

Neoconstitucionalismo e hermenêutica jurídica: a dura busca da construção da condição de possibilidade do resgate das promessas da modernidade na região marginal ao sistema global

*Edson Vieira da Silva Filho**

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 (consequentemente classista) diante da proposta do EDD vem a necessidade de sua superação pelo neoconstitucionalismo, 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) em níveis satisfatórios. Somente a partir da premissa de 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: Neoconstitucionalismo. Modernidade. Estado democrático de direito. Hermenêutica filosófica.

* Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – BH, mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá, coordenador de atividades complementares, membro do Núcleo Docente Estruturante e professor Adjunto da Faculdade de Direito do Sul de Minas – Pouso Alegre - MG.

↳ Data aceite: nov. 2011 · Data submissão: out. 2011

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 paradoxo apresentado será abordado de uma perspectiva de mudança de paradigmas em que se encontram nossos pés, cada qual em uma ilha, que se afasta da outra firme e lentamente nos levando a um ponto em que optamos por permanecer com os dois pés no bloco antigo, pelo salto para o bloco moderno, ou, perdendo o equilíbrio, caímos no espaço aberto entre ambos.

Falamos aqui da modernidade, que acabou, ou fracassou, ou trata-se de um projeto inacabado, ou ainda em curso, ou mesmo de um momento que ignorou parcela marginalizada do sistema global no qual nos inserimos,¹ ou que finalmente consegue existir em suas três formas (pré/pré-modernidade/modernidade/pós-modernidade).²

Valeremo-nos dos preceitos de Thomas Khun³ para enfatizar as características marcantes da crise de paradigmas e dos conflitos pelos quais passam os que nela se encontram envolvidos. Para efeito deste trabalho daremos ênfase especial a duas facetas da modernidade, uma delas, a que será combatida, é a da ideia da revolução das ciências exatas e naturais como parâmetros de validade, por se centrarem em experiências empiricamente reprodutivas e por se fundarem em métodos que lhes dão pretensão de validade absoluta e de perenidade.

A segunda faceta a ser abordada será a que pretendemos trazer de volta à vida, uma vez que o império positivista se construiu sobre promessas de segurança, bem-estar e paz social a serem obtidos com o abandono do subjetivismo e, conseqüentemente, das metafísicas clássica e teológica, bem como do jusnaturalismo.

A nova proposta da sociedade moderna nasce, então, com um projeto de bem-estar social e de crescimento e evolução nunca antes experimentados. O mito criado sobre as promessas positivistas, que pretendiam a construção de uma ciência objetiva, neutra, passível de generalizações e categorizações, fundou-se no antropocentrismo, que continha em si o vício próprio que sentenciou a proposta científica da modernidade à morte.

Pretendia-se formar um conhecimento tendo em vista um homem elevado à categoria de gênero, um homem abstrato e afastado do mundo real, o que foi fácil a partir do isolamento da filosofia como saber de ordem secundária, especulativo, como se fosse um simples item cosmético, já que as ciências exatas (e naturais) retratariam a ordem das coisas.

No direito, o fruto positivista mostrou-se com toda sua grandeza no modelo liberal individual burguês, com normas abstratas, elaboradas por meio de codificações com pretensões de plenitude e escudadas em um sistema operativo metodológico em que se interpretava um mundo abstrato, mediante técnicas que partiam do princípio da existência de dois mundos absolutamente distintos: um deles, o abstrato, onde as normas eram construídas e existiam; o outro, o dos fatos, onde pelo método subsuntivo o mundo das normas insidia sobre os homens, sem que, contudo, houvesse qualquer tipo de interação. O mundo das normas, dotado da pureza kelsiana, como na alegoria da caverna, não tocava o mundo dos homens.

Três momentos positivistas serão brevemente mencionados, estando nos dois primeiros o mais nefasto legado do positivismo ao direito contemporâneo, ou seja, a discricionariedade prevista e aceita em Kelsen e em

Hart, que expurgavam os princípios, deixando todas as questões que não podiam ser abraçadas pelas limitações naturais do sistema de normas ao “prudente arbítrio” de um juiz solipsista, dotado de méritos, virtudes e conhecimentos acima da média normal, os quais lhe permitiam dar conta das situações em aberto.

