



20 ANOS DE (DES)CONSTITUIÇÃO: DO POSITIVISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO

Thiago Anton Alban¹

RESUMO: Este trabalho visa tecer uma breve abordagem acerca dos 20 anos da Constituição Federal brasileira no que pertine ao “rito de passagem” referente à desconstituição do imaginário positivista e metafísico rumo a um Neoconstitucionalismo mais engajado com a realidade social, ao defender, em síntese, que o Direito é um saber prático, e não abstrato.

1. Introdução

Nesses 20 anos de Constituição Federal, muitas questões vieram à tona acerca da real efetividade dos princípios e direitos fundamentais previstos em seu escopo normativo. Com isso em mente, e sob o fundamento de que não é mais plausível que o Poder Judiciário reste inerte diante das omissões do Poder Legislativo em não concretizar as inúmeras promessas e diretrizes previstas na Constituição, como se esta fosse letra morta ou um mero “pedaço de papel”, surge a corrente denominada Neoconstitucionalismo, ou novo constitucionalismo.

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS. Bolsista de iniciação científica em Direito da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado da Bahia (PIBIC-FAPESB).

Para o Neoconstitucionalismo², a Constituição Federal é dotada de força normativa, o que cinde com a sua clássica visão como uma “carta de intenções”. Entendem os adeptos dessa corrente que, diante da enorme gama de direitos fundamentais, garantias e princípios elencados na Lei Magna, bem como diante de uma postura omissiva do Poder Legislativo em não editar Leis Complementares ou deixar de regular matérias essenciais ao desenvolvimento do Estado, faz-se necessário repensar o Direito Constitucional sob o prisma de um Estado Democrático de Direito que ainda resta refém das promessas nunca cumpridas da modernidade.

Nessa senda, o Poder Judiciário assume um papel crucial na efetivação dos direitos e princípios constitucionais, tendo em vista que é o responsável pela aplicação do Direito nos casos (concretos), não sendo mais viável que se limite a apenas propor ao Legislativo que cumpra o quanto previsto na Constituição. Contudo, muitos autores, ainda reféns da cegueira positivista que ainda vigora com força em nossas terras, parecem não se dar conta de que é necessário romper com o atual paradigma dogmático-normativo que norteia o Direito para que seja possível entender a proposta do Neoconstitucionalismo.

Com isso em mente, essa obra buscará apontar, em breves linhas, que nesses 20 anos de Constituição Federal pouca coisa mudou no imaginário jurídico acerca do real papel dos intérpretes e profissionais em um Estado Democrático de Direito, na medida

² Insta registrar que, em âmbito processual, também se fala em um Neoprocessualismo (ou Formalismo-valorativo, expressão utilizada principalmente no sul do Brasil, em corrente encabeçada por Alvaro de Oliveira). O Neoprocessualismo nada mais é, *mutatis mutandis*, que a aplicação das idéias do Neoconstitucionalismo em âmbito processual.

em que o Direito Constitucional é ainda hoje pensado nos moldes do positivismo, o que impede a real efetivação da Constituição Federal como uma Constituição Cidadã e *dirigente*, dotada de força normativa, não sendo apenas uma mera carta de intenções.

2. Da visão do Direito no imaginário jurídico

O imaginário jurídico, ao que parece, ainda permanece fortemente dominado pelo pensamento positivista kelseniano. A doutrina e a jurisprudência ainda se norteiam por fórmulas pré-fabricadas (*prêt-à-porter*³) que procuram abarcar abstratamente todas as condutas do mundo concreto (como se existisse outro mundo que não o concreto). No entanto, esse modo de pensar o Direito calcado em um paradigma oriundo da metafísica, platônico, não consegue atingir a verdade hermenêutica de cada caso, pois parte da abstração para a aplicação, quando deveria, em verdade, partir da faticidade e da historicidade do ser, da concretude e individualidade de cada caso. Explica-se.

Quando o legislador promulga suas leis, a doutrina veicula seus conceitos e a jurisprudência constrói suas súmulas e ementas, por exemplo, construindo, assim, o *habitus dogmaticus*, o senso comum teórico de que fala Warat⁴, o seu objeto é abarcar condutas abstratamente previstas e prontamente estabelecer soluções, métodos e caminhos *prêt-à-porter* a serem seguidos pelo intérprete. Contudo, as normas jurídicas jamais serão capazes de prever todas as hipóteses de aplicação, tendo em vista a

³ Devemos a expressão a Lenio Streck.

⁴ Cf. WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

enorme gama de nuances e especificidades que podem ser encontradas em cada caso. Nas palavras de Günther⁵:

Somente se o nosso saber abrangesse todos os casos de aplicação de uma norma é que faríamos coincidir o juízo sobre a validade da norma com o juízo sobre a adequação. Mas, obviamente, nunca disporemos de tal saber.

Ao afirmar que a assertiva acima está pautada em um pensamento lógico-dedutivo, Streck, por sua vez, explica que devemos inverter o que denomina de “fórmula Günther”. Para o autor, a questão de não podermos abranger, faticamente, todos os casos de aplicação (abstrata) de uma norma não resulta na impossibilidade de fazer coincidir juízos de validade com juízos de adequação, mas sim o contrário: é por ser impossível fazer coincidir juízos de validade com juízos de adequação que não podemos abarcar todas as condutas abstratamente previstas na norma.

