



Octubre 2014

O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO À BRASILEIRA: OBSTÁCULOS E POSSIBILIDADES EM UM PAÍS DE MODERNIDADE TARDIA.

Edson Vieira da Silva Filho¹

Elias Kallás Filho²

RESUMO:

A mudança do paradigma da modernidade trouxe uma série de reflexos no modo de pensar o direito, especialmente em países de modernidade tardia como o Brasil. A estrutura sobre a qual se sustenta o direito tem por base um modelo de estado moderno, com pretensão de generalidade e impessoalidade como mecanismos de garantia de segurança e previsibilidade, que levou as ciências a se afastarem do mundo concreto e que aboliu o homem como ser-no-mundo, tratando-o como se fosse uma amostra de um gênero, abstrato como qualquer outra categoria. Da inadequação do modo de pensar liberal individual burguês (conseqüentemente classista) frente à proposta do EDD vem a (necessidade de) sua superação pelo neo constitucionalismo a ser trabalhado pela hermenêutica filosófica como sendo condição de possibilidade de efetivação de todo criador e transformador da constituição, com a elevação de sua efetividade (constitucionalidade) a níveis satisfatórios. Somente a partir da premissa que se superou o paradigma sujeito-objeto o neoconstitucionalismo assume seu lugar no direito como sendo mecanismo de resgate de promessas não-cumpridas da modernidade (nas palavras de Lenio Streck) e de natureza transformadora (de realidades). Sendo a constituição que nasce do EDD dirigente, compromissória e de alto grau de densidade deve ser lida, interpretada e trabalhada adequadamente para que possa atingir um grau adequado de constitucionalidade, pode-se dizer que somente a partir da premissa da mudança de paradigma sua aplicação adequada será alcançada.

PALAVRAS CHAVE: Neo constitucionalismo; Modernidade; Estado Democrático de Direito; Hermenêutica Filosófica.

THE BRAZILIAN CONTEMPORANEOUS CONSTITUTIONALISM: OBSTACLES AND POSSIBILITIES IN A LATE MODERNITY COUNTRY.

ABSTRACT.

¹ Graduado em Direito pela PUC/MG, Mestre em Direito pela UFPR, Doutor em Direito pela UNESA, Pós Doutor em Direito pela UNISINOS, professor do PPGS da FDSM.

² Graduado em Direito pela USP, Doutor em Direito pela USP, Coordenador do PPGD da FDSM

The modernity paradigm change brought a series of reflexes in the way of thinking about law, especially in late modernity countries like Brazil. The structure on which rights is sustained has as a basis a modern state model, aiming at generality and impersonality as mechanisms of guarantee of security and foreseeability, which led sciences to stand back from the concrete world and which abolished man as a being in the world, treating him as if he were a sample of the genre, abstract like any other category. The bourgeois individual liberal way of thinking (consequently classist) is overcome (necessity of) by the neo constitutionalism to be worked by philosophical hermeneutics as a possibility condition to make every constitution creator and transformer effective by elevating its effectiveness (constitutionality) to satisfactory levels. Only from the premise which the subject-object paradigm has been overcome, the neo constitutionalism takes over its place in rights as a mechanism of rescue of non-fulfilled promises of modernity (as in Lenio Streck's words) and of a transforming nature (of realities). Considering the Constitution is a ruling democratic state of right one, committing and of a high density degree, it must be read, construed and worked properly in order to achieve an adequate degree of constitutionality, it can be said that only from the premise of a paradigm change, its application will be reached.

KEY WORDS:

Neo Constitutionalism; Modernity, Democratic State of Right; Philosophical Hermeneutics

Considerações preliminares: A difícil ruptura de amarras: princípios e dogmas positivistas da modernidade a serem superados pelo Direito no novo milênio.

Este texto propõe uma análise da situação conflituosa, própria da mudança de paradigmas pela qual passa o direito contemporâneo, especialmente em países de modernidade tardia como o Brasil.

O paradigma moderno, em fase de superação, ainda mostra-se presente no modo de pensar (e agir) de boa parte dos operadores do direito, fazendo necessária a discussão sobre sua validade. O problema tem raízes na sua própria matriz teórica já que não há consenso a respeito da própria modernidade: ela acabou, fracassou, ou trata-se de um projeto inacabado, ainda em curso, é (simplesmente) um momento que ignorou parcela marginalizada do sistema global no qual nos inserimos³ ou que finalmente consegue existir em suas três formas (pré-modernidade/modernidade/pós-modernidade).⁴

Com o passar dos “gloriosos 30”⁵, do século XX, as contas não tiveram o resultado esperado no balanço final da proposta da modernidade, havendo superávit (de bem-estar social) na Europa central e um significativo déficit no resto do mundo, o que, somado à queda da União Soviética e à ruptura do paradigma bipolar vigente no mundo e característica da modernidade, fez

³ Cf. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*.

⁴ Não existe uma posição pacificada na doutrina a respeito da consumação, fracasso, inocorrência ou ainda do andamento de um projeto (inacabado), que chamamos de modernidade, vale lembrar Lenio em sua obra *Hermeneutica jurídica e(m) crise* (pág. 22), que afirma: “para as elites brasileiras a modernidade acabou (...) a modernidade nos legou o estado de direito e as instituições (...) como um avanço. Em um primeiro momento como absolutista e depois como liberal, mais tarde o Estado transforma-se surgindo o Estado Contemporâneo sob suas mais variadas faces. Essa transformação ocorre justamente do acirramento das contradições sociais proporcionadas pelo liberalismo” que resulta em um estado intervencionista e carregado de desigualdades socioeconômicas.”

