpora. Por fim, promove-se um confronto de todas as questões levantadas nos pontos anteriores com o contexto de crise Constitucional apresentado na atual quadra da história, na perspectiva de se buscar um novo caminho para o acontecer da Constituição.

## **2. O Brasil como um país de modernidade tardia e o problema da inefetividade da Constituição e das conquistas do Estado Democrático de Direito**

As conquistas sociais do *welfare state* (ou Estado providência, como prefere a doutrina francesa), marcam a superação do paradigma liberal-absentísta e vêm instrumentalizar uma nova fase do capitalismo, depois da falência total que a exasperação sem limites que o individualismo liberal provocou. Com efeito, a consagração de Direitos sociais e a atuação proeminente do Estado com vistas ao bem comum, estabelecem um recomeço para uma sociedade flagelada pelos funestos efeitos da crise de 1929.

No Brasil, todavia, apesar de nosso ordenamento incorporar o modelo do Estado social desde a Constituição de 1934, nunca foram sentidos seus efeitos.

Com efeito, na esteira de José Ribas Vieira<sup>13</sup>, no Brasil a modernidade é *tardia e arcaica*. O que houve (há) foi um simulacro de modernidade, e conseqüentemente, de Estado

---

<sup>12</sup> Cf. STEIN, Ernildo. Novos Caminhos para uma Filosofia da Constitucionalidade. In: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. op. cit., Apresentação.

<sup>13</sup> Cf. VIEIRA, José Ribas. *Teoria do Estado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995.



social. Na realidade, há que se asseverar que em terras brasileiras, até mesmo os postulados da mera legalidade formal-burguesa nunca foram fielmente cumpridos<sup>14</sup>.

Em verdade, há no Brasil uma tendência herdada desde os tempos do império de “encobrir” o sentido real da Constituição<sup>15</sup>, resignando-a a um papel secundário na esfera jurídica e que tende a tornar baixa a densidade normativa dos textos de nossas Constituições<sup>16</sup>. Esta “baixa constitucionalidade<sup>17</sup>” torna obscuro os sentidos estabelecidos

---

<sup>14</sup> Nessa ordem de idéias, Sergio Buarque de Holanda assevera: “Trouxemos de terras estranhas um sistema complexo e acabado de preceitos, sem saber até que ponto se ajustava às condições da vida brasileira e sem cogitar das mudanças que tais condições lhe imporiam (...). A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fôsse possível, aos seus direitos ou privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo das lutas da burguesia contra os aristocratas. E assim puderam incorporar à situação tradicional, ao menos como fachada ou decoração externa, alguns lemas que pareciam adequados para a época e eram exaltados nos livros e discursos” HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 4 ed. Brasília: UNB Editora, 1963, p. 153.

<sup>15</sup> Um exemplo desta constatação é trazido por Bonavides e Paes de Andrade, que, em comento à Constituição de 1824 asseveram: “Ali o Absolutismo, por disposição voluntária ou involuntária do primeiro Imperador, deixara estampado o selo de suas prerrogativas sem limites mediante a singular criação do *Poder Moderador, instituído de forma que contra fazia os princípios de contenção de poderes da concepção de Constant e Montesquieu*” (grifamos) (cf. BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 5 ed. Brasília: OAB editora, 2004, p. 257). Desta forma, pode-se concluir que, em território brasileiro, existe uma tradição histórica de “simular” o reconhecimento pleno dos Direitos Fundamentais. Com efeito, o exemplo descrito acima, marca o início de uma história constitucional em que os direitos sempre foram relegados a um plano secundário, sempre submetidos à vontade daqueles que detêm o poder central. Em um breve inventário é possível mencionar: a adoção de um mecanismo de controle da constitucionalidade incompatível com o sistema jurídico brasileiro (controle difuso com ausência do *stare decisis*) pela Constituição de 1891, manipulado por uma Corte Constitucional de nítidas feições imperiais, como relata Lenio Streck (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. op. cit., p.415 e segs.); a consagração dos Direitos sociais pela Constituição de 1934, em pleno Estado Novo; a representação de inconstitucionalidade – embrião da atual ação direta de inconstitucionalidade – que aparece em 1965, em pleno regime militar e que possuía como único legitimado o Procurador Geral da República! Esses fatos representam apenas as linhas gerais dos motivos ensejadores da baixa densidade normativa que pode ser verificada nos textos constitucionais brasileiros, que acarretaram, no mais das vezes, a suspensão indeterminada da efetiva outorga dos Direitos Fundamentais de primeira, segunda e agora também os de terceira dimensão. Neste contexto, agravando ainda mais a situação apresentada, esses primeiros dezesseis anos da Constituição de 1988 foram marcados por sucessivas emendas que “retalharam” o texto original, além das edições inconseqüentes de medidas provisórias, em regime explicitamente inconstitucional, mas que eram (são) passivamente confirmadas pelo Poder Judiciário. Esta realidade foi veementemente criticada por Fábio Comparato que, em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo (14.05.98, p. 1-3) destacou: “Não sejamos ridículos. A Constituição de 1988 não está mais em vigor. É pura perda de tempo discutir se a conjunção ‘e’ significa ‘ou’, se o ‘caput’ de um artigo dita o sentido do parágrafo ou se o inciso tem precedência sobre a alínea. A Constituição é hoje o que a Presidência (da República) quer que ela seja, sabendo-se que todas as vontades do Planalto são confirmadas pelo Judiciário”. (COMPARATO, Fábio Konder. Uma Morte Espiritual. *Folha de São Paulo*, 14/05/1998, caderno 1, p.3 *Apud* OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte permanente?* In: *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. José Adercio Leite Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz (orgs), Belo Horizonte: Del rey, 2001, p.72.).

<sup>16</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, mormente o capítulo II em que o autor relata a experiência constitucional brasileira desde o império. Ainda neste sentido, BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 32 e segs.

<sup>17</sup> Esta a expressão cunhada por Lenio Streck para significar os pré-juízos que povoam a mente da maioria dos juristas, calcados em uma história que tem relegado o Direito Constitucional a um plano secundário. “Hermenêuticamente, esta ‘baixa constitucionalidade’ estabelece o limite do sentido e o sentido do limite de o jurista dizer o Direito, impedindo, conseqüentemente, a manifestação do ser (do Direito). Um dos fatores que colabo(r)aram para a pouca importância que se dá à Constituição deve-se ao fato de que as Constituições

pelos preceitos constitucionais e não permite o “acontecer” da Constituição, que, no mais das vezes, cede sua supremacia aos Códigos, como se ela (a Constituição) fosse uma “maligna influência” para o ordenamento jurídico. Deveras, não é raro encontrar nos repertórios jurisprudenciais de nossos Tribunais, decisões que, ao invés de interpretar o Código - ou a lei infraconstitucional - em face da Constituição, inexplicavelmente executam o inverso<sup>18</sup>.

Na contramão desta tradição inautêntica, o processo constituinte realizado entre os anos de 1986-1988, concebeu, como fruto de um acentuado debate ideológico, um texto constitucional denso em direitos de características incisivamente sociais, com feições dirigentes e compromissárias inspiradas nos moldes do *neoconstitucionalismo*, erigido no segundo pós-guerra.

Na medida do chamado *neoconstitucionalismo*, o modelo de Estado, cunhado para instrumentalizar e dar eficácia ao conteúdo dirigente destas Constituições é o Estado Democrático de Direito (incorporado ao nosso ordenamento pelo artigo 1º *caput* da CF/88), que representa verdadeira revolução paradigmática no campo da efetivação dos preceitos constitucionais – principalmente os direitos fundamentais – pela via do Judiciário (Jurisdição Constitucional).

De fato, no interior do Estado Democrático de Direito, há uma síntese dos modelos anteriores - Estado liberal e Estado social – visando à superação das lacunas neles existentes, em que se busca a realização dos Direitos Fundamentais e à redução das diferenças sociais e regionais. Para tanto, o Judiciário (Jurisdição Constitucional) assume um papel de

---

brasileiras, até o advento da atual, sempre haviam deixado ao legislador a tarefa de fazer efetivos os valores, direitos ou objetivos materiais contidos no texto constitucional, que, com isso, se transformava, porque assim era entendida, em mero programa, uma mera lista de propósitos” (grifos do original). STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. op. cit., p.215 e segs. Ressalta-se que, em face do paradigma aqui trabalhado, também o judiciário (Jurisdição Constitucional) assume papel de efetivar os valores, direitos e objetivos materiais contidos no texto constitucional, através daquilo que Konrad Hesse chama de “vontade de Constituição”, Cf. HESSE, Konrad. op. cit.

<sup>18</sup> É possível aduzir exemplos significativos e preocupantes da realidade descrita. Em sede de processo penal é fácil perceber que, mesmo depois da adoção do sistema acusatório pela CF/88, ainda se pode verificar a aplicação pacífica de institutos tipicamente inquisitórios como a *mutatio libeli* e a *emendatio libeli* após 16 anos da promulgação da Constituição. Ainda em sede de Direito Penal, em caso ocorrido no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, depois de invocados pelo advogado uma série de princípios constitucionais que favoreciam seu cliente, o excelentíssimo desembargador *afastou sua tese com base no Código de Processo Penal*. Recentemente, no ano de 2003, foi preciso implementar uma alteração no Código de Processo Penal para garantir a presença de advogado no interrogatório do réu, que já era previsto pelo texto constitucional, porém sem que fosse aplicado pela *práxis* forense. Sem falar da desproporcionalidade absurda das penas previstas na parte especial de nosso retrógrado Código Penal, em que remarcar ou adulterar sinal identificador de veículo é apenado com mais rigor do que nos casos de lesão corporal gravíssima, em que se arranca um dos olhos de uma pessoa, por exemplo. Salienta-se, ainda, que, no plano acadêmico, a maioria dos manuais de Direito Penal fornecem uma amostra quanto à ausência de uma adequada filtragem hermenêutico-constitucional na aplicação do Direito no Brasil. Não há maiores referências de que determinadas infrações penais não foram recepcionadas pela Constituição e ainda, tais manuais, não trazem em seu bojo o cultivo teórico da *interpretação conforme a Constituição* e da *declaração de nulidade parcial sem redução de texto*, que são institutos indispensáveis para uma adaptação do nosso obsoleto Código ao novo Texto Magno.

destaque na arena política, com vistas a implementar os objetivos emanados deste modelo de Estado. Vale dizer, o advento do paradigma do Estado Democrático de Direito representa uma valorização do jurídico, em que há um (re)deslocamento da esfera de tensão entre os poderes, passando o Judiciário (Jurisdição Constitucional) a fazer parte da arena política<sup>19</sup>.