Dessa forma, a impossibilidade de uma norma abarcar todas as condutas possíveis de aferição no “mundo concreto” não decorre de uma “impossibilidade objetiva de somar todos os elementos de adequação em um único saber⁶”. A impossibilidade de uma norma abarcar todas as condutas humanas decorre, isso sim, de elementos ontológicos, históricos, fáticos, e sócio-culturais que individualizam cada conduta humana no tempo e no espaço.

⁵ Cf. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 65.

⁶ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 58.

Cada caso é diferente do outro por uma impossibilidade material de sê-lo igual. Assim, por exemplo, ainda que tenham ocorrido duas colisões entre veículos da mesma marca e modelo, na mesma rua, no mesmo dia, em condições semelhantes e dentro das mesmas circunstâncias ambientais, esses dois casos jamais serão iguais e, portanto, o intérprete jamais poderá utilizar uma das fórmulas padrões de solução de casos para “derrubar dois coelhos com uma cajadada só”.

Essas duas situações não são iguais porque cada caso possui sua peculiaridade, sua singularidade, decorrente da faticidade e da historicidade do ser que o acompanha desde sempre. A *concretude*⁷ de cada caso, portanto, o individualiza e o torna único, o que requer, da mesma maneira, um tratamento único, e não industrializado e massificado, como geralmente se faz, por parte do intérprete. Já disse Heráclito, aliás, que o mundo é um eterno fluir, como um rio; assim como o mesmo homem não pode banhar-se duas vezes no mesmo rio, pois no segundo banho homem e rio já não seriam mais os mesmos, também dois casos não são iguais, eis que cada qual possuiria sua própria individualidade, seus próprios fatores e circunstâncias; em outras palavras, cada qual possuiria sua própria historicidade.

Ao adotar métodos abstratamente previstos para a solução de casos “concretos”, partindo de casos “abstratos”, o Direito acaba por cindir interpretação de aplicação,

⁷ Para nós, todos os casos são concretos, razão pela qual a doutrina incorre em pleonasma ao utilizar a tão comum expressão “caso concreto”. Isso é mais uma constatação de que o pensamento jurídico ainda é fortemente influenciado pelo esquema sujeito-objeto, pois se há um “caso concreto” para a doutrina majoritária, é porque haveria um “caso abstrato”, oriundo de um mundo metafísico (o ordenamento jurídico) o qual irá fundamentar a subsunção, a acoplação desse caso “abstrato” a outro dito “concreto”.

pois já é dada uma interpretação pré-fabricada pelo *habitus*, cujo produto é a norma jurídica a ser subsumida, a ser acoplada ao caso (“concreto”), restando ao intérprete a única tarefa de aplicar essa norma, fazê-la incidir em uma situação fática, como se houvesse dois momentos: o momento da construção do sentido, resultante da interpretação da norma jurídica pelo legislador, doutrina ou jurisprudência, e o momento da aplicação desta norma (já significada) pelo intérprete ou, como muitos preferem, pelo *operador*⁸ do Direito.

Todavia, é necessário perceber que conceitos prévios, habitantes do *habitus*, *impedem a singularidade de cada caso*. Ora, da mesma forma que uma resposta em uma prova de faculdade, por exemplo, é especificamente formulada para responder a uma específica pergunta cuja elaboração e complexidade dependem da compreensão e conhecimento de cada professor (e de cada aluno, no caso da resposta), até porque cada intérprete possui suas próprias limitações, pois, como já disse Wittgenstein⁹, “os

⁸ Um exemplo que pode ilustrar essa visão do Direito como um enorme mecanismo, um objeto que se encontra distante do intérprete, e não dentro da própria compreensão deste, é a não rara e insistente afirmação pelos professores universitários e pela doutrina, desde o primeiro contato do estudante com a matéria, de que a função do bacharel é se tornar um “operador do Direito”. Não é difícil notar que essa expressão, “operador do Direito”, já carrega consigo a noção embutida - a qual muitas vezes passa despercebida - de que o Direito é um *objeto*, um *mecanismo* que deve ser *operado* pelo sujeito, em uma clara alusão ao esquema sujeito-objeto de se pensar a ciência jurídica. Assim, desde cedo os futuros “operadores do Direito” são bombardeados com ensinamentos ainda irrigados pela visão cientificista do século XVII, o que se não resulta na formação de mais metodistas, certamente ajuda a influenciar sua compreensão e formação intelectual desatenta aos alertas que a hermenêutica filosófica, por exemplo, busca divulgar.

⁹ Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução de Enrique Tierno Galván. Madri: Alianza Editorial, 1985, p. 162. Como ilustração de como o mundo apreensível pelo ser humano é condicionado, “hermeneuticamente filtrado”, pela linguagem, pode-se dar o seguinte exemplo. Todos os seres mitológicos que o homem imaginou, como serpentes marinhas, dragões, grifos, mantícoras, minotauros ou medusas, por exemplo, foram construídos a partir de animais ou partes de seres

limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo” (*Die Grenzen meiner Sprache bedeuten die Grenzen meiner Welt*), também a resposta para uma possível colisão entre princípios constitucionais, por exemplo, é imbuída de especificidade em cada caso que se apresente, razão pela qual o esquema sujeito-objeto, calcado nas metafísicas fórmulas prontas oriundas do *habitus*, não consegue solucionar os problemas da sociedade de maneira eficaz.

A virada ontológica, ao afirmar que o lugar da compreensão ocorre no modo-de-ser e na faticidade, rompe, destarte, com o modelo metodológico cientificista e seus procedimentos pré-definidos. Compreender não é mais um agir do sujeito, mas um modo-de-ser que se dá, intersubjetivamente, no mundo empírico, na faticidade e na historicidade do ser.