⁵ Apelido pelo qual ficou conhecido o período de apogeu do estado de bem estar social alcançado na Europa Central no princípio do século passado.

com que a máxima que assumia o fracasso da modernidade, com a quebra de suas promessas, desse lugar a um mundo diferente, a um mundo global, o que nos conduziu ao momento atual.

Acontece que “(...) já que tais promessas não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao estado (neo) liberal. Daí que a pós modernidade é vista com a visão neoliberal. *Só que existe um imenso déficit social em nosso país.*”⁶

O fracasso moderno pode realmente ser comprovado considerando-se o malogro das propostas científicas e da pretensão de categorização de tudo que existe, como se pudéssemos enquadrar toda realidade em teorias e métodos abstratos.

O fato é que “as promessas da modernidade só são aproveitadas por um certo tipo de brasileiros (...) pesquisa recente mostra que os excluídos são 59% da população do país (...) e que” a aceitação da exclusão social é cotidianamente reforçada/justificada pelos meios de comunicação.⁷

Assim, no que concerne à satisfação de direitos fundamentais, observamos uma grande lacuna, que ainda pode e deve ser objeto de retomada e, sob a perspectiva de nosso estudo, tal resgate deve dar-se a partir do direito.

Obviamente não de um direito caracterizado pelos modelos do Estado liberal ou do Estado social, paradigmas já esgotados, mas sim do Estado democrático de direito, no qual uma nova perspectiva de criação jurídica e aplicação do direito deve ser forjada a partir de um novo modelo de Constituição, que deve ser construído para servir como substitutivo do atual modelo em fase de superação.

Isso deve ocorrer especialmente para os países periféricos ou de modernidade tardia, onde a modernidade enquanto carga compromissória passou ao longe, mas que funcionou com perfeição como uma bomba teórica que fez enraizar em toda cultura, sobretudo a jurídica, um modo de pensar fundado no paradigma sujeito-objeto, ignorando a viragem lingüística e o atravessamento do direito pela linguagem e da linguagem pela filosofia.

Por tanto, “(...) se puede afirmar que toda Constitución incorpora un ingrediente utópico que sirve de marco de referencia de lo que una sociedad entienda como deseable para si misma en el futuro, de aquello que se comprende como metas que se tienen que ir logrando a partir de una nueva organización jurídica-política también como un parametro de legitimación del poder público”⁸.

Em suma, só se obterá a concretude da Constituição de 1988, se de fato forem criadas uma nova teoria das fontes e das normas e uma hermenêutica adequada ao novo constitucionalismo que quer nascer.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pág. 26.

⁷ Idem, ibidem, pág. 29-31.

⁸ CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo: elementos para una definición*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio. (org.) *20 anos da constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 207.

1- A impossibilidade da manutenção de um paradigma individuocêntrico, fundado no individualismo liberal individual da modernidade em um cenário pluralista: o resgate da filosofia, abandonada pelo modelo positivista.

Do que poderíamos chamar de era das incertezas, passamos à busca de um porto seguro, e com a pretensão de previsibilidade e segurança nas construções científicas ganha força o pensamento positivista que traz no empirismo e na metodologia seu *standart* de confiança, afastando naturalmente tudo aquilo que se lhe afigurava especulativo e de difícil generalização, uma vez que o mundo deveria ser enquadrado em categorias de índole objetivas e impessoais.

Do medievo, que além de reconhecer as desigualdades e os interesses estamentais consubstanciados em um direito produzido para legitimar a hierarquia estabelecida entre clero, nobreza e campesinato, passamos ao esgotamento do feudalismo superado pelo capitalismo como novo modelo de desenvolvimento econômico e social⁹.

Diante dessa perspectiva, floresce na “moderna cultura européia ocidental, a partir do século XVII e XVIII”, uma visão de um mundo

Predominante no âmbito da formação social burguesa, do modo de produção capitalista, da ideologia liberal-individualista e da centralização política através da estrutura de um Estado social soberano. Ao se conceber o direito como produto da vida humana organizada e como expressão das relações sociais provenientes de necessidades, constatar-se-á que, em cada período histórico da civilização ocidental, domina certo tipo de ordenação jurídica... O direito da sociedade moderna realça sua adequação com o tipo de sociedade emergente (sociedade burguesa), com o modo de produção material (economia capitalista), com a hegemonia ideológica (liberal e individualista) e com a forma de organização institucional de poder (estado soberano) que passa a ser configurada na denominação racional legal (burocracia). ”¹⁰

Do homem sujeito aos desígnios dos deuses, ou da natureza ou até do príncipe, surge o homem liberal, caracterizado por um individualismo que era em sua essência “expressão da moralidade social burguesa...” que “... prioriza o homem como centro autônomo de decisões econômicas, políticas e racionais. A ação justifica-se não pela afirmação interativa como o social, mas por uma subjetividade em que o sujeito racional se conhece e se afirma como individualidade”.¹¹

Diante de tal perspectiva o divórcio com a filosofia não tardou, pois, caracterizado como conhecimento de ordem especulativa afastado da razão e, por conseqüência, das ciências (da natureza e exatas), tratava-se de elemento subjetivo e não passível de reprodução ou demonstração.¹²

Ainda segundo Wolkmer,

⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. p. 29.

¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 27.

¹¹ Idem, *ibidem*, p. 40.

¹² DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*. p. 14.

(...) este primeiro momento monopolista do capitalismo é marcado pela construção, evolução e crise do estado de bem estar, cujo escopo mediatiza maior conciliação entre os interesses do capital e as demandas sociais. Segue-se que entre os anos 70/90, o capitalismo monopolista alcança nova etapa de complexidade e avanço, caracterizado por um processo de desorganização e reordenação e flexibilização do capital internacional.”¹³

A modernidade, oscilando de um ideal de “vida boa”, prometido pelas ciências e seus fracassos, acabou por constituir-se em um período transitório no qual uma fértil produção científica e uma vasta gama de decepções coexistiram, até que fortemente vinculada aos sistemas de produção sofre fortes influxos do capitalismo e do socialismo, e, ao mesmo tempo, passa por duas grandes guerras que colocam questões ligadas ao fracasso do projeto de “vida boa” e a importância da evolução científica que se mostrava tão generosa quanto perigosa.

O paradoxo fica mais evidente nos países de modernidade tardia, onde edifícios monumentais e guetos sobreviviam lado a lado sem uma explicação vinda das ciências imperantes na modernidade. Muito aconteceu, muito deixou de acontecer. A fratura surge sem uma resposta que deveria vir da segurança proposta pelo modelo moderno.

A busca da segurança jurídica firma-se sobre um projeto de legalidade “(...) criado, validado e aplicado pelo próprio estado, centralizado no exercício de sua soberania nacional”.¹⁴ A modernidade, em suma, nos dá um modelo jurídico formado por uma dogmática jurídica centralizadora.

O cientificismo moderno ignora o fato de que o ser humano só pode ser percebido (e perceber) entendido em uma relação de estar no mundo de maneira provisória e contínua.¹⁵

O homem é um ser histórico e para que ele se ponha no mundo é necessário que possua uma consciência que o situe de forma concreta em um tempo e local, conhecedor das circunstâncias para que efetivamente assuma sua perspectiva de ser-no-mundo¹⁶.

Com a crise do *Welfare State*, Wolkmer afirma que chegamos ao “... esgotamento do paradigma de legalidade que sustentou por mais de três séculos a modernidade burguês-capitalista”,¹⁷ que se encontra centrada no paradigma positivista sustentante (e sustentado) do modelo liberal de Constituição, assentado nas codificações tradicionais do século XIX e que tem no Estado e em seu aparato burocrático o ator responsável por definir “... a validade formal dos critérios de legalidade e legitimidade do processo de racionalidade de vida social”.

A modernidade, então, mostra-se sustentada no aspecto jurídico por uma cultura unitária reprodutiva de idealizações normativas, montagens e representações míticas, baseadas em uma racionalidade formal que tem como finalidade básica sustentar um Estado liberal individualista de base burguês-capitalista firmemente consolidado no ideário de um modelo de justiça de ordem positiva capaz de exaurir toda realidade por meio de suas normas jurídicas. Estas, em última análise, acabam tendo como finalidade a (re) produção da estrutura de domínio vigente mediante

¹³ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. p. 44.

¹⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. p. 45.

¹⁵ DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*. p. 15.

¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 16.

um formalismo superado pela nova Constituição que insiste em nascer e acaba por ser sufocada por mecanismos de defesa do modelo antigo, que não pretende ser superado, uma vez que isso implicaria a supressão das benesses a ele inerentes.

O ponto crucial da discussão que trabalha a quebra de paradigmas, permitindo que o novo venha efetivamente assumir seu lugar nas coisas, tem na intersubjetividade elemento fundamental. Enquanto no esquema liberal individual o sujeito se relaciona com o objeto de forma assujeitadora, como se pudesse dominá-lo e manipulá-lo ao seu bel prazer, no atual paradigma o indivíduo "... deve-se colocar no lugar do objeto, sem sujeitá-lo, de forma que ele não seja totalmente estranho e exterior, podendo assim ser imaginado como parte nossa em qualquer circunstância." ¹⁸

A perspectiva positivista da dualidade entre o mundo das idéias e o mundo real, em especial no direito, quando tal dicotomia é garantia de isenção e neutralidade é ingenuidade ideológica¹⁹, "... por si só não dá conta dos fatos e a prática é elementar em sua elaboração, sendo inviável pensar em uma teoria dissociada da prática".²⁰

A subordinação das ciências do espírito às ciências exatas e naturais foi usada como mecanismo de obtenção de pureza, imparcialidade, na qual a metalinguagem buscava construir uma verdade teórica, sendo imprescindível lembrar que "... uma teoria sem prática que lhe dê vida não chega a ser uma teoria".²¹

O procedimento de apreensão não se dá com a isenção pretendida até porque é elementar a ele à inserção histórica, pois as consciências verdadeiras e falsas surgem em um plano de realização histórica.²²

Assim, definidos alguns (dos principais) vícios positivistas do modelo liberal individual burguês que fundou o constitucionalismo, que nasce de uma revolução (pretensamente) libertária e igualitária, passamos a seguir para a análise de uma das principais promessas da modernidade: o mito da segurança (jurídica em especial) e da perenidade das respostas obtidas através das ciências exatas, com pretensão de duração eterna.