O terceiro momento, ainda positivista, inaugura a entrada dos princípios no mundo do direito mas que ainda deixava a um juiz, classificado como o “Hércules” por Ost e que, como trabalhando em uma pirâmide invertida, filtrava a solução correta de todas as opções possíveis. A quebra encontra-se no fato de que Dworkin se dá conta da insuficiência do direito posto e admite a inserção de argumentos de princípios que devem fundamentar a decisão correta.

Com o surgimento (ou acatamento) da ideia dos princípios no mundo jurídico uma nova perspectiva se abre e, somando-se os princípios à nova perspectiva trazida pelo direito, abalado pelas duas guerras mundiais, uma nova maneira de constituir o Estado começa a ser delineada. Dessa maneira, o direito perde um pouco de sua característica ordenadora do Estado liberal, no qual tinha como finalidade básica conter os excessos do príncipe, e passa a se adequar aos moldes pedidos pelo estado de coisas

resultantes de um mundo (Europa central) em período de reconstrução, quando o bem-estar social se torna o conteúdo das constituições próprias do Estado social.

Com o passar dos “gloriosos 30”⁴ do século XX, as contas não tiveram o resultado esperado no balanço final da proposta da modernidade, havendo reduzido 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, levou a 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*”.⁵

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.⁶

Por outro lado, no que concerne à satisfação de direitos fundamentais, observamos uma grande lacuna, que ainda pode e deve ser objeto de retomada e, na perspectiva de nosso estudo, tal resgate deve se dar 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 criada, a partir de um novo modelo de Constituição, que só poderá ser pensado quando efetivamente o modelo positivista, que também deve ser superado, tiver um substitutivo adequado.

Isso deve ocorrer especialmente para os países periféricos ou de modernidade tardia, onde a modernidade, enquanto carga compromissória, passou ao longe, mas funcionou com perfeição como uma bomba teórica que fez enraizar em toda cultura, sobretudo na jurídica, um modo de pensar fundado no paradigma sujeito-objeto, ignorando a viragem linguística

e o atravessamento do direito pela linguagem e da linguagem pela filosofia.

Assim, em democracias tardiamente instaladas e em países cujo bem-estar social passou ao longe vem a resposta por meio de um neoconstitucionalismo de natureza principiológica, no qual princípios possuem força normativa e a Constituição é dotada de função transformadora na sociedade, mediante o resgate das promessas não cumpridas da modernidade, que nos legou apenas parte de seu conteúdo, inegavelmente rico e proveitoso, mas superado e de difícil operacionalidade. Isso porque o homem de hoje, reconhecido como plural e igual em suas diferenças, não pode ter suas necessidades e direitos fundamentais enquadrados como direitos e necessidades de um gênero, mas, sim, de um ente único, individual e individuável, que não pode ser contido, compreendido ou ter seus direitos satisfeitos por métodos e/ou idealizações que afastem o mundo concreto de sua existência.

O homem abstrato, genérico, categoria, está morto, e um novo constitucionalismo, que só se pode conceber diante de um novo positivismo (ainda não superado), quando fruto legítimo de um Estado democrático de direito, deve perceber isso como uma aproximação intersubjetiva, isenta da dicotomia-padrão do sistema anteriormente adotado, do qual não nos

desligamos ainda e ao qual repudiamos, até por medo de, sob a acusação de reacionários, sermos lançados às chamas.

Os operadores do direito hoje são, paradoxalmente, pré e pós-modernos ao mesmo tempo, festejando vinte anos de uma Constituição que já atingiu a maioria e ainda é tratada como se criança fosse. Saímos da mecânica do Estado liberal, (ultra) passamos (pel) as propostas do Estado social e entramos no Estado democrático de direito sem entender exatamente como funciona a nova mecânica: “Estamos tentando desobstruir *giggles* em um carro que possui injeção eletrônica.”

Sem a adoção de um novo paradigma intersubjetivo, pelo qual percebamos e tratemos a Constituição como mecanismo de transformação, teremos uma Constituição longa, vaga e de difícil concretização, pois o instrumento depende de quem o opera e responde à destreza de seu operador. Somente se entendermos que a atual Constituição, de natureza dirigente, compromissória, transformadora, necessita, para que funcione, de um mecanismo de concretude de direitos fundamentais que efetivamente constituem o projeto civilizatório formalizado em 1998, extrairemos algum fruto da proposta de Estado sob a qual vivemos. Para 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 sí 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 parámetro de legitimación del poder público.⁷

Em suma, só se obterá a concretude (constitucionalidade) 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. A resistência justifica-se na perspectiva de Kuhn, quando notamos um antagonismo, uma séria relutância e estranheza no trânsito entre a proposta do novo paradigma, fundado no pluralismo, em oposição ao antigo, monista por excelência.