Portanto, para os adeptos desse novo modo de abordagem do Direito, calcada, sobretudo, na hermenêutica filosófica, *não há cisão entre interpretação e aplicação*,

que o homem já conhecia previamente. O dragão, por exemplo, foi imaginado a partir de um lagarto, que se torna gigante e cospe fogo. Já o grifo possui um corpo de leão em conjunto com asas, face, bico e garras de uma águia. Mesmo aqueles seres mais disformes possuem características conhecidas, sejam estas órgãos ou tecidos do corpo, objetos conhecidos ou um estado da matéria de que são feitos, como os elementais do ar, água, terra ou fogo, o Geléia de *Ghostbusters* e etc. Até os alienígenas e o perispírito kardeciano são retratados com base no ser humano, em formas humanóides. Faça-se um teste e tentemos imaginar algum ser ou objeto feito de uma matéria, forma, cor ou qualquer atributo que nunca tivemos conhecimento antes; não conseguimos. Na Grécia antiga, Xenófanes de Cólofon, reproduzido no *Stromata* de Clemente de Alexandria, parece ter desenvolvido entendimento semelhante, ao afirmar que “se mãos tivessem os bois, os cavalos e os leões, e se pudessem com as mãos pintar ou produzir obras de arte, como se fossem homens, pintariam as figuras dos deuses, os cavalos semelhantes aos cavalos, os bois semelhantes aos bois; esculpiriam os corpos deles, respectivamente, de acordo com o próprio aspecto” (Clemente, *Stromata*, V, 110).

pois interpretar é aplicar, o que se dá em um processo único de circularidade hermenêutica. Nas palavras de Streck¹⁰:

Penso que esse equívoco também é cometido por Günther, em cuja teoria da argumentação os discursos de aplicação se referem à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, nos termos do princípio da adequabilidade. Com efeito, embora Günther, ao contrário de Alexy, diga que a colisão de normas não pode ser reconstruída como um conflito de pretensões de validade (que são discursos de fundamentação/justificação), porque as normas em colisão ou com variantes semânticas concorrentes somente adentram uma relação reciprocamente determinante entre si em uma situação concreta, entendo que, mesmo assim, ao separar/cindir discursos de fundamentação de aplicação, *está cindindo interpretação de aplicação*. É como se o caso concreto existisse sem um sentido, que viria a ser acoplado por uma norma válida. No fundo, *a adequabilidade nada mais faz do que pretender acoplar universalizações a “coisas particulares”*. É como se um ente (o “fato concreto”) pudesse existir sem o ser (sentido). Ora, sentidos não estão à disposição do intérprete. Não pode haver cisão entre compreensão e aplicação. O ser (sentido) não pode ser visto. O ser não é um ente. Daí a importância da diferença ontológica entre ser e ente e a diferença ontológica entre texto e norma, tese que trago para o âmbito da teoria do direito, procurando superar os problemas relacionados à interpretação, nesta etapa de inexorável crescimento do papel da jurisdição.

¹⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 62.

Ora, em uma era em que muito embora a Constituição Federal carregue inúmeras promessas e preveja inúmeros direitos fundamentais e princípios, como decorrência de uma modernidade tardia¹¹ e jamais efetivada no Brasil, onde sequer houve de fato um *Welfare State*, faz-se notória a importância do intérprete na consolidação da Lei Maior como maneira de conferir normatividade ao texto Constitucional, nos moldes dos ensinamentos de Lerche, Canotilho¹² e Konrad Hesse¹³.

Para tanto, o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito adquire uma enorme importância, tendo em vista que é este o principal responsável por solucionar os casos e desavenças entre os cidadãos e por promover a efetivação do

¹¹ Nas palavras de Streck: “No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um *simulacro de modernidade* [...] Ou seja, em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram. E, 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 como a visão neoliberal. *Só que existe um imenso déficit social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade contra esse neoliberalismo pós-moderno* [...] É evidente, pois, que em países como o Brasil, em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado. *As políticas neoliberais, que visam a minimizar o Estado, não apontarão para a realização de tarefas antitéticas a sua natureza.* Veja-se o exemplo ocorrido na França, onde, recentemente, após um avanço dos neoliberais, a pressão popular exigiu a volta das políticas típicas do Estado Providência. Já em nosso país, ao contrário disto, seguimos na contramão, é dizer, quando países de ponta rediscutem e questionam a eficácia (social) do neoliberalismo, caminhamos, cada vez mais, rumo ao ‘Estado absenteísta’, ‘minimizado’, ‘enxuto’ e ‘desregulamentado’ (sic) [...] É este, pois, o dilema: *quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe!*”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, pp. 25-27.

¹² Vide, para aprofundamento, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 1994.

¹³ Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991.

quanto previsto na Constituição Federal, de maneira que esta não se torne, como advertira Lassale¹⁴, um mero “pedaço de papel”.

É com supedâneo nessa idéia que Streck propõe sua Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia¹⁵, como o Brasil, ao defender a inocência de se pensar que deva existir uma única teoria constitucional capaz de ser aplicada a todos os países. Entende o autor que cada país possui sua peculiaridade, seus problemas e necessidades, razão pela qual se faz necessário uma abordagem diferente de cada um. Assim é que a teoria habermasiana, por exemplo, ao considerar implicitamente o advento do *Welfare State*, pode ser adequada a países europeus. Mas não ao Brasil, onde o déficit social ainda é estrondoso, e onde há a necessidade de uma maior atuação do Judiciário de maneira a resgatar as promessas não adimplidas da modernidade e a efetivar o que o Legislativo e o Executivo prevêm, mas não cumprem adequadamente¹⁶.