Dito de outro modo, se no paradigma do Estado liberal-absenteísta, o Direito apresentava uma característica meramente *ordenadora*, com a nítida finalidade de preservar o *status quo* e as condições ideais para o livre jogo das forças econômicas, com o advento do Estado social (*welfare state*, ou *Estado Providência*) o Direito passa a ser *promovedor*, no sentido de implementar os Direitos sociais através de políticas públicas realizadas pelo Poder Executivo.

É incontestável o avanço, no plano da solidariedade social, representado pelo advento do Estado providência. Contudo, é certo também, que com o fim da segunda Guerra Mundial, ficaram claros os inconvenientes que o excesso burocrático e a concentração das atividades do Estado na esfera reservada ao executivo produziram. Pôde-se perceber que as técnicas comuns de legitimação do governo pela vontade geral (Estado Liberal – Legislativo/palamento; Estado Social – Executivo) produziram autoritarismos inevitáveis: no Estado liberal o autoritarismo de uma única classe social, a Burguesia, e no Estado Social o autoritarismo populista dos regimes ditatoriais. Desta maneira, um novo modelo de Estado toma forma, a partir do qual a vontade prepotente da maioria, sede lugar à preservação constitucional dos direitos das minorias. Daí o confronto *democracia v.s. constitucionalismo*, ou ainda, *política v.s. direito*, sendo que é do resultado deste confronto – com significativas vantagens para proteção dos direitos fundamentais das minorias contra as majorias eventuais – que se auferiu o (in)sucesso de uma democracia constitucional.

Assim, se tem a radicalização do dirigismo constitucional, com a conseqüente proteção jurídica a uma vida digna, ao meio ambiente, aos direitos do consumidor, a constitucionalização da economia e da própria política, inseridos na idéia de *força normativa da Constituição*. Todos estes fatores traduzem um aumento da dimensão hermenêutica do Direito que redundará num maior espaço de ação para a jurisdição constitucional, em detrimento da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade do administrador na adoção de políticas públicas. Neste momento, há uma nova revolução

---

<sup>19</sup> De fato, com o Estado Democrático de Direito deve(ria) haver a inserção de um novo paradigma, em que o jurídico (Jurisdição Constitucional) assume o papel de protagonista da esfera de tensão entre os demais poderes, havendo verdadeira *jurisdicionalização da política*, com vistas a defender o desejo do pacto social expresso na Constituição. Daí que, a maior parte das Constituições Européias prevê Tribunais *ad hoc* para exercer o controle da constitucionalidade das leis. Neste sentido: VIANNA, Luiz Werneck, et. Al. *A Jurisdicionalização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan: 1999.

paradigmática e, no Estado Democrático de Direito, o Judiciário assume o papel de protagonista daquilo que Vianna denomina “esfera de tensão”.

Assim, pode-se dizer que o Direito no Estado liberal é ordenador, no Estado social, promovedor e, no Estado Democrático de Direito, lhe é agregado um *plus* normativo, passando a ter uma função *transformadora*<sup>20</sup>.

Como bem adverte Lenio Streck, citando Elias Diaz, o conceito de Estado Democrático de Direito

“remete a um tipo de Estado em que se pretende precisamente a *transformação* em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma *organização social de características flexivamente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades* (...) o qualificativo “democrático” vai muito além de uma simples reduplicação das exigências e valores do Estado Social de Direito e *permite uma práxis política e uma atuação dos poderes públicos que, mantendo as exigências garantísticas e os direitos e liberdades fundamentais, sirva para uma modificação em profundidade da estrutura econômica e social* e uma mudança no atual sistema de produção e distribuição dos bens (grifamos)<sup>21</sup>”.

Nessa ordem de idéias, há que se notar a premente *função social do Estado e do Direito*, na órbita transformadora do Estado Democrático de Direito. Assim, com Canotilho e Vital Moreira, pode-se dizer que quando se fala em função social do Estado e do Direito, afirma-se que a Constituição, com a adoção do Estado Democrático de Direito, consagrou o princípio da democracia econômica, social e cultural, mediante os seguintes pressupostos deontológicos: *a)* constitui uma imposição constitucional dirigida aos órgãos de direção política da administração para que desenvolvam atividades econômicas conformadoras e transformadoras no domínio econômico, social e cultural, de modo a evoluir-se para uma

---

<sup>20</sup> Entende-se que esta perspectiva será melhor aplicada se vista pela lente da viragem lingüística-ontológica, no interior da idéia de círculo hermenêutico (Heidegger) - ou espiral hermenêutica na formulação gadameriana. Isto porque, este *plus* normativo agregado ao Estado Democrático de Direito, somente será *desvelado* a partir de um dar-se conta por parte dos juristas o que passa por um agir hermenêutico que ultrapasse os postulados metafísicos herdados da filosofia da consciência. Com efeito, na primeira metade do século XX, começa a haver um redimensionamento do papel da linguagem na relação cognoscitiva. A partir desta revolução, a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto e passa a representar uma dimensão constituinte e constituidora de mundo, ou seja, condição de possibilidade para que se conheça algo. A isto se denomina *giro/viragem lingüístico(a)* Cf. D’AGOSTINI, Franca. *Analíticos e Continentais*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. Em verdade, pode-se dizer que, com Heidegger e Gadamer, se torna completo aquilo que se convencionou a chamar de *giro lingüístico*, no qual há um rompimento definitivo com os postulados da filosofia da consciência, no qual o giro passa a ser *lingüístico-ontológico*, em que a intersubjetividade é trazida a tona, passando-se a reconhecer o caráter produtivo/criativo da interpretação. Neste sentido HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo* Parte I. Trad. Maria Sá Cavalcante Schuback. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2002; GADAMER, Hans-George. *Verdade e Método*. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da Construção do Direito, 5 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 65 e segs..

<sup>21</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. op. cit., p. 39.

sociedade democrática cada vez mais conforme os objetivos da democracia social; *b*) representa uma autorização constitucional para que o legislador e demais órgãos adotem medidas que visem alcançar, sob a ótica da justiça constitucional, as vestes de uma justiça social; *c*) implica na *proibição de retrocesso* social, cláusula implícita à principiologia do Estado Democrático de Direito e *d*) apresenta-se como instrumento de interpretação, obrigando todos os poderes constituídos a interpretarem as normas a partir dos comandos do princípio da democracia econômica, social e cultural<sup>22</sup>.

Note-se que, este papel intervencionista do Direito no interior do Estado Democrático de Direito, fazendo com que o Judiciário (Jurisdição Constitucional) assumira um papel de destaque no interior da “esfera de tensão” entre os demais poderes, carece de instrumentos que disponibilizem ao cidadão amplo acesso ao Judiciário para reivindicar os direitos garantidos pela Constituição.

Portanto, além da realização dos Direitos fundamentais, e do equacionamento das disparidades sociais, o Estado Democrático de Direito, também implica na ampliação do acesso à Justiça (Jurisdição Constitucional), para fazer valer seus princípios fundamentais.

E a Carta de 1988 não foi omissa neste particular. Pelo contrário, o constituinte foi pródigo ao estabelecer mecanismos aptos a dar efetividade ao texto constitucional que acabara de nascer. Exemplos sobram, somente para citar alguns, a título ilustrativo, pode-se lembrar o *mandado de injunção* (art. 5º, LXXI), a *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (art. 102, § 1º), a manutenção do *controle difuso* de constitucionalidade (art. 97), bem como a ampliação do rol de legitimados para a propositura da *ação direta de inconstitucionalidade* (art. 103).

Porém, é fácil de se constatar que, no Brasil, todos esses avanços permanecem imersos no sentido comum teórico, que domina a dogmática jurídica. Com efeito, basta lembrar o lamentável desfecho do mandado de injunção – instituto importantíssimo para dar efetividade aos preceitos constitucionais, principalmente no que tange aos Direitos fundamentais -, que foi transformado pelo STF em verdadeira ação de inconstitucionalidade por omissão subsidiária<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 87.

<sup>23</sup> Também em relação à ação de inconstitucionalidade por omissão “propriamente dita”, é possível notar que, em terras brasileiras, a dogmática jurídica (ainda) não conseguiu tornar útil tão relevante instrumento para dar efetividade ao texto constitucional, uma vez que é evidente a falta de uma adequada (pré)compreensão acerca do instituto – com Heidegger, podemos dizer, que “o homem só compreende uma coisa, quando sabe o que fazer com ela”. Cf. REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*, vol. III, 5 ed., São Paulo: Paulus, 1991, p. 584. Com efeito, um dos maiores problemas enfrentados pelo governo brasileiro – senão o maior deles – é o da falta de recursos para implementar as políticas públicas necessárias para tornar mais inclusiva nossa

Evidente que tais conquistas somente tomarão forma no momento em que o intérprete – que, como já dito, é o responsável pela efetivação dos preceitos constitucionais no plano normativo – se der conta desta guinada representada pelo advento do Estado Democrático de Direito<sup>24</sup>, sendo imperioso ter em mente que, neste “novo” paradigma, *o Direito não pode continuar a ser entendido apenas como mera realidade instrumental!* Com efeito, o papel transformador do Direito, só pode(rá) vir à tona se superado os pré-juízos inautênticos incorporados pelo sentido comum teórico e se o intérprete se fazer inserir no giro lingüístico-ontológico (Heidegger-Gadamer) efetivado pela filosofia do nosso século. Em outras palavras, somente uma hermenêutica crítica/emancipatória de toda tradição metafísica (clássica/moderna) que (ainda) impera na dogmática jurídica<sup>25</sup> poderá “clarear” o ser (sentido) da Constituição.