2- A modernidade e seus legados míticos e o fracasso da modernidade positivista como mecanismo de obtenção do bem estar social: as amarras a serem superadas.

A partir do positivismo cientificista empreende-se uma cruzada em busca da (re) estruturação do discurso, das ciências em geral e do direito, em especial por meio do método, pretenderam uma transformação no modo de conhecer, procurando obter na previsibilidade uma estabilidade de ordem positiva.

Isso se dá através de propostas de soluções definitivas, prontas e acabadas construídas para um mundo que deveria ser enquadrado em categorias objetivas e impessoais.

¹⁷ Idem, ibidem, p. 59.

¹⁸ DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*. p. 16.

¹⁹ Idem, ibidem, p. 18.

²⁰ Idem, ibidem, p. 18.

²¹ Idem, ibidem, p. 77.

²² Idem, ibidem, p. 81.

O Estado moderno foi concebido a partir da premissa da necessidade de uma ordem e poder uno, sendo constituído em um sistema de auto-regulamentação baseado em mecanismos de gestão e com uma divisão de poderes (ou de tarefas) que se controlariam mutuamente.

A modernidade traz em si a proposta sedutora de um bem estar e racionalidade nunca antes experimentadas. Tudo pode ser elaborado por meio de enunciados cartesianos.

O Estado busca conseqüentemente uma nova forma, também de matizes técnicas, objetivas, previsíveis, e tem como fim manter-se dominante, sem os artifícios religiosos, perdidos em sua laicização.

O direito busca mecanismos de consolidação (e de preservação) do novo sistema de domínio. O imperativo do racional como a única conduta aceita e desejável. Com o tempo as falhas surgem, as promessas são quebradas e as armadilhas contidas no novo sistema começam a ser desmascaradas. As benesses não são divididas igualmente e a exploração do homem pelo homem assemelha-se aos modelos anteriores. A ausência da plenissuficiência leva o direito aos decisionismos e discricionariedades judiciais, sustentadas agora por Kelsen e Hart como mecanismos de solução de conflitos para os quais a norma não se faz suficientemente adequada ao caso concreto, que ainda é pensado fora do direito. O mundo dos fatos e o mundo do direito são separados por uma distância abissal.

A razão não oferece as respostas nem os meios para que o bem-estar prometido seja instalado ou mesmo mantido. O terceiro mundo e sua pobreza evidenciam-se, em como no primeiro mundo, ocultos em seus guetos.

O mecanismo de auto-afirmação do Estado diante dos fatos recém-delatados vem em forma de uma carga legislativa repressiva e abundante, apegada a um positivismo ortodoxo e radicalmente fechado.

A segurança jurídica é o mito mais cultuado, mas a prática jurídica mostra-se imprevisível. A práxis é diferente.

O novo não tem rosto claramente definido e aninha-se, em princípio, na linguagem e no discurso, buscando a legitimação de propostas no consenso, no hermenêutico e no flexível. Somente a linguagem existe. É a primeira revolução copernicana, o giro lingüístico ontológico, adequado ao universo novo, plural e múltiplo, que assume uma característica diversa da do antigo antropocentrismo moderno, baseado em um homem padrão, normal ou normalizável, do homem gênero e abstrato, ao contrário da atual proposta em que o plural exige um tratamento pessoal. O homem agora é o homem concreto. É a igualdade na multiplicidade, nas diferenças.

Acontece que contraditoriamente ainda temos um pé fortemente cravado na modernidade e em seus mecanismos de manutenção, o que faz com que o momento de transição entre o velho e o novo (que pode ainda não ter nascido) seja marcado por angústias e frustrações. Isso é reforçado pelo fato de que não há uma definição clara do que se espera da pós-modernidade, ainda em estágio de construção.

O consenso e a intolerância ainda vigoram, e a sensação de vazio é grande. O outro, de ordem plural, assume um rosto “fragmentário”, o espaço pode ser ocupado pelos “outros”,

estranhos que incomodam pelo fato de serem estranhos, excluídos “do mercado” ²³ ou fora do padrão de normalidade definido pelos padrões modernos.

Um novo paradigma começa a surgir. O homem, que antes figurava como sujeito, assujeitador do objeto por meio do método, da técnica e dos artifícios da impessoalidade introduzidos nas ciências do espírito com metalinguagens, com pretensão de imparcialidade, faz com que a fé nas ciências exatas comece a ser abalada.

O antropocentrismo então instituído tratava do homem gênero, do homem ente (fração) social e não do homem único em sua individualidade, do ser plural, igual em suas diferenças e que exigia para ser reconhecido como tal um novo paradigma, o da relação intersubjetiva. A relação sujeito–objeto precisava ser substituída pela relação sujeito–sujeito.