¹⁴ Vide LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2001.

¹⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 93-95.

¹⁶ Chegamos ao ponto de ter que prever ações constitucionais como o mandado de injunção para que o Poder Público seja compelido a exercer o que deveria fazer cotidianamente! Ora, se o Estado não cumpre a Constituição Federal, estamos diante de um gravíssimo problema de *ilegitimidade* institucional que afeta o próprio contrato social, previsto por Rousseau, e que fundamenta a existência de um Estado soberano! Contudo, com a ainda baixa noção de cidadania, nacionalidade e consciência política que atinge o Brasil (basta para isso acompanhar as campanhas eleitorais), a população parece se contentar com meros mandados de injunção que surgem como milagres capazes de solucionar o impasse. E se por acaso há descontentamento com o governo, bastam algumas semanas recheadas de novelas e jogos de futebol que o povo rapidamente esquece, a mídia abafa e a vida continua. É a política do pão e circo que, muito embora milenar, ainda encontra enorme e preocupante aceitação nesse país onde o sofrimento, a penitência diária e a autoflagelação do cidadão ao encarar transportes públicos deficientes, filas gigantescas em praticamente qualquer setor público e um salário mínimo de fome parecem ser idolatrados por muitos como

Destarte, é com base nessa constatação e na idéia de uma Nova Crítica do Direito (ou Crítica Hermenêutica do Direito) que essa obra analisa os 20 anos de vigência da Constituição Federal sob uma visão epistemológica, buscando revelar a fragilidade do pensamento metafísico que ainda vigora no imaginário dos juristas para defender a afirmação de que o Direito é um *saber prático*, construído não a partir de um ordenamento recheado de fórmulas prontas, de uma interpretação suspensa em um mundo idealizado, a partir do qual os métodos irão fazer incidir normas abstratamente construídas, habitantes de um ordenamento jurídico metafísico, em casos “concretos”, mas da aplicação, da faticidade e da historicidade de cada caso, situação essa na qual o intérprete possui um papel crucial para a concretização dos princípios e direitos previstos na Constituição de maneira a torná-la, de fato, Cidadã.

3. Do Neoconstitucionalismo e da (des)constituição da fantasia metafísica

É a partir das considerações até aqui tecidas que surge, afinal, um novo constitucionalismo¹⁷ (ou Neoconstitucionalismo), o qual prega por uma maior atuação

sinal de força de vontade. Afinal, não esqueçamos, “brasileiro não desiste nunca!”. Vai tentando que um dia você consegue (se não morrer antes, é claro)! E assim o povo é ideologicamente mantido em seu lugar, a elite continua a controlar o país e vamos eternamente esperando até que, um dia, quem sabe, o presidente perfeito seja eleito para salvar a nós todos (é necessário, para aprofundamento sobre esse tema, uma visita à corrente dos Estudos Culturais). Ao que parece, o sebastianismo ainda vigora com força em nossas terras. Vide ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 31.

¹⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 208-209 e p. 267.

dos intérpretes e, principalmente, do Poder Judiciário, na efetivação dos direitos, garantias e princípios previstos na Constituição Federal.

Mediante a rejeição de fórmulas pré-fabricadas, de simplórias e cômodas tarefas de subsumir - de acoplar, como uma fôrma de bolo - uma norma a um caso da vida, o Neoconstitucionalismo repensa o Direito *invertendo* os pólos de abordagem. A solução para um caso não advém, assim, da norma, do ordenamento jurídico que aguarda o intérprete em seu trono metafísico para que retire o dispositivo já previamente pensado e significado pelo *habitus*¹⁸ e o aplique a uma situação fática. Pelo contrário: a solução de um caso jurídico deve ser pensada *a partir de cada caso (concreto)*, e não a partir de dispositivos legais e de súmulas, por exemplo, fórmulas gerais e abstratas¹⁹ que

¹⁸ O próprio ordenamento jurídico formula defesas e dificuldades para que o intérprete não ultrapasse os limites que lhe são impostos pelo método subsuntivo. Um bom exemplo é o art. 557 do Código de Processo Civil, o qual estabelece que o relator poderá negar ou dar seguimento ao recurso interposto se este estiver ou não em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, a depender do caso. Ora, esse dispositivo claramente estabelece um empecilho para que alguém questione o que já foi decidido pela jurisprudência, pelo senso comum teórico. Em outras palavras: esse dispositivo busca inibir que a parte ouse questionar *a compreensão já desenvolvida pelos desembargadores ou ministros*, ou seja, a atribuição axiológica, a interpretação realizada por outro sujeito que não o intérprete que questiona o caso, em uma perigosa “ditadura da interpretação correta”, tudo em nome de uma suposta (e metafísica) segurança jurídica e do “desafogamento do Poder Judiciário”. Que dizer, então, da possibilidade de edição de uma Súmula vinculante trazida pela EC/45 (a qual inseriu o art. 103-A na Constituição Federal), da Súmula impeditiva de recurso do art. 518, § 1º, do CPC, da improcedência *prima facie* da inicial (art. 285-A do CPC), do art. 38 da Lei n. 8.038/90, e do art. 896, §§ 3º e 5º da CLT?