Nesse giro paradigmático, parte-se dos estudos de Kuhn, que critica, a princípio, a forma do historicismo científico. Segundo ele, deveria haver uma tendência de se partir de fatos individuais para conjecturais, dividindo a ciência em ciência normal e ciência revolucionária. Assim, o autor tem a sua primeira base firmemente cravada em paradigmas, incontestáveis, já que foram aceitos pela comunidade científica dominante, e descarta a experiência como elemento de refutabilidade. Vale ressaltar que Kuhn ainda defende a existência de um paradigma

dominante em uma época que, a partir do momento em que não se torna mais possível a manutenção da crença então vigente, a altere.

Chega-se ao extremo de conceber a possibilidade de se descartarem elementos de “menor importância”, pondo em xeque uma tese, até que tais contestações se deem de forma tamanha ou tão incisiva que gerem uma revolução científica, fato inconstante e inusitado, sendo exceção à regra dos paradigmas. Kuhn centra a ciência em paradigmas, os modelos perfeitos e formais ideais, eternos e imutáveis de Platão, com bases históricas, que formam, com o tempo, um conjunto no qual a sociedade científica se baseia. Mais ameno, Platão não eleva os paradigmas à eternidade, mas lhes atribui *status* semelhante, já que “sugerem tradições compartilhadas por membros da comunidade científica”, que, faccionando-se, procuram evitar a todo custo qualquer ameaça de contraprova para o contexto vigente, por eles criado, aprovado ou adotado.

Uma vez que um grupo (qualquer que seja) assume uma postura paradigmática e não vê na refutabilidade elemento essencial da ciência, tem nele uma ameaça, já que os questionamentos das correntes são questionamentos da pessoa. O conjunto de circunstâncias gera retardos dramáticos em avanços, ou desgastes pessoais

exacerbados, já que abandonar o grupo em detrimento de novo paradigma exige perfeita sincronia conjuntural, pois, feita em momento errado, antecipado ou posterior, coloca o membro aventureiro em posição delicada perante tal grupo.

O individualismo sucumbe e, conseqüentemente, a busca de novas ideias torna-se uma aventura pouco desejada para quem se encontra como membro de grupo estável. Dessa ótica, o fato novo constitui uma ameaça ao membro do grupo, a não ser que ele pretenda se arriscar a participar de uma revolução científica e, dessa forma, alterar a regra única de transformação de paradigmas: “a competição entre segmentos da comunidade científica”.

A ciência normal trabalha, então, com paradigmas vigentes em decorrência de sua aceitação e adoção pela comunidade científica, ou por facções dela, formando linhas e normas de condutas, procedimentos e pesquisas, consolidando bases comuns de aceitação. Portanto, a estrutura paradigmática atende aos interesses de um grupo que pretende manter o domínio de certa área de conhecimento. Quando sua quebra lhe é ameaçadora, a estrutura do paradigma é, por vezes, flexibilizada, para que tal “verdade” permaneça vigente pelo período mais prolongado possível, até que, via de

regra, por meio da revolução científica, dê-se a alteração, indesejada, mas imperativa.

O momento da quebra do paradigma dá-se, agora, com a delação do discurso moderno, reinante até então, e a nova proposta, pós-moderna, deslocando o enfoque dado ao antropocentrismo tradicional. O pluralismo deve assumir definitivamente o centro do palco em que o homem contemporâneo atual. O apego ao antigo, seguro por nos ser familiar, faz com que o fenômeno aqui descrito nos deixe mais confortáveis em relação ao paradigma anterior, relutando para que as alterações necessárias se deem de modo que o novo paradigma seja implantado, superando seu antecessor. Aqui reside a resistência da quebra de forma de pensar (e de agir) pela qual passamos neste momento de transição.