Assim, antes de discutirmos o novo paradigma pluralista, fundado na intersubjetividade, é necessário falar sobre a o modo de se pensar reinante no paradigma anterior e impede que o novo venha a surgir e produzir seus efeitos adequadamente. A influência e norte (incorreto) marcam o que pretende surgir como o novo, viciado e deformado pelo modo de pensar positivista ainda não superado. Isso faz surgir um novo problema, a imposição feita à nossa dogmática constitucional da necessidade de elaboração de uma nova referencia: o pós positivismo²⁴, diante da insuficiência do modelo positivista ortodoxo.

Só percebendo a superação do antigo modelo e reconhecendo seus erros é que podemos romper com as antigas amarras para agirmos de acordo com o novo recém²⁵ (?) instalado.

Logo, o novo modelo de homem, que pretende desgarrar-se da filosofia da consciência, passando por um processo de desobjetificação necessita de um novo modelo de Estado que reconheça suas diferenças enquanto ator que permite a superação da filosofia da consciência, assumindo seu papel em relações de conhecimento de ordem intersubjetivas. O homem assujeitador (e subjugado) deve dar lugar a um homem que é participe, e não senhor, do processo de construção dos saberes.

6- Perspectivas de uma hermenêutica filosófica adequadas ao neoconstitucionalismo.

O novo paradigma neoconstitucionalista do Estado democrático de direito encontra na Constituição a (condição de) possibilidade de ruptura com o positivismo, por meio da superação do sistema clássico de regras, excluindo a contraposição regra/princípio, e da publicização de espaços antes destinados exclusivamente ao interesses privados, a partir dos princípios.

A nova Constituição altera, assim, a teoria das fontes positivistas, trazendo os princípios para a construção de uma nova teoria da norma, que permite fazer com que o texto constitucional alcance um grau de concretude adequado ao seu modelo compromissório. A nova Constituição

²³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. p. 147-8.

²⁴ MAIA, Antonio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neocosntitucionalismo*. MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio. (org.) *20 anos da constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009, 397.

Federal obrigou ao desenvolvimento de toda uma nova dogmática constitucional; por outro lado, o amadurecimento de nossa vida universitária, sobretudo através da expansão e da consolidação de cursos de pós graduação, elevou a um patamar mais sofisticado a reflexão de nossa doutrina” que habitualmente simplesmente agia como simples reprodutora, nos oferecendo mais do mesmo.²⁶

Os princípios (bem como as regras) deixam de ser conceitos formulados por um exercício dedutivo abstrato (e arbitrário), frutos exclusivos de uma racionalidade inalcançável por pertencer exclusivamente a um dever ser ideal, isolado do mundo, voltando-se para o mundo concreto, afastando o modelo subsuntivo, formando (e sendo formados por) uma abordagem hermenêutica, saindo do eixo sujeito/objeto, valendo-se da filosofia da linguagem, que traz a (re) inclusão da faticidade, e fazendo com que o modo de ser e a faticidade sejam o *locus* da compreensão.

O método e o procedimento, utilizados para trabalhar o objeto sujeitado ao intérprete, forças motrizes da ciência positivista imperante na modernidade, dão lugar a uma hermenêutica ontológica. O compreender passa a ser um interagir do sujeito (quebra do paradigma sujeito/objeto).

O novo paradigma do direito faz com que ele não seja mais ordenador (fase liberal) nem (apenas) promovedor (*welfare state*) e sim um *plus* normativo transformador da realidade.²⁷

Sua operacionalidade muda de lógica e a quebra das dicotomias clássicas dão ao ato de interpretar uma nova perspectiva: interpretar e aplicar consistem no agir-no-mundo, estando os princípios sempre inseridos em um contexto de aplicação.²⁸

Os princípios, concebidos agora com força normativa, portadores da tradição autêntica (já que vetores de sentido), transformam-se em elementos de fechamento hermenêutico, pois acabam por ser instituidores de regras.

A idéia é que os princípios constitucionais superassem o modelo positivista e a discricionariedade contida em sua estrutura, mas, como se em um processo de evolução, o positivismo estruturou-se sobre uma dogmática forte onde o mundo prático não tem lugar.

A finalidade dos princípios é a de superar a abstração das regras, por terem um enraizamento ontológico dirigido para o homem como ser-no-mundo. É através deles que o sentido do texto deve ser tomado. É neles que se encontra a fundamentação do que se pretende defender, criar e mudar em uma sociedade. Assim, a diferença ontológica (buscada nos princípios) faz com que o positivismo seja invadido pelo mundo prático. Tal invasão faz com que sua leitura deixe de ser dotada da alienação da pureza, que o acorrentou (e ainda acorrenta), tornando-o inflexível e dando espaço à discricionariedades.²⁹ Quando a discricionariedade precisa de

²⁵ O fato é que já se passaram vinte anos desde a promulgação da nova constituição sem que uma postura uniforme a resposta de sua natureza e meios de operacionaliza-la se aproximasse de um consenso.

²⁶ MAIA, Antonio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neocosntitucionalismo*. MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio. (org.) *20 anos da constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 399.

²⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. p. 1-17.

²⁸ Cf. idem, ibidem, p. 57-70.

²⁹ A pretensão positivista de dar conta de toda a realidade sensível através das normas acaba por engessá-lo, remetendo seus adeptos a buscar justificação de decisões quando deparam-se com lacunas, imprecisões e

justificação, a conceituação dos princípios como sendo simples mandados de otimização (recusando sua força normativa) atende a um propósito (projeto) positivista, buscando recuperar a abstratidade da regra.³⁰ Assim o princípio, afastado do mundo real, deixa de possuir carga normativa, sendo subordinado a leis, que lhe dariam operacionalidade.