---

sociedade. Porém, apesar de serem noticiados sucessivos crescimentos em nossa economia - com o conseqüente aumento de divisas - todo esse dinheiro deixa o país, através do pagamento dos altíssimos juros acumulados por nossa infundável dívida externa. Tal fato impossibilita que nossa população desfrute das benesses propiciadas pelo propalado “crescimento”, continuando a ser massacrada nas filas dos hospitais; saboreando o fel de uma educação que já beira as piores do planeta; além dos crescentes problemas com a criminalidade etc.. Todos estes fatos parecem de notória evidência. Contudo, o que causa espanto é que o art. 26 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prevê/previa que após um ano da promulgação da Constituição – portanto em 1989 – deveria ter sido realizada uma auditoria do endividamento externo brasileiro para que se soubesse, exatamente, quanto pagamos de juros e o quanto conseguimos diminuir do principal. Pois bem, *DEZOITO ANOS APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO*, ainda não foi sequer instituída a comissão mista prevista pelo *caput* do referido dispositivo. A comunidade jurídica, por seu turno, aceita esta realidade passivamente, sendo que parece *evidente a caracterização de uma omissão inconstitucional passível de ser sanada pela via da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º da CF)*. Note-se que os benefícios trazidos pela implementação do retrocitado dispositivo são evidentes. De fato, basta volver os olhos para os exemplos da Europa do segundo pós-guerra – principalmente a Alemanha – que negociou suas dívidas de forma a conseguir amortizar os juros que pagava, sendo que em menos de sete anos já havia pagado as dívidas advindas da destruição proporcionada pela 2ª Guerra Mundial. Este fato, todavia, não causa a “angústia do estranhamento” (Streck) nos juristas (e cidadãos) brasileiros. Em razão disso, continuamos a pagar (sem saber ao certo) os altíssimos juros cobrados pelos rentistas, que desfrutam de nossas riquezas, enquanto parte de nossa população é exterminada, ora pela fome, ora pela violência crescente que assola nossas metrópoles, causas diretas da concentração de renda e da segregação social historicamente praticada no Brasil e que, a evasão de nossas divisas, só vem a contribuir para seu aumento! Anota-se que, recentemente, a Ordem dos Advogados do Brasil propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental visando tornar efetivo o referido dispositivo.

<sup>24</sup> Com Streck, é preciso advertir que “a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: *uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só) nega a aplicação de tais direitos*” (grifos do original). STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constituição e Hermenêutica*, op. cit., p. 15.

<sup>25</sup> Quanto à dogmática jurídica calha ressaltar que não se propõe aqui uma espécie de direito constituído à margem de uma dogmática jurídica. Fazer isso seria negar a historicidade, caindo novamente na metafísica relação sujeito-objeto. De fato, como anota Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “Não há Direito sem dogmática”. Contudo, não se subscreve aqui uma dogmática qualquer, “logo transformada ideologicamente a serviço do poder, pela banal razão de que se tende a tentar discursivamente descrever as regras jurídicas postas sem assunção de qualquer posição, de todo impossível. Esse lugar ‘neuro’ não é humano (Plauto Faraco Azevedo); e quem ali se encontra está, sempre, a serviço de uma ideologia. *A dogmática, então, precisa ser crítica* (do grego *kritiké*, na mesma linha de *kritérion* e *krisis*), para não se aceitar a regra, transformada em objeto, como uma realidade” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Dogmática Crítica e Limites lingüísticos da lei*. In: *Diálogos Constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Jacinto

## 2.1. Necessidade de se romper com os velhos paradigmas hermenêuticos para estabelecer o “domínio normativo” da Constituição no Brasil

Como gizado, as conquistas apresentadas no tópico anterior não encontraram, em terras brasileiras, o terreno propício para germinarem e dar frutos. Deveras, esta afirmação é verdadeira na medida em que, ao se aprofundar na investigação do tema proposto, verifica-se o seguinte paradoxo: tem-se uma Constituição que, apesar das desvirtuações que sofreu nestes dezesseis anos, é rica em direitos e que se insere na “revolução copernicana” do direito público a partir da qual a Constituição passa a ser auto-aplicável e invasora<sup>26</sup> debelando de vez a necessidade de interposição do legislador para produzir efeitos; e, no sentido contrário, a dogmática jurídica que instrumentaliza o Direito brasileiro continua arraigada ao *modo de produção de Direito* liberal-formalista-positivista, calcado nos postulados da filosofia da consciência em que se postula a objetividade da interpretação que se dá na relação sujeito-objeto, culminando em uma hermenêutica positivista baseada em uma lógica dedutivo-subsuntiva, que torna deficitária a densidade normativa do texto constitucional.

Mencionou-se, à pouco, a necessidade de uma hermenêutica crítica/emancipatória, para que possam “vir à tona” o novo, representado pelo sentido (neoconstitucionalista) dos preceitos constitucionais, padecedores da crise de (in)efetividade pela qual passa a Constituição. Porém, este “vir à tona o novo”, implica em conhecer os motivos ensejadores desta crise de efetividade, e que impede que o “novo” se apresente como novo, uma vez que a prática cotidiana da comunidade jurídica, ainda enxerga o “novo” – Estado Democrático de Direito e a viragem lingüística – com os olhos do velho – modo de produção de Direito liberal-formalista-positivista e o objetivismo da filosofia da consciência.

Destarte, é possível afirmar – sob os escólios da Nova Crítica do Direito (Streck)<sup>27</sup> – que esta crise se apresenta como uma crise de duas faces: uma *epistemológica* e outra *paradigmática*.

---

Nelson de Miranda Coutinho e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (orgs.). Renovar: Rio de Janeiro, 2006, pp. 225-232.

<sup>26</sup> Esta a feliz expressão de Riccardo Guastini para significar que a Constituição, num sentido neoconstitucionalista, é capaz de condicionar a legislação, a jurisprudência, a ação dos atores políticos e as relações sociais. Cf. GUASTINI, Riccardo. La “Constitucionalización” del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (org.). 2 ed. Madrid: Trotta, 2005, pp. 49-73.

<sup>27</sup> A Nova Crítica do Direito é desenvolvida por Lenio Streck a partir da fenomenologia hermenêutica de Heidegger e Gadamer e se propõe a constituir um espaço para compreensão do fenômeno jurídico que escape ao legado objetificador das metafísicas clássica e moderna (que pré-domina a teoria do direito). Procura encarar o Direito como evento que se manifesta fenomenologicamente na compreensão do *dasein* enquanto ser-no-mundo

*Paradigmática* porque, conforme relatado no item anterior, a maioria dos juristas (ainda) não se deram conta do esgotamento do modelo liberal-individualista de produzir Direito, impedindo a manifestação fenomenológica do paradigma do Estado Democrático de Direito e do *constitucionalismo* do pós-guerra, que usualmente é denominado *neoconstitucionalismo*.

*Epistemológica* porque, a dogmática continua tributária do esquema sujeito-objeto que permanece intacto como legado da tradição metafísica oriunda da *filosofia da consciência*. Os juristas ainda não se deram conta do giro lingüístico-ontológico que marcou a filosofia do século XX a partir das obras de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, impedindo a formação de um *modus* de compreender o Direito baseado na intersubjetividade.

A inércia na incorporação destes novos paradigmas, propicia um déficit na produção crítica do Direito, corroborando para uma tendência (histórica) vivenciada pela *práxis* de “reproduzir” a fala autorizada. Ou seja, a conservação do(s) paradigma(s) emanados dos postulados da filosofia da consciência (de cunho cartesiano/kantiano/hegeliano) faz(em) com que o modo-de-fazer-Direito no Brasil, ainda se dê de acordo com os pensamentos positivistas que brotaram no início do século XX. Para citar apenas um exemplo, lembramos Geraldo Ataliba que prefaciando o livro de Carlos Ari Sundfeld “Fundamentos de Direito Público”, denuncia:

“Como se ainda vivêssemos em 1910, dá-se ao estudante a impressão falsa de que o mundo do Direito é formado pelo direito civil, comercial e penal. Mais grave fica o panorama quando se verifica que a maioria dos Estudantes – e mesmo dos já graduados – supõe que a lei geral de aplicação das normas jurídicas (entre nós impropriamente designada *Lei de Introdução ao Código Civil*) é de direito privado, levando ao equívoco de pensar que o direito civil é a matriz do direito. Tal perspectiva privativista é deformante e tem gravíssimas repercussões na própria vida institucional<sup>28</sup>”.

É incontestável que esta crise paradigmático-epistemológica deita suas raízes no ensino jurídico (ainda) praticado no Brasil. Esta afirmação pode ser comprovada por uma simples análise da grade curricular de inúmeros cursos jurídicos fornecidos pela maioria de nossas mais respeitadas faculdades que estratificam o aspecto sistemático da ciência jurídica com distinções metafísicas entre prática e teoria, fato e norma<sup>29</sup> etc., típicas dos postulados da

---

que se dá mediado pela linguagem. Uma síntese esclarecedora pode ser encontrada em STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, op. cit. Em especial o Capítulo V.

<sup>28</sup> Cf. ATALIBA, Geraldo. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4 ed., 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001, prefácio.

<sup>29</sup> Note-se que Heidegger, já no início de *Ser e Tempo*, critica esta tradição epistemológica da filosofia da consciência em distinguir a atitude prática da teórica: “Toma-se o conhecimento do mundo exclusivamente como exemplo do fenômeno de ser-em, pois se entende a atitude prática como ‘não teórica’ e ‘ateórica’. Porque este primado do conhecimento desorienta a compreensão do modo de ser mais próprio do conhecimento, deve-se



filosofia da consciência, em que se trava a relação sujeito-objeto, e não sujeito-sujeito (Heidegger/Gadamer).

Um retrato desta situação é fornecido pelo relatório produzido pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) que data do ano de 1986 e que corrobora as afirmações acima aduzidas:

“As faculdades de Direito funcionam como meros centros de transmissão do conhecimento jurídico oficial, e não propriamente como centros de produção do conhecimento científico. A pesquisa nas faculdades de Direito está condicionada a reproduzir a ‘sabedoria’ codificada e a conviver ‘respeitosamente’ com as instituições que aplicam (e interpretam) o direito positivo. O professor fala de códigos, e o aluno aprende (quando aprende) em códigos. Esta razão, somada ao despreparo metodológico dos docentes (o conhecimento jurídico tradicional é um conhecimento dogmático, e suas referências de verdade são ideológicas e não metodológicas), explica porque a pesquisa jurídica nas faculdades de Direito, na graduação e na pós-graduação, é exclusivamente bibliográfica, como