Acontece que a mudança não se dá aos poucos, em etapas, especialmente em períodos de mudança paradigmática em que no limite da transição se faz necessária a opção clara e definida de qual forma de pensar será assumida como norteadora da nova forma de pensar o mundo, de entender as coisas, praticando a *aplicatio*, pelo qual em um único ato, nas palavras de Lenio Streck, se interpreta e age (aplica) em uma dinâmica complexa.

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

Tudo o que não se enquadrava no modelo positivista da modernidade recebia o rótulo de meramente especulativo e, conseqüentemente, era lançado na vala do senso comum, inútil para a construção de qualquer ciência. O que não era passível de repetição em condições ideais, de prova empírica ou de testificação não fazia parte de nenhum conhecimento digno de atenção, o que leva as ciências do espírito ao descrédito absoluto. A metafísica perde espaço para as ciências exatas.

Ao falarmos de modernidade, podemos traçar uma linha que vem desde seus antecedentes medievais, quando a sociedade tinha no misticismo, no metafísico e no senso comum a base de construção de toda ciência

extremamente rudimentar e com um baixo grau de empirismo, o que, de certa forma, lhe tirava a confiabilidade pela possibilidade de reprodução sistemática de eventos. Assumimos, então, esse momento como “[...] ponto de partida, pelo simples motivo de que não partimos sem um ponto”.⁸

Do que poderíamos chamar de “era da incerteza” 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 *standard* 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, além de reconhecer as desigualdades e os interesses estamentais consubstanciados em um direito produzido para legitimar a hierarquia estabelecida entre clero, nobreza e campeonato, passamos ao esgotamento do feudalismo superado pelo capitalismo como novo modelo de desenvolvimento econômico e social.⁹

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

moderna cultura europeia 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

Com o capitalismo emergente fervilhando, a clara divisão entre burguesia e proletariado conduz a que esta classe autenticamente revolucionária se conscientize e se imponha na sociedade, ciente do amplo processo de racionalização na modernidade capitalista. A resposta capitalista deu-se mediante a formação de um Estado liberal, com uma doutrina que favoreceu a uma classe média individualista e produtiva.¹¹

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.¹²

Diante de tal perspectiva, o divórcio com a filosofia não tardou, pois, caracterizado como conhecimento de ordem especulativa afastado da razão e, por consequência, das ciências (da natureza e exatas), tratava-se de elemento subjetivo e não passível de reprodução ou demonstração.¹³ Ainda segundo Wolkmer,

[...] 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.¹⁴

A modernidade, oscilando de um ideal de “vida boa”, prometido pelas ciências e seus avanços, acabou por se constituir 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 à 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.

Assim, o compromisso histórico da modernidade, afastado do mundo concreto, mantém sua pureza, esquecendo-se de que é necessário “sujar as mãos”¹⁵ e aproximar-se do concreto e “das misérias da história, já que toda prática tem suas contradições, concessões e dogmatismos”, afirmação que apavora aos teóricos positivistas os quais, encastelados em suas objetivações e senhores do controle dos objetos, perdiam-se diante do concreto. 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”.¹⁶ 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) quando entendido como ser histórico, em uma relação de estar no mundo de maneira provisória e contínua.¹⁷ O homem é um ser histórico e, para que se ponha no mundo, é necessário que possua uma consciência história que o situe de forma concreta em um tempo e local, conhecedor das circunstâncias para que efetivamente assuma sua perspectiva de ser-no-mundo.¹⁸ Assim, buscamos em Maliska algumas perspectivas históricas que mostram as raízes fracionadas do Estado brasileiro, que, nascido na situação de colônia ignorava a existência de cidadãos, havendo, então, no início uma simples transferência de poder de Portugal para o Brasil, onde o aparelho burocrático importado constrói um Estado cartorial, tutor da sociedade e representante do poder do príncipe.¹⁹

Enquanto colonizador, Portugal, tradicionalmente patrimonialista, tratava a coisa pública (brasileira) como bens particulares do administrador, e de tais relações entre o público e o privado surge nosso direito, elitista e discriminador.²⁰ Assim, a ainda jovem modernidade europeia passa ao largo das costas brasileiras, que, em uma relação de subordinação pelo autoritarismo, exploração e discriminação, permanece na pré-modernidade.²¹ Desde essa época, os poucos cidadãos

possuem as regras oficiais, que lhes servem como mecanismo de defesa contra as massas que os cercam.