Encontramos em Lenio, ao contrário, que, por terem força normativa, e por serem efetivamente vetores de sentidos que fundam todas as normas (pois, antes de cada uma delas existe um princípio que a fundamente)

Acreditamos, como defende Lenio Streck, que tanto princípios como regras acontecem sempre no caso concreto e que o texto constitucional (que representa um *plus* normativo) tem nos princípios um ideal, devido à boa afeição do Estado, antes inimigo e agora um amigo dos direitos fundamentais. Norma é o resultado de um texto interpretado, deixando claro que texto não é entendido como um enunciado lingüístico previamente estabelecido e hierarquizado de forma abstrata, mas sim como um evento.³¹

Assim a moral, co-originária ao direito, gerado democraticamente, é juridicamente institucionalizada, não tendo caráter corretivo, autônomo ou complementar, mas traduzida às insuficiências do direito e reatribuindo o caráter transformador da sociedade.³²

O novo paradigma neoconstitucionalista, que nasce de um Estado democrático de direito, insere o mundo prático no direito, aproximando regra e princípio, sendo que atrás de toda regra existe (preexiste) um princípio instituidor. Apesar disso, não é possível afirmarmos que regras dependem de princípios ou que princípios dependem de regras, ou ainda que princípios dependam de outros princípios. Deve-se lembrar de que princípios e regras são textos e textos são eventos, não meros enunciados lingüísticos.

Assim, em uma perspectiva hermenêutica, os princípios vêm romper com o modelo puro de regras, ingressando no direito por meio do mundo prático, com a grande diferença entre o texto jurídico e o sentido que esse texto adquire a partir de sua aplicação (diametralmente opostos em ambos os paradigmas).

Resumindo, os princípios procuram resgatar o mundo prático, relegado ao esquecimento pelo positivismo que se fundou nas regras como proposta de modelo que garante um estado desejável das coisas (resgate de valores).

Sem o princípio instituidor, a regra possui uma interpretação alienada, afastada do mundo fático.

inadequações das mais diversas não na fundamentação, mas na discricionariedade e decisionismo judicial, que funcionam com válvulas de escape da pressão interna do sistema. Uma figura mítica, dotada de conhecimento vasto, resolve os problemas da estrutura do sistema (criando inúmeros outros), dando a falsa impressão de estabilidade por pertencerem às respostas validadas pelo próprio positivismo.

³⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. p. 163-175.

³¹ Cf. idem, ibidem, p. 123-143.

³² Cf. idem, ibidem, p. 175-193.

Já nas teorias da argumentação os princípios assumem o papel de referencial interpretativo diante da insuficiência das normas (nos casos difíceis), o que impossibilita uma prática subsuntiva.³³

Além das teorias hermenêuticas e da argumentação é importante deixar claro que a diferença entre regra e princípio não pode ser extraída a partir de Dworkin, que tem nos princípios categorias abertas, e nas regras categorias fechadas, mas sim a partir de um contraponto ao dedutivismo ou qualquer manifestação da filosofia da consciência e do paradigma sujeito–objeto.

Mesmo reconhecendo as diferenças, não podemos falar em divisão entre o mundo das regras e o mundo dos princípios, como se um (o dos princípios) tivesse função complementar ao sentido do outro (o das regras), ou seja, como se os princípios fossem uma espécie de reserva de sentido.

Logo, todo ato interpretativo (aplicativo) é ato de jurisdição constitucional que alinha a interpretação da regra com seu princípio constitucional institucionalizador (tradição ou vetor de sentido), mantendo a coerência e a integridade do sistema e afastando a possibilidade de discricionariedades e arbitrariedades.

Visto dessa forma podemos afirmar que é imprescindível verificar se o princípio instituidor da regra não aponta em direção oposta, desconfiando da suficiência ôntica da regra, pois somente a Constituição é o *locus* que permite a extração da resposta correta.³⁴

O sistema de regras é insuficiente para dar conta de todas as coisas, deixando uma lacuna, uma vez que se encontra inserido no esquema subsuntivo-dedutivo.

Adentrando no novo paradigma, não se pode conceber uma regra-em-si, como se não houvesse um princípio instituidor que a guiasse diante dos casos de insuficiência ôntica. A relação que forja o sentido se dá na relação (sujeito–sujeito) coisa–intérprete e na reconstrução e integridade do direito que vem da tradição autêntica, nasce do Estado democrático de direito e tem como norte a Constituição, redefinindo o sentido (norma) do texto aplicável, por meio dos princípios da integridade e da coerência. Estes proporcionam a garantia da aplicação isonômica dos princípios por meio de sentenças redutivas: a lei “x” é inconstitucional diante da hipótese “y”.

Os princípios, assim vistos, ao contrário de dar margem a discricionariedades servem como blindagem contra elas, já que fecham a interpretação do texto, pois apontam para o modo de se operar para que o intérprete mantenha a coerência e a integridade do direito.³⁵

Finalmente temos, então: 1 - os princípios, ao introduzirem o mundo prático, garantem uma espécie de objetividade na interpretação; 2 - a abertura semântica (apofântica) é fechada pelo círculo hermenêutico, que impede a dualidade, faticidade/validade; e, 3 - a *applicatio* fecha a interpretação, blindando-a contra a livre atribuição de sentidos.³⁶

Como resposta a todo esse movimento e adoção de posturas de ordem pós-positivista, em especial no tocante ao modelo de regras em fase de superação, nota-se que em uma espécie de

³³ Cf. idem, ibidem, p. 254-281.