¹⁹ Aproveitando a febre midiática atual acerca da alteração do Código de Trânsito Brasileiro pela Lei nº 11.705/08, pode-se citar como exemplo a penalização administrativa e a criminalização da conduta do motorista que dirige com concentração de álcool no sangue superior a um índice pré-estabelecido pelo legislador, sob a alegação da presença de um suposto “dolo eventual” ou “consciência potencial de causar dano ou acidente ao volante” no consumo de leves doses de bebidas alcoólicas em *celebrações religiosas* ou de alguns *bombons de licor*, capazes de embriagar alguém e torná-lo um motorista “perigoso” para efeito da nova lei, tudo obviamente pautado no metafísico homem médio que domina diversos setores do Direito (vide art. 165 c/c art. 276 e art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro). Agora não só as crianças

visam solucionar casos que nem sequer ainda aconteceram e que são apresentadas “empacotadas” e prontinhas para que o intérprete simples e comodamente as “opere” e resolva o caso.

Assim, é com base nessa percepção que o novo constitucionalismo refuta a ponderação de valores como método apto a solucionar colisões entre princípios, por exemplo. Entende essa corrente que a questão não é *ponderar* princípios, como sugeriu Alexy e como prega a vasta maioria doutrinária, mas sim *aplicá-los*, torná-los efetivos, concretizá-los. É mediante a aplicação no caso (concreto), portanto, que o texto constitucional deixa de ser um “pedaço de papel”, um mero documento que prevê abstratamente direitos; o texto é normatizado *na concretude de cada caso*, atividade esta na qual o intérprete possui um papel essencial para conferir realidade e pragmaticidade às promessas descumpridas da modernidade.

Para o novo constitucionalismo, portanto, não há que se falar em métodos para a interpretação, como a subsunção ou a ponderação de valores. Essa era positivista já restou ultrapassada pela virada ontológica que posiciona o ser, e não mais o método, no *locus* da compreensão, em um processo circular de compreensão, interpretação e aplicação incindíveis²⁰ - faces de uma mesma moeda.

devem rejeitar doces de estranhos; também os motoristas. Além disso, práticas religiosas milenares certamente serão alteradas diante do temido etilômetro.

²⁰ Vide, como complemento, a seguinte crítica: “Efetivamente, a questão denunciada por Gadamer, no sentido de que a interpretação (compreensão) não se faz por partes ou por etapas, continua sem a necessária recepção no plano das concepções baseadas nas teorias discursivas. Nesse sentido, veja-se a proposta de ponderação em três etapas feita por Ana Paula Barcellos (*Ponderação, op. cit.*, pp. 91 e segs) e Humberto Ávila (*Teoria dos Princípios, op. cit.*, pp. 79 e segs), à qual, embora bem construída e sedutora, não é possível aderir...”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e*

É, portanto, a partir da concretude de cada caso, e não de métodos metafísicos, que o Direito deve ser construído, pelo intérprete, em um processo circular hermenêutico. E, para tanto, os princípios assumem uma posição crucial na efetivação das promessas constitucionais, pois é pela sua efetiva *aplicação* em cada caso (e não *ponderação*) que o texto pode adquirir a normatividade necessária capaz de resgatar as promessas da modernidade no Brasil e tornar a Constituição Federal, de fato, Cidadã e Dirigente.

Assim, é por intermédio da aplicação dos princípios no mundo prático que o intérprete vai atuar em conformidade com o Estado Democrático de Direito e com a idéia de uma Constituição Dirigente capaz de efetivar a enorme gama de direitos e garantias nela previstos, mas ainda pifamente cumpridos. Nas palavras de Streck²¹:

Parcela expressiva da comunidade jurídica brasileira não se deu conta de que a superação do modelo de regras implica uma profunda alteração no direito, porque, através dos princípios, passa a canalizar para o âmbito das Constituições o elemento do mundo prático. E igualmente não percebeu que o ponto de ligação com a filosofia (processo de compreensão ainda sustentado no esquema sujeito-objeto, que mutila a interpretação do direito) se dá exatamente no fato de que o direito, entendido como conjunto de regras, procura(va), a partir de uma metodologia fulcrada no método, abarcar a realidade onticamente, possibilitando-se que, de forma, causalista-

consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 181, nota de rodapé 13.

²¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 167. Ênfase acrescentada.

objetivista, “desse conta” de suas complexidades a partir da adjudicação de teorias acerca de como devem proceder os intérpretes quando em face dos assim denominados “casos difíceis”. *Ora, a inserção da faticidade se dá através dos princípios*, que, para além do causalismo-explicativo de caráter ôntico, vai se situar no campo do acontecer de caráter ontológico (não clássico). Daí a questão de fundo para a compreensão do fenômeno: *antes de estarem cindidos, há um acontecer que aproxima regra e princípio em duas dimensões, a partir de uma anterioridade, isto é, a condição de possibilidade da interpretação da regra é a existência do princípio instituidor.*

E, na conclusão de *Verdade e Consenso*, assevera que²²:

[...] inserido nessas crises, o juristas (ainda) opera com as conformações da hermenêutica clássica, vista como pura técnica (ou técnica pura) de interpretação (*Auslegung*), na qual a linguagem é entendida como uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito cognoscente (o jurista) e o objeto (o direito) a ser conhecido. *Sempre sobra, pois, a realidade!* Esse modo-de-ser encobre o acontecer propriamente dito do agir humano, *objetificando-o na linguagem e impedindo que se dê na sua originariedade, enfim, na sua concreta faticidade e historicidade.* Dito de outro modo, o jurista, filologicamente, acredita que o mais importante é interpretar textos, buscando “amarrar” o resultado da interpretação a partir de uma metodologia metafísica, de nítido perfil epistemológico-procedimental, que, mesmo na hipótese de levar em conta os princípios constitucionais, transformam estes em regras, a partir