Nesse momento, toda proposta de simulacro de liberdade tinha efetivamente como finalidade incrementar uma sociedade de livre comércio, regida pelo mercado a serviço da Coroa.²² Nesse sentido, tudo aquilo que era apresentado como se fosse conquista do iluminismo francês acabava por traduzir uma racionalidade jurídica moderna de caráter instrumental, já que tinha como objeto privilegiar diretamente a burguesia, o que, de certa forma, indiretamente, trouxe benefícios, por via reflexa, para a grande massa oprimida.²³

Ainda, dando continuidade à base histórica da formação jurídica do Estado moderno brasileiro, buscamos Wolkmer, outro pluralista jurídico como Maliska, que, preliminarmente, em seu livro *Pluralismo jurídico*²⁴ apresenta argumentos sobre o esgotamento do modelo jurídico liberal e individualista, por este não oferecer respostas satisfatórias (eficazes) aos reclamos político-sociais de segurança e certeza, raízes fundamentais da ciência moderna, o que se nota com forte evidência na estrutura sociopolítica do capitalismo periférico latino-americano e nos indícios da crise da cultura legal brasileira.²⁵ Para Wolkmer,

Há um desencontro radical entre a racionalidade formal oficial e a racionalidade material, esta que é fruto ou resultado da relação de forças de uma sociedade desigual, dividida com profundas diferenças de expectativas, dando margem a que, o que é segurança para poucos, seja violência para muitos.²⁶

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”,²⁷ 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 a realidade por meio de suas normas jurídicas. Estas, em última análise, acabam tendo como fi-

nalidade a (re)produção da estrutura de domínio vigente mediante um formalismo superado pela nova Constituição, que insiste em nascer e acaba por ser sufocada por mecanismos de defesa do modelo antigo, o qual 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”.²⁸

A perspectiva positivista da dualidade entre o mundo das ideias e o mundo real, em especial no direito, quando tal dicotomia é garantia de isenção e neutralidade e ingenuidade ideológica,²⁹ “[...] 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”.³⁰ 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”.³¹

O procedimento de apreensão não se dá com a isenção pretendida, até porque lhe é elementar a inserção histórica, pois as consciências verdadeiras e falsas surgem em um plano de realização histórica.³² A ansiedade de romper com o jusnaturalismo e as metafísicas acaba por se revelar um bom álibi na tentativa de categorizações e sistematizações levadas às últimas consequências pelas correntes positivistas, que, segundo Demo, acabam por constituir uma tradição ocidental com a busca na contrafação empirista de uma superação da especulação teórica, deixando ainda certo que a natureza apriorística do método dedutivo acabe por ser uma das maiores objeções que lhe devem ser feitas.³³

Assim, a blindagem contra as metafísicas levada ao extremo acabou por ser a lápide do modo de pensar a ciência durante a modernidade. Isso, efetivamente, não tira os méritos dos frutos colhidos em um período tão produtivo, mas leva a que alternativas sejam postas no pensamento contemporâneo, já que a reinserção do mundo prático no modo de pensar é im-

prescindível e a assunção de que toda pretensão de categorização ou isenção é ideal inalcançável.

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

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 modernidade, e o cientificismo que lhe é inerente, buscou romper com a metafísica clássica e com o senso comum, buscando métodos que dessem razão de ser às coisas e que fundassem um pensamento com pretensões científicas. O positivismo surge como resposta objetivadora da razão, buscando no empirismo um amuleto para

que singularidades e idiossincrasias fossem afastadas do modo de pensar científico, que deve se distanciar da moral individual por meio de universalizações que deem conta de toda a realidade científica.

É claro que as ciências denominadas exatas e da natureza ganharão prioridade em relação às ciências do espírito, que, por não serem passíveis de demonstração, foram relegadas a terceiro plano, como que desprovidas de utilidade no novo modo de pensar, sendo rotuladas como de caráter especulativo. A partir daí uma gama de pensadores positivistas, em uma cruzada em busca da (re)estruturação do discurso, das ciências em geral e do direito, em especial por meio do método, pretendeu uma transformação no modo de conhecer, procurando obter na previsibilidade uma estabilidade de ordem positiva. O cientificismo então instalado propõe soluções definitivas, prontas e acabadas para um mundo moderno que deveria ser enquadrado em categorias objetivas e impessoais.