---

ressaltar, de maneira ainda mais precisa, o ser-no-mundo, no tocante ao conhecimento do mundo, e torná-lo visível como uma ‘modalidade’ existencial do ser-em” HEIDEGGER, Martin. op. cit., p. 98. Mazela sintomática que se dá com o (tradicional) ensino jurídico brasileiro, e que reflete este aspecto metafísico-epistemológico da filosofia da consciência, pode ser percebida através dos dualismos próprios da tradição moderna do tipo *conceito e coisa; prática e teoria; fato e norma*, etc. Há uma preocupação exacerbada das faculdades em formar “técnicos em Ciências Jurídicas” ao invés de juristas críticos que, como tal, assumissem uma postura produtiva do conhecimento jurídico, ao invés de reiterar aquilo que é previamente estabelecido pela dogmática jurídica dominante. Desta forma, o que se vivencia é uma cultura jurídica cada vez mais distante da realidade social, recrudescida em acepções surreais com pretensões universalizantes e que, no mais das vezes, apresentam uma realidade “virtual” para o acadêmico que, inevitavelmente encontrará dificuldades na sua vida profissional, uma vez que o mundo da vida, a concretude, se apresenta de maneira abruptamente diferente. Assim, na melhor tradição heideggeriana, Lenio Streck pontifica *in verbis*: “Ocorre, assim, uma ficcionalização do mundo jurídico, como se a realidade social pudesse ser procustianamente aprisionada/moldada/explicada através de verbetes e exemplos com pretensões universalizantes. Alguns exemplos beiram o folclórico, como no caso da explicação do “estado de necessidade” constante no art. 24 do Código Penal, não sendo incomum encontrar professores (ainda hoje) usando o exemplo do naufrágio em alto-mar, em que duas pessoas (Caio e Tício, personagens comuns na cultura dos manuais) “sobem em uma tábua”, e na disputa por ela um deles é morto (em estado de necessidade, uma vez que a tábua suportava apenas o peso de um deles...!) Cabe, pois a pergunta: por que o professor (ou o manual), para explicar a excludente do estado de necessidade, não usa um exemplo do tipo “*menino pobre entra no Supermercado Carrefour e subtrai um pacote de bolacha a mando de sua mãe, que não tem o que comer em casa?*” Mas isto seria exigir demais da dogmática tradicional. *Afinal de contas, exemplos deste tipo aproximariam perigosamente a ciência jurídica da realidade social...!* Na mesma linha: em importante concurso público realizado no Rio Grande do Sul, perguntou-se: Caio quer matar Tício, com veneno; ao mesmo tempo, Mévio também deseja matar Tício (igualmente com veneno!). Um não sabe da intenção assassina do outro. Ambos ministram apenas a metade da dose letal (na pergunta não há qualquer esclarecimento acerca de como o personagem Tício – com certeza um idiota -, bebe as duas porções de veneno). Em consequência da ingestão das meias-doses, Mévio vem a perecer... Encerrando, a questão do aludido concurso indagava: Caio e Mévio respondem por qual tipo penal??? Em outro concurso, de âmbito nacional, a pergunta dizia respeito à solução jurídica a ser dada ao caso de um gêmeo xifópago ferir o outro (com certeza, gêmeos xifópagos andam armados, em cada esquina encontramos vários deles)”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. op. cit., p. 85. Tais constatações se mostram ainda mais preocupantes quando se tem em foco a Constituição, entendida dentro das concepções *neoconstitucionalistas* de força normativa e vinculação do legislador. De fato, Konrad Hesse afirma: “*A radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (Sein) e dever-ser (sollen) não leva a qualquer avanço na nossa indagação* (Força normativa da Constituição). Essa separação pode levar a uma confirmação, confessa ou não, da tese que atribui exclusiva força determinante às relações fáticas. Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo” (grifamos). HESSE, Konrad. op. cit., p. 14.

exclusivamente bibliográfica e legalista é a jurisprudência de nossos próprios Tribunais. (...) E os professores falam mais de sua prática forense do que em doutrinas e da jurisprudência dos tribunais. O casuísimo didático é a regra do expediente das salas de aula do curso de Direito, e o pragmatismo positivista, o carimbo do cotidiano das decisões. Os juízes decidem com os que doutrinam; os professores falam de sua convivência casuística com os que decidem; os que doutrinam não reconhecem as decisões. Este é o trágico e paradoxal círculo vicioso da “pesquisa” jurídica tradicional: alienada dos processos legislativos desconhece o fundamento de interesse das leis; alienada das decisões continuadas dos tribunais desconhece os resíduos dos problemas e do desespero forense do homem; alienada da verificação empírica desconhece as inclinações e tendências da sociedade brasileira moderna<sup>30</sup>.

Ainda em 1987, outra importante agência institucional de fomento científico, a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) formulou o seguinte diagnóstico para o ensino jurídico praticado no Brasil:

“Ele nem é profissionalizante nem humanista, destacando-se por seu caráter retórico, por seu distanciamento da realidade sócio-econômica, por seu excessivo formalismo operacional e metodológico e por seu apego ao ‘senso comum’, cujas falsas certezas mascaram a ausência de uma reflexão científica. A grade curricular é extremamente rígida, não havendo nos cursos jurídicos a possibilidade de um mínimo de organicidade e integração multidisciplinar – o que transforma as atividades didáticas num trabalho de natureza burocrática. *É preciso enfatizar um ensino mais formativo e preocupado em fornecer ao corpo discente um background cultural mais rigoroso, a partir de um enfoque multidisciplinar e sensível aos problemas sócio-econômicos emergentes que, nos últimos tempos, têm exigido institutos jurídicos novos, menos formais e mais plásticos – como por exemplo institutos relativos aos direitos humanos, ao direito à subsistência e ao direito à previdência.* A avaliação da pesquisa constatou que *não há* (a) padrões mínimos de avaliação qualitativa, (b) reflexão metodológica dotada de um mínimo de credibilidade, (c) orientações precisas e modernas, (d) massa crítica, capaz de abrir caminho para uma autocrítica científica, (e) critério de seletividade dos temas, (f) disposição de se fazer algo mais a não ser a repetição dos velhos trabalhos de caráter exegetico. Daí a necessidade de se enfatizar, às agências institucionais, um empenho direcionado à recuperação dos cursos de pós-graduação, sem o que o problema de pesquisa no âmbito do Direito não será equacionado. De acordo com o grupo, a pós-graduação em Direito precisa ser mais investigativa, mais formativa, mais multidisciplinar, mais preocupada com temas novos, mais teórica e mais afastada do excesso de academismo impregnado de uma vulgata positivista e normativista, que julga ser *ciência* aquilo que é mera técnica legal. A conclusão é a de que a perspectiva histórica, a densidade crítica, o rigor metodológico, a ênfase multidisciplinar e a imposição de padrões qualitativos mínimos estão associados à necessidade de uma pós-graduação mais sólida (...). Mas, para tanto, será necessário rever o conceito tradicional de Ciência do Direito, questionar as concepções juristicistas sobre a lei e a coerção, negar a visão reducionista que apreende o Direito como um discurso punitivo e moralmente comandado, *captar as funções políticas e ideológicas das concepções juristicistas sobre o Estado, e propor uma inversão da razão jurídica dominante, que estabelece uma análise apolítica e formalista do Estado*” (grifamos)<sup>31</sup>

<sup>30</sup> FARIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 1987 p. 34 e 35.

<sup>31</sup> Cf. FARIA, José Eduardo. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A Sociologia Jurídica no Brasil*, Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 29-31. Os autores apontam, ainda, como causa deste excesso tecnicista e da proliferação incontrolada de cursos jurídicos no Brasil, o regime burocrático-militar pós-64 que necessitava de recém diplomados – independentemente do que haviam aprendido – para ocupar o grande número de atividades de “ensino superior”, que exigia, quando muito, habilidades bastantes genéricas. Assim o *establishment* acadêmico

Destarte, é insofismável a conclusão de que a maioria dos alunos de nossas faculdades deixam as arcadas do ensino jurídico já refratários aos “novos” paradigmas emergentes. Assim, desembocam num mercado voraz, ansioso por “técnicos”<sup>32</sup> aptos a lidar com o tradicional discurso jurídico produzido no país, permanecendo aprisionados à dogmática jurídica tradicional, incapaz de lidar com os conflitos decorrentes de uma sociedade díspar/excludente como é a brasileira, tornando estéril a função social da dogmática jurídica e, em última análise, do próprio jurista<sup>33</sup>.

Por certo, como demonstram o CNPq e a FAPESP, a pesquisa jurídica no Brasil está aprisionada em um círculo vicioso, que impede a produção científica do Direito.

Essa deficiência científica do ensino jurídico reflete uma situação que desemboca vorazmente na dogmática jurídica, ainda prisioneira do *habitus*, ou “senso comum teórico dos juristas”<sup>34</sup>.

Com denuncia Warat:

---

“agindo em consonância com os interesses do regime, procurou integrar as ciências básicas a uma educação exclusivamente profissionalizante, valendo-se dessa estratégia mais como instrumento de controle político-ideológico da vida acadêmica do que propriamente como meio de renovação do ensino e da pesquisa. (...) a universidade brasileira progressivamente deixou-se transformar em simples agência cartorial transmissora de idéias pré-concebidas, incapaz de oferecer ao aluno respostas satisfatórias ao entendimento de seu meio ambiente e de prepara-lo em termos de qualificação profissional”. FARIA, José Eduardo. CAMPILONGO, Celso Fernandes. op., cit., p. 10-11.

<sup>32</sup> Reale e Antisiere, em análise à filosofia heideggeriana, asseveram: “A reviravolta operada por Platão no conceito de verdade, e com isso, no destino da metafísica explica o destino do Ocidente e o *primado da técnica no mundo moderno*. A técnica não é instrumento neutro nas mãos do homem, que pode usa-la para o bem ou para o mal, nem constitui acontecimento acidental no Ocidente. Para Heidegger, a realidade é que a técnica é o resultado natural daquele desenvolvimento pelo qual, esquecendo o Ser, o homem se deixou arrastar pelas coisas, tornando a realidade puro objeto a dominar e explorar. E esse comportamento, que não se deteria sequer quando chega, como acontece hoje, a ameaçar as bases da própria vida, é o comportamento que se tornou onívoro: trata-se de uma fé, a fé na técnica como domínio sobre tudo” (grifamos). REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. op. cit., p. 591.

<sup>33</sup> É de se notar que o jurista, como intelectual, tem uma eminente função social a ser cumprida representada pelo importante papel crítico e de contestação do *status quo* que pode por ele ser operada. Assim, vêm a calhar as palavras de Pierre Bourdieu: “O que defendo acima de tudo é a possibilidade e a necessidade de um intelectual crítico, e principalmente crítico da doxa intelectual que os doxósofos difundem. *Não há verdadeira democracia sem verdadeiro contra-poder crítico*. O intelectual é um contra-poder, e de primeira grandeza. É por isso que considero o trabalho de demolição do intelectual crítico, morto ou vivo – Marx, Nietzsche, Sartre, Foucault, e alguns outros classificados sob o rótulo de ‘pensamento de 68’ –, tão perigoso quanto a demolição da coisa pública e inscrevendo-se no mesmo empreendimento global de restauração” BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos*. Táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 17.