²² Ob. cit., pp. 276-277.

do estabelecimento de regras para a resolução dos conflitos entre os princípios. Ora, princípios não colidem no ar; princípios não podem ser interpretados – portanto, aplicados – abstratamente; a busca de critérios ou metacritérios para a resolução dos conflitos entre os princípios é uma contradição. Em síntese, princípios não prescindem do “caso concreto”, porque é por eles que a realidade – sempre funcionalizada pelo positivismo – “penetra” no direito. Regrar a aplicação dos princípios é transformá-los em regras. E regras não são princípios [...] a tarefa de um discurso crítico é a de mostrar essa incindibilidade e que há sempre algo que nos antecede, que é a dimensão da linguagem, que é condição de possibilidade. Para que o ôntico nos apareça, há um algo (pré-)ontológico que nos antecipa o sentido. *Aí está a pré-compreensão, e esta é impossível de negar, mesmo que obedecemos a todos os procedimentos necessários para a conformação de uma verdade consensual.* No ser-no-mundo, no mundo prático, está a superação do paradigma epistemológico.

Todavia, a maior parte da doutrina ainda permanece obediente ao velho esquema sujeito-objeto, pautando seu atuar com base em um mundo abstrato e metafísico a partir do qual se deve “descer” ao “caso concreto”. Talvez seja por isso que Geraldo Ataliba²³ tenha afirmado que:

O intérprete deve presumir que o legislador constituinte soube informar-se nas ciências pré-legislativas. Não incumbe ao aplicador da lei reformular juízos de mérito ou apreciações

²³ Cf. ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 153-154. Ou, ainda em âmbito tributário, Luciano Amaro, o qual, ao discorrer sobre a utilização da técnica de presunção e ficção para definir o fato gerador tributário, comenta que “as presunções dizem-se *legais* (ou *de direito*), se definidas em lei, e *humanas*, se estabelecidas pelo raciocínio humano, a partir da observação empírica...”, como se leis também não fossem estabelecidas pelo raciocínio humano. Cf. AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 274.

substantivas já desenvolvidas pelo legislador constituinte e trazidas na Constituição [...] Assim, ao se tentar construir o conceito jurídico de imposto, ou taxa, ou contribuição, importam única e exclusivamente o desenho normativo do instituto e suas peculiaridades normativas; nada mais [...] O direito, a ciência jurídica como tal, tem, teve e não pode ter outro objeto senão um sistema de normas. Portanto, preordena-se não à essência das instituições sociais, mas à essência das instituições jurídicas, isto é, à configuração normativa que reflete, com inevitáveis desajustes, a realidade social, mas, justamente por ser um “refletor” com ela não se confunde. Tem sua própria e peculiar realidade, que deve ser analisada em si e compreendida em suas relações internas. Este é o objeto das ciências jurídicas. As relações externas, as que mantêm com a infra-estrutura social, suas tensões e influências recíprocas dizem respeito à Sociologia.

Da mesma forma, também talvez seja por isso que Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴ entenda que “não é lícito ultrapassar os limites do fenômeno que se põe como objeto do nosso estudo: o direito positivo. A realidade jurídica esgota-se no fenômeno jurídico, cansaram de proclamá-lo Pontes de Miranda, Cleber Giardino, Barros Carvalho e Alfredo Becker...”, bem como que:

O estudioso, quando procura um fundamento político para dado regime, *ipso facto* está se norteando em função daquilo que se encontra sob as normas e daquilo que deverá se encontrar futuramente sob elas. Não procura o direito existente, mas aquilo que existe por baixo do direito e aquilo que deverá existir. Não

²⁴ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 128.

age como jurista, porque persegue o embasamento de um sistema de normas. Age como sociólogo, moralista ou político, o que lhe pode ser de elevada utilidade para muitos fins, sem que lhe proporcione grande proveito para a compreensão do direito. Mesmo quando supõe haver encontrado o que se acha por debaixo de um sistema jurídico, isto é, a razão pela qual se consagram tais ou quais regras, não se terá encontrado com as regras, mas simplesmente com as razões pelas quais se consagram; e não é este o seu objeto, como jurista²⁵.

Note-se, destarte, que essas visões decorrem do entendimento do Direito como um conjunto de regras inserido no paradigma metafísico positivo que ainda habita o imaginário dos intérpretes. Contudo, é necessário se dar conta de que o Direito não é construído a partir de um caminho pré-definido, que leva da abstração à concretude. O Direito é construído, em nossa visão, *na concretude, na faticidade e na historicidade do ser*, sem qualquer tipo de partição fásica ou procedimental, pois, como já disse Gadamer²⁶:

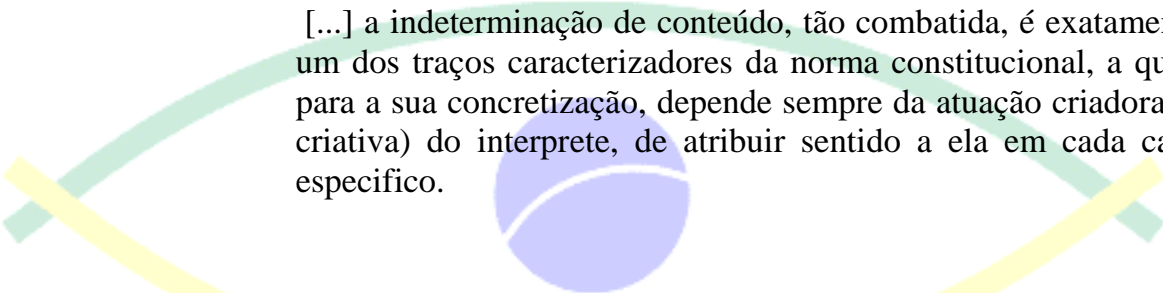
Na medida em que Heidegger redesperta a questão do ser, ultrapassando assim a toda a metafísica tradicional – e não somente o seu ponto mais alto no cartesianismo da ciência moderna e da filosofia transcendental -, ele alcança uma posição fundamentalmente nova frente às aporias do historicismo. O conceito da compreensão já não é mais um conceito metodológico como em Droysen. A compreensão não é, tampouco, como na tentativa de Dilthey de fundamentar