³⁴ Cf. idem, ibidem, p. 254-281.

³⁵ Cf. idem, ibidem, p. 254-281.

³⁶ Cf. idem, ibidem, p. 310-321.

adaptação darwiniana o positivismo jurídico parte para a elaboração de conceitos com objetivos universalizantes, atribuindo a princípios constitucionais função de mandados de otimização. Criam, assim, súmulas vinculantes e doutrina reprodutiva, como que se transformando em uma espécie de discurso de fundamentação prévia para proteger o próprio positivismo da multiplicidade descontrolada de respostas e gerando um caos que precisaria ser controlado.³⁷

Toda essa construção está fundada, em última análise, na idéia de que a moral (co-originária que é do direito) está inserida no texto constitucional mediante princípios que prometem uma “vida boa” e uma sociedade solidária, como busca de se efetivar o resgate das promessas não-cumpridas da modernidade, as quais precisam do novo paradigma (neoconstitucionalista) plenamente operacional para que sejam levadas a efeito, sob pena de um forçado regresso ao paradigma liberal individual burguês³⁸, em que as respostas prontas dadas a perguntas antecipadamente feitas não resolvem problemas, mas nos dão a agradável sensação de torpor e segurança diante da previsibilidade artificial.

Lenio afirma que no final das contas a “ (...) a dogmática jurídica coloca o operador do Direito frente ao seguinte dilema: optar *entre a barbárie (insegurança) de um mundo representado por textos jurídicos plurívocos que (re) clamam sentidos, e o mundo da segurança hermenêutica, representado pelo consenso forçado/extorquido que a dogmática jurídica põe à condição de súdito*”³⁹, ou seja, o mito (moderno) da segurança jurídica ou os riscos de aceitar-se a diversidade que, com fundamentos em discursos conservadores trazem a idéia de um rumo apocalíptico ao caos e desordem.

Concluindo, dado ao seu caráter de vetor de sentido e de fundador de normas os princípios, ao contrário dos que defendem que os princípios permitem a abertura interpretativa cremos que, ao contrário, possuem caráter de fechamento hermenêutico já que servem como vetores de sentido que nos dizem a direção a ser tomada durante o processo da *applicatio*.

7- Conclusões: Por que e como se constituir o novo: Como operacionalizar um sistema que tem como amarras crenças e mitos do passado, enraizados desde (quase) sempre?

Feita a abordagem inicial, analisamos o novo paradigma moderno, que dividimos em dois momentos: o primeiro, ligado ao do modo de pensar a ciência; e o segundo, que trata do modo de cuidar dos indivíduos, e chegamos à conclusão que, no que tange ao primeiro item, houve ganhos e avanços inegáveis para a humanidade, sendo seu grande mérito seu maior vício. O movimento que afastou as ciências do misticismo e das metafísicas, com pretensão de generalidade e impessoalidade como mecanismos de garantia de segurança e previsibilidade, foi o mesmo que

³⁷ Cf. idem, ibidem, p. 310-321.

³⁸ Cf. idem, ibidem, p. 365-371.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pág. 241

afastou o pensar do mundo concreto e aboliu o homem como ser-no-mundo, tratando-o como se fosse uma amostra de um gênero, abstrato como qualquer outra categoria.

Podemos afirmar então que a virada do constitucionalismo moderno, de cariz liberal individual burguês, fundando uma sociedade de classes, deve dar seu lugar de acordo com o novo Estrado (pro)posto pela CF/88, que deixa de ser individual liberal burguês para ser plural, social e democrático. Assim, o neoconstitucionalismo deve ser entendido através da proposta trazida pela hermenêutica filosófica que é condição de possibilidade de dar à Constituição Brasileira um adequado grau de constitucionalidade

A partir daí afirmamos que:

I- A expectativa de que as ciências (exatas e naturais) dessem conta de toda a realidade foi frustrante e paralelamente à lacuna criada pela falta de respostas, em especial no que diz respeito às ciências do espírito e de ordem prática (como o direito), tivemos como resultado o fracasso do segundo momento da modernidade analisado, o de cuidar dos homens. Aqui a perspectiva de um Estado de bem-estar social durou pouco, cerca de trinta anos, e restringiu-se a uma pequena parcela da humanidade, alocada na Europa central, onde as condições eram propícias para que se concretizasse o tão sonhado *welfare state*.

II- A decadência do modo de pensar as ciências teve como resposta a viragem ontológico lingüística, quando se definiu a impossibilidade da formação de juízos categóricos prévios, constituidores de uma realidade idealizada. A partir dela, concluiu-se que a única forma de se compreender as coisas é por meio da linguagem, que dá ao significante um significado adequado ao conhecimento. Assim, a linguagem passa a ser condição de possibilidade para que se dê a compreensão. A partir daí abandonado o paradigma sujeito–objeto, vem a superação da filosofia representacional ou do conhecimento para uma nova ontologia, pertencente à hermenêutica filosófica.