<sup>34</sup> O *Habitus*, ou senso comum teórico dos juristas em sua formulação waratiana, é o conjunto de crenças e práticas que compõem os pré-juízos do jurista, que tornam sua atividade refém da cotidianidade. É o desde-já-sempre que proporciona a rotinização do agir dos operadores do Direito, propiciando-lhes uma tranquilidade tentadora. Como salienta Lenio Streck podemos dizer que “o *habitus* é uma espécie de *casa tomada* onde o problema de estar-refém-do *habitus* sequer aparece como um problema. É o lugar onde suspensão dos pré-juízos não ocorre, impossibilitando-se a sua confrontação com o horizonte crítico” (*Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. op. cit., p. 25-26). O maior problema, aliás, apresentado pelo *habitus* é exatamente sua própria identificação. Com efeito, como o *mito*, também o *habitus* ou *sentido comum teórico* só o será para quem tem consciência de sua existência (Heidegger); como no mito da caverna de Platão, o mito só é mito para quem o sabe!

“Podemos dizer que de um modo geral os juristas contam com um arsenal de pequenas condensações de saber: fragmentos de teorias vagamente identificáveis, coágulos de sentido surgidos do discurso dos outros, elos rápidos que formam uma minoria do direito a serviço do poder. Produz-se uma linguagem eletrificada e invisível – o ‘senso comum teórico dos juristas’ – no interior da linguagem do direito positivo, que vaga indefinidamente servindo o poder’.

‘Resumindo: *os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político das verdades.* Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder” (grifamos)<sup>35</sup>.

Assim, é produzido um discurso jurídico repetitivo e *fetichizado*<sup>36</sup>. Forma-se, então, uma espécie de “circulo exclusivo da fala”, algo como uma sociedade de castas ou estamentos, em que apenas alguns (poucos) privilegiados é que podem dizer o verbo (os senhores), e o restante da comunidade jurídica (servos e vassalos) apenas podem “dizer” a partir do que já foi dito por eles. É como se houvesse realmente um tipo penal de “porte ilegal da fala”, na feliz expressão de Lenio Streck<sup>37</sup>.

Nas palavras do professor gaúcho,

“Desse modo, toda vez que surge uma nova lei, os operadores do Direito, inseridos nesse *habitus* tão bem definido por Bourdieu - se tornam órfãos científicos, esperando que o processo hermenêutico-dogmático lhes aponte o (correto) caminho, dizendo para eles *o que é que a Lei diz* (ou “*quês dizer*”)... No interior deste *habitus* engendra-se uma espécie de “síndrome de Abdula”, que faz com que a expressiva maioria dos Juristas não se dê conta de sua força e de seu papel no processo de construção do discurso jurídico. Metaforicamente, essa “síndrome” pode ser explicada a partir de um conto de Ítalo Calvino. (...) Pela história, Alá ditava o Corão para Maomé que, por sua vez, ditava para Abdula, o escrivão. Em um determinado momento, Maomé deixou uma frase interrompida. Instintivamente, o escrivão Abdula sugeriu-lhe a conclusão. Distraído Maomé aceitou como palavra divina o que dissera Abdula. Este fato escandalizou o escrivão, que abandonou o profeta e perdeu a fé. Abdula não era digno de falar em nome de Alá. Não há exagero em fazer uma analogia desta história com o que ocorre no cotidiano das práticas jurídicas. Assim como o personagem Abdula não tinha consciência de seu poder (e de seu papel), os operadores jurídicos também não sabem de sua força. *Em sua imensa maioria, prisioneiros das armadilhas e dos grilhões engendrados pelo campo jurídico, sofrem desta “síndrome de Abdula”.* Consideram que sua missão e seu labor é o de – apenas – reproduzir os sentidos previamente dados/adjudicados/atribuídos por aqueles que detêm o *skeptron*, é dizer, a fala autorizada. *Não se consideram dignos de dizer o verbo.* Perderam a fé em si mesmos. Resignados, esperam que o processo hermenêutico lhes aponte o caminho-

<sup>35</sup> WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito*, “Interpretação da lei: Temas para uma reformulação”. Vol. I, Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 15.

<sup>36</sup> Sobre a *fetichização* do discurso jurídico: BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), op. cit.; STRECK, Lénio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. op cit., p. 93 e segs.

<sup>37</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. op cit., p. 229 e seg.

da-verdade, ou seja, a “correta interpretação da lei”! Enfim, esperam a fala-falada, a revelação-da-verdade!” (grifos do original)<sup>38</sup>.

Este processo reprodutivo, que relega o papel do intérprete a uma mera posição de “acoplagem” dos fatos aos dizeres da lei (e da fala autorizada), ainda se mantém, permanecendo o sentido (ser do ente) da Constituição submerso nos retrógrados pressupostos hermenêuticos calcados na filosofia da consciência (que confunde ente com ser).

Com efeito, o que se chama de *hermenêutica clássica*, pugna pela *objetividade da interpretação jurídica, através de métodos rígidos, que autorizariam o intérprete a revelar o sentido “escondido” no interior do texto legal*. Esta objetividade, própria dos postulados da filosofia da consciência, em que há uma relação sujeito-objeto, desenvolve uma atividade hermenêutica de cunho meramente *reprodutivo*, impedindo que o verdadeiro sentido (ser do ente) presente na *coisa mesma* seja des-velado.

Explicitando melhor, no processo interpretativo postulado pela hermenêutica clássica (subjetivista/objetivista) o intérprete, através de métodos pré-estabelecidos, ou expressões vagas e indefinidas que buscam “preservar” o conteúdo inicial da Lei – como se o Direito não fosse dinâmico e a interpretação a atualização constante das regras jurídicas –, tais quais “vontade do legislador” (subjetivistas) ou “vontade da lei” (objetivistas), deve penetrar nos sentidos ocultos do texto, ou enunciado normativo, e dali retirar seu sentido. Vale dizer, o intérprete é o *sujeito*, o texto da lei o *objeto* e a linguagem mero instrumento para transcrição do sentido já presente na lei. Ou seja, texto e norma são uma mesma realidade, em um plano abstrato em que um e outro se confundem. Por isso é que se diz que, nos postulados (metafísicos) da filosofia da consciência, a linguagem é resignada a uma posição irrelevante, encarada como uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto.

Diferentemente, no interior da *nova hermenêutica*, entendida dentro da hermenêutica fenomenológica de Heidegger e Gadamer, pugna-se por uma interpretação onde a intersubjetividade assume o papel de destaque, vale dizer, tanto o intérprete quanto o texto da lei (enquanto linguagem) são sujeitos do processo interpretativo e é da fusão de seus horizontes que resulta a interpretação.

Representativa mudança presente na *nova hermenêutica* é visualizada no universo da diferença ontológica (Heidegger/Streck). Com efeito, com Lenio Streck há que se distinguir o texto jurídico da norma. Isto porque o texto, preceito ou enunciado normativo é *alográfico* (Eros Grau). Importa dizer, não se completa com o sentido que lhe exprime o

---

<sup>38</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. op. cit., p. 35.

legislador e somente estará completo quando o sentido que ele expressa é produzido pelo intérprete<sup>39</sup>, isto é, o texto normativo é a *potência* do qual a norma é *ato*. Note-se que, a *hermenêutica clássica* pugna pela imparcialidade objetiva do intérprete, postulando uma interpretação dogmática na qual aquele que interpreta o texto jurídico deve buscar, através de métodos<sup>40</sup> - como o *gramatical*, *teleológico*, ou ainda com referências a tipos de interpretação diferenciados que objetivam o sentido da Constituição como é o caso da chamada *interpretação constitucional* - o sentido presente no texto da lei, como se a norma fosse um mistério a ser desvendado; vale dizer, correndo o risco de se tornar repetitivo, o próprio texto é a norma num plano abstrato em que um e outro se confundem<sup>41</sup>. Daí decorre que, para os clássicos, a interpretação é ato de conhecimento, de caráter meramente *reprodutivo*, ao passo que, a *hermenêutica filosófica postula uma atividade produtiva do interprete*, realizada pela fusão de horizontes a partir de sua historicidade (pré-compreensão/pré-juízos/tradição) com a temporalidade do texto jurídico, de forma que o intérprete atribui sentidos ao texto mediado pela linguagem. Desse modo a interpretação assume um papel *produtivo*, em outras palavras, *a interpretação é atividade criativa*<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Neste sentido, GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/Aplicação do Direito*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003; MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem, violência: elementos de uma teoria constitucional*, I. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Fabris, 1995; MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999. Porém, não basta estabelecer esta diferenciação entre texto e norma para escapar à malha da filosofia da consciência. Por certo, esta distinção somente poderá ser vista dentro da referida “diferença ontológica” que Heidegger expõe em *Ser e o tempo*, dentro da qual, texto e norma, apesar de distintos, não podem ser metafisicamente cindidos, como se ambos pudessem ter existência autônoma. Aceitar texto e norma como realidade distintas seria resvalar em direção à metafísica, entificando o ser. Em verdade texto e norma são diferentes, mas um não subsiste sem o outro. Assim, “não há ‘separação’ entre texto e norma; há, sim, uma diferença entre eles (que é ontológica), questão que pode ser retirada da assertiva heideggeriana de que *o ser é sempre ser de um ente, e o ente só é no seu ser. Não há ser sem ente!*” (grifos do original). Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. op. cit., 311.

<sup>40</sup> Vale lembrar aqui a contundente observação de Dalmo de Abreu Dallari que criticando a fragilidade que existe nos diversos métodos de interpretação assevera que o juiz/intérprete, ao utilizar “tantos modelos de interpretação da lei”, considera-se exonerado de responsabilidade, atribuindo ao legislador as injustiças que decorrem de suas sentenças. Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 95.

<sup>41</sup> Esta “confusão” é própria da metafísica – seja ela da filosofia essencialista, seja ela a da filosofia da consciência, subjetivista – uma vez que a metafísica confunde ente e ser, os equiparando. Essa atitude é veementemente criticada por Heidegger que estabelece uma diferença ontológica entre ser e ente. Com efeito, para Heidegger o ser é sempre ser de um ente. O ente não é o ser. Confundindo ente com ser, a metafísica nadifica o ser impedindo que seja ele pensado. Assim, todo pensamento heideggeriano se preocupa com o desvelamento do ser, como questão fundamental do pensamento.