²⁵ Ob. cit., p. 166.

²⁶ Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método* I. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 348.

hermeneuticamente as ciências do espírito, uma operação posterior e na direção inversa, que segue o impulso da vida rumo à realidade. Compreender é o caráter ontológico original da própria vida humana.

Buechele²⁷, por sua vez, ao discorrer acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade, assevera que:



[...] a indeterminação de conteúdo, tão combatida, é exatamente um dos traços caracterizadores da norma constitucional, a qual, para a sua concretização, depende sempre da atuação criadora (e criativa) do interprete, de atribuir sentido a ela em cada caso específico.

Diante do exposto, note-se como pode ser *perigoso* manter a noção de que incumbe ao intérprete (o “operador”) somente o papel de montar, de subsumir, de descrever as questões de fato e enquadrá-las nas questões de direito²⁸, de solucionar

²⁷ Cf. BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 171, *apud* TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 663.

²⁸ Oportuna é a lição de Carneiro, quando tece a seguinte afirmação: “Examinando as petições iniciais, veremos que a base argumentativa se dá a partir das ‘questões de direito’, restando às ‘questões de fato’ um tratamento meramente descritivo. Aí já se constata o primeiro desvio hermenêutico, na medida em que se delimita descritivamente um fenômeno que não subsiste e que tem sua delimitação a partir do seu sentido, ou seja, das ‘questões de direito’. Nelas a argumentação se dá como adaptação do sentido aos fatos (sem se ter a noção que esse sentido já se deu) a partir de justificações metódicas, como se esses métodos fossem constitutivos de algum sentido. Na verdade, ao descrever os fatos, o sentido já se deu, caso contrário sequer essa descrição seria possível. Se o exame for levado ao modo como a argumentação se dá no processo judicial, veremos que se parte da premissa que o juiz

conflitos entre princípios a partir de métodos calcados em fases e procedimentos pré-definidos.

A (des)constituição desse pensamento positivista que ainda permeia o Direito, portanto, é condição crucial para que se possa desenvolver um constitucionalismo mais engajado com as promessas da modernidade, com a efetivação de uma Constituição Federal Cidadã dotada de força normativa e dirigente e com um Poder Judiciário mais ativo, rumo a uma nova interpretação da função dos intérpretes e dos profissionais em correlação com um Estado Democrático de Direito que necessita não mais de fórmulas pensadas *a priori* para a solução de casos futuros, mas da solução imediata, concreta, efetiva, *verdadeira*, dos problemas sociais que diariamente pipocam no Estado.

Destarte, seria de melhor prudência que o ordenamento jurídico não mais fosse visto como habitante de um mundo idealizado e metafísico do qual devemos extrair as soluções para os casos da vida mediante um processo silogístico-substantivo, de maneira a concluir nosso raciocínio no desempenho de uma função jurídica. O Direito

é a 'encarnação' do 'grau zero'. Instrui-se todo o processo como se não houvesse no juiz uma compreensão antecipada de sua decisão. O processo judicial não é visto como um espaço reflexivo de compreensões antecipadas, como exige a nossa forma de ser no mundo. Ao juiz não é dada a possibilidade de pré-julgamentos, como se fosse possível ao *Dasein* negar a sua forma de ser no mundo, a qual ele está desde e sempre condenado: compreender. Esses desvios provocam nas partes e no juiz, inclusive, uma única forma de ação: a estratégica. As partes, mesmo que tivessem algum interesse consensual, são obrigados a agir estrategicamente; o juiz, por ter que dar uma sentença justificada ao final, segue, estrategicamente, em busca dos elementos que justifiquem a compreensão que já se deu desde o momento em que ele leu a primeira linha da petição inicial. [...] Seria muito mais proveitoso se o juiz estivesse obrigado, logo na inicial, a revelar o seu projeto de compreensão e que o saneamento do processo se desse a partir da identificação do espaço de dissenso, para que a força desveladora da fenomenologia hermenêutica fosse, reflexivamente, em busca dos elementos que faltam para o consenso, atingido pelo alinhamento da compreensão". Cf. CARNEIRO, Wálber Araujo. *Epistemologia e hermenêutica: o lugar do diálogo na compreensão do direito*. São Leopoldo, s/d.

não sobrevoa nossas cabeças – está, sim, dentro de nós, é decorrente de nossa compreensão e interpretação do mundo, a qual se dá de maneira circular e una.

4. Considerações finais

Diante do exposto, é possível desenvolver o entendimento de que o Direito se encontra em um processo de ruptura paradigmática com o velho esquema positivista (sujeito-objeto), ainda dominante, para a adoção de um novo paradigma calcado em um esquema sujeito-sujeito, mediante o desvelamento do Ser na linguagem como maneira de concretizar os ideais de um Estado Democrático de Direito e de uma Constituição que se procura firmar Cidadã.