III- Na seqüência, o atravessamento da linguagem pela filosofia e a (re) inserção do modo de pensar embasado na linguagem filosófica, que opera em dois níveis simultâneos, completam a transição através da nova estrutura do pensar as coisas, que é alterada drasticamente. A pré-modernidade, que operava com o objeto–sujeito em uma perspectiva metafísica, é superada pela modernidade, quando se adotou o modo de pensar centrado no esquema sujeito–objeto, que, finalmente, nesta última revolução copernicana, transforma o intérprete, antigo assujeitado do objeto em indivíduo que interage subjetivamente com a coisa durante o processo de conhecer. Muda-se, assim, definitivamente para o paradigma intersubjetivo, que privilegia a relação sujeito–sujeito, incompatível com o modo de fazer ciência da modernidade, quando as coisas eram categorizadas em uma instância ideal e, dotadas de um caráter genérico e abstrato, passavam a compor uma das etapas do raciocínio dedutivo-subsuntivo, em que as idéias se aproximavam casuisticamente das práticas, na tentativa de um acoplamento que sustentasse o empirismo contrafactual, preservando a isenção e a imparcialidade (mitos ingênuos da modernidade) do conhecimento.

IV- O constituir o novo parte de uma premissa diferenciada. A quebra de paradigmas dá-se no neoconstitucionalismo, no qual a Constituição não tem mais a finalidade ordenadora e garantidora, mas sim a de resgate de promessas não-cumpridas da modernidade e de natureza transformadora (de realidades). A forma da Constituição que nasce do Estado democrático de direito é dirigente, compromissória, de alto grau de densidade, extensa e centrada em núcleos duros que tutelam direitos fundamentais, intocáveis até pela vontade democrática (protegidos, inclusive, contra maiorias eventuais por meio de regras contramajoritárias). A nova proposta constitucional quebra necessariamente com o esquema de regras do positivismo, resgatando os princípios.

V- Ora, o que não produz efeitos não funciona e uma aproximação simplista da baixa constitucionalidade nos levaria a um ataque ao neoconstitucionalismo e não à forma inadequada de se operar o novo modelo. Se um sistema é trabalhado inadequadamente, deve-se abandoná-lo ou criar mecanismos adequados para que ele faça o que deveria fazer de acordo com seu projeto. Aqui voltamos à crise da modernidade, tentamos operacionalizar o neoconstitucionalismo nascido do Estado democrático de direito como os mesmos mecanismos de que nos valem para fazer funcionar (?) o Estado liberal, de cariz individual burguês, superado. Se o Estado foi superado, os mecanismos de funcionamento do novo Estado (pro) posto devem ser retrabalhados para que o novo funcione de forma inovadora e produza novos resultados.

VI- Para operarmos sobre as bases de uma nova matriz fundante é preciso que novos caminhos e formas de caminhar sejam delineados. Doutrina, jurisprudência, súmulas, leis devem ser construídos de acordo com os princípios de uma nova dinâmica, sucessora do paradigma moderno adequadas à nova estrutura constitucional através da construção e adoção de uma nova teoria das fontes do direito, assumindo seu papel de produtores e não reprodutores do Direito e, finalmente, de uma nova teoria hermenêutica (da interpretação) do direito, de cariz filosófico e sincronizada com o mundo dos fatos e a tradição⁴⁰. Somente a partir de uma ruptura (superação) das amarras com o passado, a nova Constituição poderá ganhar vida (efetividade) cumprindo sua tarefa de constituir uma nova realidade material, e não formal, da qual já estamos cansados.

VII- Concluindo, chegamos a uma encruzilhada: ou trabalhamos adequadamente o novo projeto de uma civilização desejável sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, que se encontra em andamento, ou o abandonamos, restando-nos criar um novo projeto ou, covardemente, contentarmo-nos e retornamos ao paradigma anterior e nos recolhermos ao mito da segurança positivista.

8- Referências bibliográficas.

⁴⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. p. 163-175.

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Trad. de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

_____. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *Modernidade líquida*. Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: forense Universitária, 2005.

DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*. São Paulo: Atlas, 2006.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Taking rights seriously. trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I. Wahrheit und methode*. Trad. Flávio Paulo Meurer, rev. Enio Paulo Giachini. 9. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universidade São Francisco, 2008.

HART, Herbert L.A. *O conceito do direito*. The concept of law. trad. A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Caluoste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Reine rechtslehre. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas. *Introdução: um papel para a história*. In: A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

MALISKA, Marcos Augusto. *Pluralismo jurídico e direito moderno: notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade*. Curitiba: Juruá, 2001.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio. (org.) *20 anos da constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CERQUEIRA, Marcelo. *Cartas constitucionais: império, república e autoritarismo, ensaio, crítica e documentação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NETTO, João Uchoa Cavalcanti. *O direito um mito*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. 2. tiragem. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. rev. E ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *O sentido hermenêutico-constitucional da ação penal nos crimes sexuais: os influxos da lei dos crimes hediondos e da lei Maria da Penha*. In: *Direitos fundamentais e novos direitos*. 2. série. coord. Klevenhusen, Reanata Braga. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.

_____. *Desconstruindo os modelos de juz: a hermenêutica*. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. n. 4, anuário 2007. coord. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.