<sup>42</sup> Novamente com Reale e Antiserre, pode-se dizer que para Gadamer: “O interprete não é *tabula rasa*. Ele se aproxima do texto com seu *Vorverständnis*, isto é, com a sua pré-compreensão, vale dizer, com seus pré-juízos ou *Vorurteile*. (...) Portanto, o intérprete não enfrenta o texto como *tabula rasa*: a mente do intérprete é muito mais *tabula plena*, cheia de pré-juízos, ou seja, de expectativas e de idéias. E é com esse *Vorverständnis* que o intérprete se aproxima de um texto. E é sempre um ‘choque’ entre alguma parte da pré-compreensão do intérprete e o texto que atrai a sua atenção, ‘seja quando o texto não apresenta sentido algum, seja quando contrasta irremediavelmente com as nossas expectativas”. São esses *choques*, diz Gadamer, que forcem o hermeneuta a se dar conta dos seus próprios pré-juízos e a movimentar a cadeia das interpretações sempre mais adequadas. REALE, Giovanni. ANTISERE, Dario. op. cit., p. 630-631. Vide também GADAMER, Hans-Georg. op. cit., pp. 482-505.

Nessa ordem de idéias, a *nova hermenêutica*, reconhece a *linguagem como condição de possibilidade para atividade interpretativa*, vale dizer, toda interpretação pressupõe uma pré-compreensão que se dá segundo o “horizonte” de conhecimento do intérprete. Daí a conhecida máxima heideggeriana de que “toda pergunta já pressupõe uma intuição do perguntado”, isto é, “o mensageiro já vem com a mensagem”. Desta forma, a relação que se estabelece é sujeito-sujeito, em que a linguagem tem papel preponderante no desenvolver da atividade interpretativa.

Assim é que, este estado de inadequação em relação a estes “novos” paradigmas, impede que a cultura jurídica atente para o fator criativo inevitavelmente presente na atividade interpretativa, pugnando por uma neutralidade na interpretação que não escapa à ideologização. Isto se torna ainda mais preocupante se levarmos em consideração que a falta de um questionamento deste processo de produção dos sentidos atribuídos pelo intérprete aos textos legais, fatalmente estará alienada a necessidade de fundamentação democrática das decisões, em favor de uma arbitrariedade asujeitadora do intérprete em relação aos dizeres da lei.

Em verdade, hermenêutica não é método, é modo-de-ser do ser-no-mundo, sendo, portanto, filosofia. Em sendo filosofia, há que se reconhecer na atividade interpretativa um papel produtivo, representado pela produção crítica efetuada a partir da fusão de horizontes da historicidade do intérprete e o texto interpretado. Ademais, e isto é de extrema relevância, *o rompimento com os velhos paradigmas hermenêuticos é condição de possibilidade para a superação da crise de (in)efetividade dos preceitos constitucionais*.

## **2.2. Constituição e Jurisdição Constitucional como realidades correlatas, ou de como a concepção acerca da Jurisdição Constitucional reflete o conceito de Constituição em uma comunidade jurídica**

Desta forma, o reconhecimento do “sentido comum teórico” somado à superação da crise de dupla face apresentada no item anterior, é condição de possibilidade para se falar em filtragem constitucional e efetividade material dos valores, direitos e objetivos previstos na Constituição. Todavia, a estes dois fatores deve ser somada, ainda, a necessidade de uma concepção de Jurisdição Constitucional adequada aos postulados emergentes do Estado Democrático de Direito, na medida do que foi instruído no item 2 desta investigação.

A idéia contida no enunciado acima, ficaria melhor evidenciada nas palavras do alemão Werner Käge que, já em 1945 asseverava: “diz-me a tua posição quanto à jurisdição

constitucional e eu te direi que conceito tens de Constituição<sup>43</sup>”. Com efeito, em sendo a jurisdição constitucional (principal) responsável pela construção da densidade normativa da Constituição, conclui-se facilmente que, uma posição frágil e temerosa acerca das atribuições e competências a ela atinentes, fatalmente levará a uma realidade constitucional igualmente fraca e, no mais das vezes, impossibilitada de verdadeiramente “constituir” a sociedade para qual existe.

Como se pode notar, por tudo que até aqui foi dito, pretende-se promover a idéia de força normativa da Constituição mediante a superação dos paradigmas hermenêuticos herdados do positivismo pela (pré) compreensão daqueles emanados da *viragem lingüístico-ontológica*. Isto se dará através da radicalização da jurisdição constitucional, segundo os parâmetros estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito, para que, desta forma, possamos socorrer da imersão à qual estão submetidos os preceitos constitucionais, principalmente aqueles que versam sobre os Direitos fundamentais.

Isto não implica em dizer – e registre-se desde já esta advertência – que se defende aqui o “governo dos Juízes”<sup>44</sup> ou uma interpretação de cunho relativista. Por certo, esta seria uma compreensão amesquinhadora das teses aqui levantadas. Com efeito, no que tange ao paradigmas hermenêutico que serve de base para a pesquisa, basta dizer que *não se*

---

<sup>43</sup> Cf. KÄGI, Werner. *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates. Untersuchungen über die Entwicklungstendenz im modernen Verfassungsrecht*. Zurich: Polygraphischer Verlag, 1945, p. 147. *Apud* STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. op. cit., p. 13.

<sup>44</sup> A problemática envolvendo os ativismos judiciais e a (in)vetável invasão da política pelo Direito acirra o debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional entre procedimentalistas e substancialistas, sintetizado por Luiz Werneck Vianna e Lenio Streck. Em virtude dos limites a que se sujeita esta pesquisa, não adentraremos pormenorizadamente neste intrincado debate. Apenas cabe mencionar que opta-se aqui, como já dito anteriormente, por uma postura de “resistência constitucional” (Garcia Herrera) o que acarreta, inevitavelmente, um posicionamento substancialista frente à jurisdição constitucional. A aceitação das teses procedimentais, que encontram em Habermas seu maior expoente, se mostram prejudicadas numa realidade como a nossa. Isto porque, como lembra Marcelo Neves, a preocupação habermasiana com a jurisprudência de valores (espécie de ativismo judicial desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão) se dá em virtude de que tal atuação subtrairia a participação do cidadão na esfera pública universalista, colonizando-se, assim, o mundo da vida. Ocorre que, em países periféricos como é o caso do Brasil, esta esfera pública pluralista simplesmente não existe! As condições necessárias para sua existência estão permanentemente bloqueadas por uma espécie de legalismo que, paradoxalmente, se mantém à margem da constitucionalidade e da legalidade. Sendo mais preciso: este legalismo fundamenta as relações de subintegração e sobreintegração desenvolvidas pelos indivíduos no interior destas sociedades. Assim, este tipo de legalismo serve tanto para promover os rigores da lei aos subintegrados (que permanecem sem poder gozar dos benefícios constitucionalmente aferidos) e a impunidade ou a blindagem dos sobreintegrados em relação aos deveres por ela impostos. Em um caso há ônus, sem nenhum bônus; no outro há bônus sem nenhum ônus. Para tanto basta pensar na violência imposta pelo direito penal aos mais pobres e nos benefícios e subterfúgios que esta mesma legislação concede para aqueles que sonham impostos. Desta forma, o Brasil se apresenta como pré-político (Hanna Arendt) pois inexistente uma esfera pública que possibilite a formação do consenso. Sendo assim, a alternativa democrática para o Brasil é a constituição de uma esfera pública efetiva que se dá por meio da concretização de uma constitucionalidade e uma legalidade. Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. op. cit..



*defende uma atividade hermenêutica em que o intérprete possa dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*<sup>45</sup>. A posição apresentada, aliás, é diametralmente oposta.

Na verdade, são exatamente aqueles que acusam a hermenêutica de relativismo que lançam teses discricionárias-decisionistas para dentro do direito. Veja-se, por exemplo, o que se dá no plano da hoje tão propalada “interpretação Constitucional”. Autores como Luis Roberto Barroso e Inocência Martines Coelho, partindo do pressuposto de que as normas Constitucionais possuem uma linguagem “vaga” e “ambígua” (*sic*) chegam a afirmar que no ato de interpretação da Constituição sempre permanecerá um “coeficiente incômodo” de “voluntarismos” por parte do intérprete. Ou seja, sempre há um espaço indeterminado (a zona da penumbra de que fala Hart) que será completado pela discricionariedade do intérprete (tese positivista que remete à Kelsen e sua “moldura da norma”). Vejamos o que dizem os autores:

Para Luis Roberto Barroso

A natureza da linguagem constitucional, própria à veiculação de normas principiológicas e esquemáticas, faz com que estas apresentem maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica. *Conceitos como os de igualdade, moralidade, função social da propriedade, justiça social, bem comum, dignidade da pessoa humana, dentre outros, conferem ao intérprete um significativo espaço de discricionariedade*<sup>46</sup> (Grifei).

No mesmo sentido, Inocência Martines Coelho, faz uma prece positivista asseverando que

A Constituição – enquanto objeto – determina a escolha do método adequado ao seu conhecimento, o qual, por sua vez, manejado pelo intérprete, vai ‘criando’ os objetos hermenêuticos, num processo aberto e infinito, *cuja consistência e validade são controladas submetendo-se o seu resultado a um critério de verdade que se assenta na justiça da decisão produzida em cada caso concreto. (...) Então, aquilo que se chama interpretação especificamente constitucional vem a ser, a rigor, apenas um entre os possíveis resultados finais alcançados a cada corte ou interrupção que se opera no processo de interpretação e aplicação da Constituição (...)* A peculiaridade reside em que *enquanto os preceitos legais possuem um grau relativamente elevado de determinação material, de precisão de sentido e de conformação normativo-conceitual, as normas constitucionais, em sua quase totalidade, apresentam uma conformação normativo-material fragmentária e fracionária. (...) Como aplicar diretamente – sem mediação, densificação ou concretização dos operadores constitucionais -, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, que aparece logo no artigo de abertura da Constituição do Brasil como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito? Como dizer, abstratamente e de forma apriorística, o que significa um princípio desta natureza?* (Grifei)<sup>47</sup>.

Diante destas questões, fica claro como a dogmática jurídico-constitucional permanece refém da relação sujeito-objeto que impera no paradigma da filosofia da consciência, continuando a tratar intérprete e constituição como coisas distintas, como se possuíssem existência autônoma um em relação ao outro. Ora, Heidegger destruiu essa crença

<sup>45</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. op. cit., pp. 310-319.

<sup>46</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 101-102.

<sup>47</sup> COELHO, Inocência Mártines. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1997, pp. 76-78.

da teoria do conhecimento ao afirmar que o homem (enquanto *dasein*) é ser-no-mundo, que assim se encontra em permanente relação com as coisas. Não há uma reduplicação do mundo pela consciência, mas sim uma circularidade compreensiva que vai da auto-compreensão do *Dasein* para a compreensão do mundo e das coisas mesmas. E esta estrutura não comporta cisão.