Insta salientar, contudo, em primeiro lugar, que o que se defende aqui é que o intérprete não deve se deixar levar – ou enganar – pelo senso comum teórico, o *habitus dogmaticus*, que não raramente domina a ciência, *o que não quer dizer que deva pautar o seu agir exclusivamente por seus valores*, por sua carga subjetiva. Isso é positivismo, afinal, ante a constatação de Kelsen de que a sentença representa um ato político e de vontade - não jurídico.

Não se deve confundir o reconhecimento do aplicador como o próprio construtor da norma, em um processo de significação, com a idéia de arbitrariedade do intérprete e ausência de método que o norteie. O intérprete deve, sim, levar em consideração o que pregam a doutrina, a jurisprudência e a lei, até mesmo porque é por intermédio destes que constrói e matura o seu pensar. Todavia, é necessário que se dê conta, em seu processo de compreensão, que a norma não se encontra suspensa em um

mundo ideal pronta a ser subsumida ao caso (concreto), como se a interpretação fosse um jogo de montar (dispositivo – fatos da vida) ou de balancear princípios.

Resta dizer: a norma é construída mediante um processo hermenêutico-compreensivo circular desenvolvido pelo intérprete *na linguagem*, a qual norteia e possibilita a compreensão. Dessa forma, é preciso proceder com muita cautela no processo hermenêutico, tendo em vista que o senso comum teórico tende a oferecer fórmulas prontas de subsunção para que ao intérprete restasse apenas aplicá-las, como se houvesse uma verdade universal oferecida pelo pensamento dominante, como se a interpretação somente ocorresse em um único momento *a priori* e a norma já viesse “empacotada”, prontinha para que o intérprete a “opere”.

Em segundo lugar, a idéia de que o Direito poderia estar em um momento de crise paradigmática (epistemológica) não significa o fim do mundo. Talvez seja, sim, o fim do mundo metafísico no qual habita o ordenamento jurídico; mas isso não quer dizer que tudo o que foi realizado e pensado até então não possui valia alguma. Essa é, aliás, a característica da ciência: a superação e modernização do pensar e de suas teorias, o que nos poderia autorizar a afirmar, com Kuhn²⁹, que a revolução científica, ou seja, o processo de mudança de um paradigma científico a outro, não visa à destruição de uma ciência, mas à sua atualização, de maneira que possa acompanhar a evolução da sociedade e do pensamento.

²⁹ Vide, para aprofundamento: KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 3ª. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

É necessário, portanto, abrir as mentes de nossos pensadores para a aceitação de uma idéia que surge não como uma tentativa de instauração de um anarquismo epistemológico na seara do Direito *a la* Feyerabend³⁰, mas sim como uma *sugestão* de abordagem do fenômeno social de uma maneira diferente, abordagem esta que se dá, sobretudo, mediante o resgate do Sujeito, há séculos oculto pela cientificização objetiva de um modelo calcado no racionalismo cartesiano, e mediante a construção da norma jurídica a partir da concretude, da faticidade e da historicidade do ser, de cada caso jurídico, de uma intersubjetividade, e não de um plano abstrato, pois é somente com a *aplicação* (e não *ponderação*) dos princípios previstos na Constituição que o intérprete será capaz de conferir realidade pragmática ao quanto nela previsto, resgatar as promessas da modernidade em um Estado onde a previsão de inúmeros direitos é letra morta e solucionar conflitos de caráter coletivo e transindividual³¹, cada vez mais emergentes na sociedade contemporânea.

É necessário retirar o Direito de seu *habitat* onírico, metafísico, e “trazê-lo de volta” de onde nunca saiu - mas que procuramos a todo o momento negar ou acabamos por não enxergar a nossa própria cegueira positivista, eis que ensinados desde cedo a nos tornar simples “operadores” de um maquinário jurídico -: o *mundo real*, e, com

³⁰ Muito embora a sua idéia de que a ciência está em constante evolução, sobretudo com a ruptura de paradigmas, não seja, *mutatis mutandis*, estranha a esse trabalho. Cf. FEYERABEND, Paul K. *Contra o método*. 3ª ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1989.

³¹ O ordenamento jurídico, apesar de alguns avanços na seara social, ainda é fruto de um modelo liberal-individualista, o que o torna despreparado (e, com ele, o intérprete normativista) para o adequado enfrentamento de questões de caráter transindividual. Basta analisar a grade curricular das faculdades de Direito para constatar que as ações de caráter coletivo estão, geralmente, em um programa à parte, secundário, muitas vezes até opcional. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 46.

ele, a concretude, a faticidade e a historicidade do ser a ser interpretado, em toda a sua individualidade ontológica, de maneira a tornar a Constituição Federal, em um Estado Democrático de Direito, mais do que um simples pedaço de papel, mas sim uma Carta dirigente, compromissada com as promessas da tardia modernidade brasileira e capaz de conferir eficácia e, principalmente, *realidade*, aos inúmeros direitos, garantias e princípios nela previstos, o que será possível somente se nos dermos conta de que o Direito é um *saber prático*, e não uma ciência metafísica.



Referências

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 1994.

CARNEIRO, Wálber Araujo. *Epistemologia e hermenêutica: o lugar do diálogo na compreensão do direito*. São Leopoldo, s/d.

FEYERABEND, Paul K. *Contra o método*. 3ª ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1989.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 3ª. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução de Enrique Tierno Galván. Madri: Alianza Editorial, 1985.