Em verdade, no âmbito hermenêutico aqui apresentado, em que se trabalha com a diferença ontológica entre texto e norma, vigência e validade e se atribui um papel criativo para atividade do intérprete, é necessário ter em mente que a interpretação sempre se dará tendo em vista os limites semânticos do texto e o horizonte de inserção do intérprete na tradição (linguagem). Com Streck pode-se dizer que a interpretação deriva da compreensão dos textos jurídicos. Não se interpreta para compreender, e, sim, compreende-se para interpretar. Em outras palavras, quando se aduz uma interpretação intersubjetiva - em que intérprete e texto normativo são sujeitos do processo hermenêutico - refere-se que a aludida (pré)compreensão representada pelos pré-juízos (historicidade) que o intérprete (já) traz consigo antes de proferir sua “sentença”, deve ser composta por e pela Constituição<sup>48</sup>. Evidente que as questões fundamentais para compreensão do que representa a hermenêutica filosófica para os quadros do Direito comportam uma exploração muito mais acurada. Porém, nos limites destas reflexões, basta deixar claro que, quando, por exemplo, se fala na filtragem constitucional do art. 384 do Código de Processo Penal<sup>49</sup>, não se defende que o intérprete poderá, ao seu alvedrio, escamotear o que diz a lei. Afirma-se, sim, que, a partir do mecanismo da *interpretação conforme a Constituição*, o referido dispositivo só pode ser tido como válido (constitucional) se, ao invés de “juiz” no *caput* do artigo, ler-se “acusação”, e no lugar de “baixará” o processo, ler-se “poderá requerer à autoridade judiciária que baixe o processo”, uma vez que, a medida contida neste dispositivo (*mutatio libeli*) é tipicamente

---

<sup>48</sup> Neste sentido são esclarecedoras as lições de Streck: “É preciso ter claro, desde logo, que diferentemente de outras disciplinas (ou ciências), o Direito possui uma especificidade, que reside na relevante circunstância de que a interpretação de um texto normativo - que sempre ex-surgirá como norma - depende de sua conformidade com um texto de validade superior. Trata-se da Constituição, que, mais do que um texto que é condição de possibilidade hermenêutica de outro texto, *é um fenômeno construído historicamente como produto de um pacto constituinte, enquanto explicitação do contrato social.* tradição nos lega vários sentidos de Constituição. Contemporaneamente, a evolução histórica do constitucionalismo no mundo (mormente no continente europeu) coloca-nos à disposição a noção de Constituição enquanto detentora de uma força normativa, dirigente, programática e compromissária, pois é exatamente a partir da compreensão deste fenômeno que poderemos dar sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade no Brasil, por exemplo. Mais do que isto, *é do sentido que temos de Constituição que dependerá o processo de interpretação dos textos normativos do sistema.* (...) Não se interpreta, sob hipótese alguma, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei, etc.) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição” (grifamos). STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos de Constituição - Análise crítica da Jurisdição Constitucional e das possibilidades Hermenêuticas de concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais. In: *Revista da AJURIS* (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul), Ano XXX, Dez./2003, nº 92, p. 215.

<sup>49</sup> Remete-se o leitor à nota 15.

inquisitória, portanto incompatível com o sistema acusatório, contemplado pela Constituição de 1988. Desta forma, qualquer outra interpretação dada ao dispositivo dever(i)a ser tida por inconstitucional<sup>50</sup>.

Note-se que, não há nisto nenhum ranço de relativismo. Não se prescreve aqui julgamentos *contra* ou *extra legem*. Pelo contrário, conforme demonstrado, há apenas a aplicação *in concreto* do que preceitua a Constituição, através de seu mecanismo de defesa, realizado pela jurisdição constitucional.

Destarte, quando se reivindica jurisdição constitucional forte, apta a zelar pela força normativa da constituição, dentro daquilo que o espanhol Garcia Herrera denomina “resistência Constitucional”, igualmente não se defende uma espécie de “absolutismo do Judiciário”. Tampouco atribui-se função legislativa aos juízes. Pelo contrario, a própria Constituição, através de seu mecanismo de contenção recíproca entre os poderes (*checks and balances*) estabelece os limites da atividade do judiciário<sup>51</sup>. O que se postula é que o Judiciário (jurisdição constitucional) inserido no modelo/paradigma do Estado Democrático de Direito, faça valer as atribuições a ele acometidas pelo *plus* normativo que lhe confere este modelo/paradigma de Estado. Em verdade, quando se alude a uma jurisdição constitucional forte, tem-se em mente uma jurisdição constitucional que aplique de maneira correta o *mandado de injunção* (art. 5º, LXXI da CF/88) – mecanismo importantíssimo para dar efetividade aos preceitos constitucionais, principalmente aos direitos fundamentais -, sem o transformar, de forma explicitamente inconstitucional, em um nada jurídico, como aconteceu em terras brasileiras<sup>52</sup>.

Tamanha é a importância da existência de uma jurisdição constitucional aparelhada e consciente de e para seu papel de efetivação dos direitos fundamentais que sobram exemplos do Direito Comparado: Na Espanha, em 1983 o Tribunal Constitucional

---

<sup>50</sup> Em profícua análise sobre o sistema acusatório, o magistrado e professor Geraldo Prado tece comentários que corroboram o entendimento colacionado no texto. Com efeito, segundo Prado “o ideal, conforme o princípio acusatório é que apenas ao autor seja permitido alterar a qualificação jurídica do fato, em qualquer hipótese. Se o acusador persistir na posição original, com a qual o juiz não concorda, cabe a este absolver o acusado” (grifos do original). PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*, 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001, p. 168. Neste sentido também: BARROS, Antônio Milton de. *O Processo Penal segundo o Sistema Acusatório*. Leme: LED Editora de Direito, 2002.

<sup>51</sup> Soma-se ainda o fato de que o Judiciário não age *ex officio*, por vontade própria. Com efeito, lição comezinha da Teoria Geral do Direito, nos mostra que o Judiciário é inerte, e depende da provocação do(s) interessado(s) para que possa agir e, a partir daí, dizer o Direito.

<sup>52</sup> No que tange ao mandado de injunção, vide o instigante artigo de Luis Roberto Barroso “mandado de injunção, o que foi sem nunca ter sido”. BARROSO, Luis Roberto. In: *Temas de Direito Constitucional*, Tomo I, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Espanhol chegou a estabelecer, na sentença 64/83, a imposição de que os juízes e tribunais estavam obrigados a interpretar as leis em conformidade com a Constituição!<sup>53</sup>.

A partir deste exemplo, é preciso questionar: E no Brasil, temos uma jurisdição constitucional que efetivamente defende o pacto social consubstanciado na Constituição de 1988?

É certo que não! Na *práxis* política brasileira é possível notar um profundo desrespeito à Constituição, através das edições inconstitucionais de medidas provisórias, sob o olhar acríptico da jurisdição constitucional. Esta constatação é corroborada por Celso Antônio Bandeira de Mello que aqui se transcreve *in verbis*:

“Registre-se que o último Chefe do Poder Executivo, o segundo Fernando, do início de seu primeiro mandato até o mês de agosto de 1999, expediu 3.239 medidas provisórias (inconstitucionalmente, é claro), o que corresponde a uma média de 2,8 medidas provisórias por dia útil de governo (isto é excluídos feriados, sábados e domingos). Inversamente, no período foram editadas pelo congresso apenas 854 leis (entre ordinárias e complementares). Vê-se, pois, que o parlamento foi responsável tão-só por pouco mais de uma quarta parte das “leis”, pois os quase ¾ restantes são obra exclusiva do Executivo. De resto, dentre as 3.239 medidas provisórias referidas, apenas 89 delas – ou seja, 2,75% - foram aprovadas pelo Congresso e convertidas em lei. Em suma: vigoram entre nós 97,25% de medidas provisórias não aprovadas pelo congresso, em despeito de o texto constitucional literalmente determinar, como foi dito e reiterado, que tais medidas, se não aprovadas pelo congresso em 30 dias, perdem a eficácia desde o início de sua expedição. Diante deste panorama devastador, mesmo o mais tolerante dos juristas será forçado a concluir que, no Brasil atual, só por eufemismo se pode falar em Estado Constitucional de Direito, e, pois, em democracia<sup>54</sup>” (grifos do original).

Neste contexto que, como bem assevera Bandeira de Mello, é devastador, seria incompreensível uma doutrina que pregasse uma jurisdição constitucional à moda do liberalismo clássico, não intervencionista, despolitizada, que somente poderia ser chamada a atuar em casos estritamente jurídicos. Tal posicionamento é teratológico, visto que os preceitos constitucionais já são, por si só, dotados de conteúdo político – não é por acaso que

---

<sup>53</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. op. cit., p. 28.

<sup>54</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 15 ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p.96. Na mesma linha de Bandeira de Mello, o Professor Alemão Friedrich Müller, profundo conhecedor do Direito Constitucional brasileiro, traça interessante paralelo entre a experiência alemã dos “decretos emergenciais”, consagrados a partir da Constituição de Weimar de 1919 fatais para a Alemanha, e as “medidas provisórias” do executivo brasileiro que, entende o Mestre alemão, serão também fatais para o regime constitucional do Brasil. Depois de acurado esboço histórico, onde é demonstrado a evolução no uso dos “decretos emergenciais” pelo executivo alemão entre os anos de 1919 e 1933 (com ênfase em relação ao aumento de utilização no passar dos anos que chegou a superar – e muito – o número de leis editadas pelo parlamento), assevera o seguinte sobre a realidade brasileira: “Infelizmente o mesmo vale para o Brasil atual. O número das medidas provisórias editadas e reeditadas supera em muito o das leis promulgadas pelo Congresso Nacional”. (Cf. MÜLLER, Friedrich. “Medidas provisórias no Brasil e a experiência Alemã”. In: *Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 337-355).

vários autores chamam a Constituição de Carta Política -, portanto, toda decisão em sede de jurisdição constitucional será, inevitavelmente, uma decisão com conteúdo político (note-se, *conteúdo* político, e não *caráter* político, como sóe acontecer nas decisões do STF).

Despiciendo dizer que uma jurisdição constitucional ativa nos moldes aqui delineados seria um meio eficaz de contenção a estes desvios de poder. Desta forma, justifica-se plenamente uma jurisdição constitucional que faça valer seu papel mais interventor derivado do próprio *plus* normativo que permeia o Estado Democrático de Direito, em que, como já aludido, o Judiciário (jurisdição constitucional) assume o pólo de tensão entre os demais poderes, sendo-lhe reservado uma perspectiva transformadora.

Daí a importância, ainda maior, da superação dos paradigmas liberais-formalistas-positivistas, e a inserção do intérprete em uma dogmática jurídica emancipatória, para que, conhecedor de seu papel e suas possibilidades, possa implementar – através da jurisdição constitucional (chamada a atuar por meio dos mecanismos disponibilizados pela constituição – acesso à justiça) – os preceitos constitucionais através da devida filtragem hermenêutico-constitucional de que carece nosso ordenamento jurídico e que, conforme será aqui demonstrado, pode ser efetivada por meio das sentenças interpretativas (interpretação conforme a Constituição, declaração de nulidade parcial sem redução de texto e apelo ao legislador).

Em suma, há que se realizar um entrosamento entre a Constituição e o restante da ordem jurídica, o que só poderá ser realizado se a jurisdição constitucional for visualizada através de uma óptica *substancialista*, que radicalize seu papel, adequando o Judiciário brasileiro aos paradigmas hermenêuticos emanados do Estado Democrático de Direito<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Fato que denuncia a necessidade iminente deste “entrosamento” entre a Constituição – em que pese os Direitos Fundamentais – e a legislação infraconstitucional, nos é apresentado pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que aguarda julgamento junto ao STF e que busca tornar legítimo o aborto nos casos de anecefalia (feto que se desenvolve sem cérebro). O pedido está fundamentado basicamente na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana em relação à mãe que conceberá um filho sem vida. Isto porque, segundo a legislação brasileira sobre transplantes e os mais avançados estudos médicos, não existe vida sem cérebro! Ora, é evidente o sofrimento de uma mãe que passará pelos nove meses de gestação com a certeza que seu filho não terá condições de viver mais do que poucos minutos. A situação afigura-se tão cruel que se torna difícil imaginá-la. Porém, recentemente, o STF cassou a liminar que houvera sido concedida pelo relator da ação, Min. Marco Aurélio, reacendendo uma discussão que envolve não apenas a comunidade jurídica, mas também vários setores da sociedade brasileira, principalmente religiosos de formação católico-cristã, que abominam a idéia de qualquer tipo de interrupção voluntária da gestação. Neste contexto, Flávia Piovesan e Daniel Sarmiento, assumindo ostensivamente a postura *substancialista* em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo de 17.11.2004, p. A3, com o título “STF e Ancefalia”, asseveraram: “A legislação penal, ao criminalizar o aborto, em 1940, estabeleceu apenas duas exceções: risco de vida para a gestante e gravidez resultante de estupro. Mas, se ela não previu a hipótese da anecefalia do feto é porque não possuía bola de cristal: Na época a ciência ainda não tinha tornado possível o diagnóstico médico dessa patologia durante a gestação. Se nossa Suprema Corte legitimar, como esperamos, essa outra hipótese de interrupção da gravidez, não estará agindo como legislador positivo e invadindo a competência constitucional do parlamento. Estará, sim, tornando imediatamente eficazes direitos fundamentais das gestantes, previstos pela própria Constituição, e que, de acordo com a vontade do

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como ressalta Marcelo Neves em passagem já citada: no Brasil não se trata de construir alternativas à legalidade, mas sim de destruir os bloqueios que impedem a formação de um espaço de constitucionalidade e legalidade. Com efeito, por tudo que foi dito, é preciso continuar afirmando que entre nós as promessas de justiça social da modernidade não aconteceram. O Estado social foi um simulacro e o Estado Democrático de Direito representa um novo caminho, por meio do qual um Direito transformador pode(rá) promover o resgate daquilo que foi historicamente sonegado. Mas para isso, é preciso que os operadores jurídicos despertem para o novo representado pela Constituição. Isto porque, apesar da euforia que contaminou o país logo após a promulgação da Carta em 1988, acabou sufocada nos anos seguintes em face do desmantelamento semântico que “seqüestrou” todos os sentidos neoconstitucionalistas que poderiam ser por ela projetados, continuando a operar com a carga teórica de uma tradição inautêntica.

Desta forma, a Constituição possui sentidos ainda não explorados tendo em conta que a teoria que pretende estudá-la, ainda não é adequada à sua principiologia. É preciso um dar-se conta por parte dos juristas destes novos paradigmas surgidos no Direito e na filosofia no século passado. As teorias da interpretação do positivismo – construídas sobre a carga metafísica da *filosofia da consciência* – precisam ser ultrapassadas para que o sentido da Constituição, enquanto coisa mesma, aconteça, se manifeste. A construção deste espaço de constitucionalidade reclamado por Marcelo Neves, só pode ser construído na medida de uma jurisdição constitucional substancialista que proceda a uma verdadeira “resistência constitucional” (Garcia Herrera) contra os bloqueios internos (interesses privados colonizadores do Direito) e externos (globalização neoliberal) que minam a soberania estatal. Assim, a intervenção jurisdicional na esfera política é inevitável em um Estado Democrático de Direito, uma vez que – assumindo um caráter transformador – ao Direito (Constituição) são deferidas as garantias da minoria frente à voraz vontade das maiorias ocasionais. Este grau de intervenção jurisdicional será tão maior quanto for nível de concretização dos direitos

---

constituente (*sic*), gozam de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º da Lei Maior). (...) É preciso recordar que a legislação brasileira sobre transplantes considera que não há vida humana quando o cérebro deixa de funcionar. Por isso pode-se afirmar que, no caso da anecefalia, não há conflito entre a liberdade da mulher e a vida do nascituro, já que o feto desprovido de cérebro não apresenta vida humana atual ou potencial. (...) A ordem jurídica em um Estado Democrático de Direito não pode se converter em voz exclusiva da moral católica ou da moral de qualquer religião. A interpretação Constitucional não pode se impregnar de dogmas religiosos, mas deve primar pelo respeito à principiologia e racionalidade constitucionais, conferindo força normativa à Constituição”.

estabelecidos na Constituição. Ou seja, o nível das demandas comandará a intensidade da tensão entre legislação e jurisdição<sup>56</sup>.

A inexorabilidade deste fator não importa em admitir “ativismos judiciais” ou discricionariedades interpretativas. Numa perspectiva hermenêutica não há espaços para relativismos e a intervenção do judiciário (salienta-se, não é sinônimo de “ativismos irresponsáveis”). O fato de que a hermenêutica filosófica afirma que a atividade interpretativa é sempre criativa não autoriza o intérprete a dizer aquilo que melhor lhe convenha para solução do caso concreto. Concretizar a Constituição numa significa lembrar de Gadamer quando diz que o esforço hermenêutico deve proporcionar um questionamento pelas *coisas elas mesmas*, para construir uma empresa sólida. Quem quiser compreender não pode se abandonar cegamente à casualidade de suas próprias opiniões, para em consequência e de maneira autoritária, não “dar ouvidos” à opinião do texto, até chegar ao ponto desta opinião ser sufocada pela arbitrariedade do intérprete. *Quem quiser compreender um texto deve estar disposto a escutá-lo; a deixar que ele lhe diga alguma coisa.*<sup>57</sup>

Ademais, cabe mais uma vez concluir com Lenio Streck no rechaço ao(s) relativismo(s): “a hermenêutica afasta o fantasma do relativismo, porque este nega a finitude e seqüestra a temporalidade. No fundo, trata-se de admitir que, à luz da hermenêutica (filosófica), é possível dizer que existem verdades hermenêuticas. A multiplicidade de respostas é característica não da hermenêutica, mas, sim, do positivismo”<sup>58</sup>.

A concretização da Constituição e de sua carga compromissória dirigente ainda é uma tarefa a se realizar, diante da qual a construção de uma dogmática jurídica crítica não pode se furtar. No Brasil esta luta se mostra cada vez mais árdua uma vez que de um lado temos um saber jurídico que se instrumentaliza por meio de paradigmas esgotados, que não dão respostas aos problemas emanados de nossa complexa e conflituosa realidade; por outro lado, há uma rede de interesses particulares internos que bloqueiam a concretização dos compromissos constitucionais, além das constantes ameaças externas que o neoliberalismo globalizador impinge aos sistemas de proteção nela previstos (consumidor/trabalhador/meio ambiente/ saúde/ educação/ previdência social). É preciso estar atento, vigilante em relação às ameaças constantemente lançadas à Constituição, sem jamais sucumbir.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

<sup>56</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 181.

<sup>57</sup> Idem, p. 76.

<sup>58</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. op. cit., pp. 193-194.

- BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), in. *Temas de Direito Constitucional*, Tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BERCOVICI, Gilberto. Teoria do Estado e da Constituição na periferia do Capitalismo: Breves considerações críticas. In: *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Antônio José de Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (orgs.) Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 263-290.
- BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial*, a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- \_\_\_\_\_. ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 5 ed. Brasília: OAB editora, 2004.
- BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos*. Táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- \_\_\_\_\_. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- COELHO, Inocêncio Mártines. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática Crítica e Limites lingüísticos da lei. In: *Diálogos Constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (orgs.). Renovar: Rio de Janeiro, 2006, pp. 225-232.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- D'AGOSTINI, Franca. *Analíticos e Continentais*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.
- FARIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 1987.
- \_\_\_\_\_. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A Sociologia Jurídica no Brasil*, Porto Alegre: Fabris, 1991.
- FURTADO, Celso. *Os Ares do Mundo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- GADAMER, Hans-George. *Verdade e Método*. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GUASTINI, Riccardo. La "Constitucionalización" del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (org.). 2 ed. Madrid: Trotta, 2005, pp. 49-73.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo* Parte I. Trad. Maria Sá Cavalcante Schuback. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- HERRERA, Miguel Angel Garcia. Poder Judicial y Estado Social: Legalidad y Resistencia Constitucional. In: *Corrupción y Estado de Derecho – El papel de la jurisdicción*. Perfecto Andrés Ibáñez (Editor). Madrid: Editorial Trotta, 1996.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, tradução. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Safe, 1991.
- HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 4 ed. Brasília: UNB Editora, 1963.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*, vol. III, 5 ed., São Paulo: Paulus, 1991



- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Uma Nova Crítica do Direito. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da Construção do Direito, 5 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- \_\_\_\_\_. Quinze anos de Constituição – Análise crítica da Jurisdição Constitucional e das possibilidades Hermenêuticas de concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais. In: *Revista da AJURIS* (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul), Ano XXX, Dez./2003, nº 92.
- VIANNA, Luiz Verneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VIEIRA, José Ribas. *Teoria do Estado*. Rio de Janeiro: lúmen Júris, 1995.
- WARAT, Luis Alberto. *Mitos e Teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979.
- \_\_\_\_\_. WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito*, “Interpretação da lei: Temas para uma reformulação”. Vol. I, Porto Alegre: Fabris, 1994.