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

O afastamento da justificativa de domínio teocrático leva ao direito instrumento de regulação (e exclusão) mediante normas (normalização), dando azo ao positivismo jurídico, principalmente na figura de Kelsen e sua teoria pura, que em última análise trata-se de uma metalinguagem que se interpõe entre o sujeito e o objeto, respaldada pela norma fundamental que norteia um sistema técnico e objetivo, com o primado do império da forma e congruência entre normas como critério de validade sistêmica.

Das insuficiências do direito como mecanismo de resposta, assumidas pelo próprio Kelsen, a discricionariedade, dentro da moldura da norma, passa a ser a resposta mediante a qual o processo dedutivo subsuntivo não atende satisfatoriamente ao problema.

Não se pode afirmar ao certo, mas inaugura-se um novo paradigma: o da pós-modernidade (ou somente o fim da modernidade, ou sua ruptura abrupta?).³⁴ A modernidade traz em si a proposta sedutora de saúde, riqueza, prosperidade 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 se manter dominante, sem os artifícios religiosos, perdidos em sua laicização.

Sujeição é a resposta. O poder do monarca é regulado pelo direito, que se faz legítimo de forma quase autopoiética e busca normalizar os súditos, criando padrões de comportamento desejáveis.

O direito busca mecanismos de solidificação do novo sistema de domínio. O imperativo do racional como a única conduta aceita e desejável é seguir à risca, 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 às discricionariedades judiciais, sustentadas agora por Kelsen e Hart como mecanismos de solução de conflitos para os quais a norma não se faz suficientemente adequada no 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 aparecem, mesmo incrustados no Primeiro Mundo, em seus guetos. O mecanismo de autoafirmação 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 linguístico 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 conduz a 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”³⁵ ou fora do padrão de normalidade definido pelos padrões modernos. As mudanças de valores agem especialmente nas pessoas. A reificação das pessoas e a personificação das coisas não têm lugar em um espaço plural e tolerante, onde o valor máximo é o consenso legítimo.

A pós-modernidade polimorfa, plural e multifacetada³⁶ é, em última análise, um processo de superação, algo que está em andamento, e em andamento deve continuar, pois trata de situações em contínua mudança. Refere-se, também, à quebra de razões modernas e soluções prontas, resultantes de promessas que não podem ser cumpridas por tratarem de uma realidade cinética de forma estática.

A crise de paradigmas implica um vazio. A frustração de promessas e a delação de mentiras produzem a sensação de que não há novos caminhos a serem traçados. A construção de um novo modelo aparenta ser, além de uma tarefa ousada, um projeto inatingível. Trata-se da desconstrução de crenças sedimentadas e de sua substituição por novos modelos, um projeto civilizatório diferenciado.

Nesse prisma é que se propõe a reconstrução de um direito sem o ranço positivista ortodoxo, mas sem a ameaça de um nihilismo que ronda toda crise de grande porte. O projeto, por muitos visto como inacabado, deve ser repensado e assumir formas que se adaptem a uma proposta plural, que inclui a nova forma do Estado e de suas políticas públicas voltadas ao seu fim, o bem-estar social, não a um processo de retroalimentação contínuo em que ele deixa de ser Estado-meio para ser Estado-fim.

O fato é que, se consideramos a realidade brasileira, podemos afirmar que houve um salto entre o Estado liberal burguês e o Estado moderno, de feição plural e de finalidade promotora do bem-estar social. O *Welfare State* passou ao largo da realidade brasileira e, com ele, as promessas da modernidade.

A modernidade, recém-nascida, promete luz em um mundo de mitos e trevas, mas também se mostra insuficiente, pois, além de efetivamente não poder abarcar o mundo, encontra no Estado um ente que acaba por se retroalimentar do poder instituído legalmente, servindo a interesses escusos que se revelam aos poucos na crise da modernidade, marcada por dualismos no mundo bipolar que se construiu de forma artificial e impessoal.

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, leva a que a fé nas ciências exatas comece a ser abalada.

O antropocentrismo então instituído tratava do homem gênero, do homem ente (fração) social, 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 o modo de pensar reinante no paradigma anterior e que ainda influencia e norteia (indevidamente), de forma marcante, o modelo neoconstitucionalista, que faz surgir um novo problema, a imposição feita à nossa dogmática constitucional da necessidade de elaboração de uma nova referência: o pós-positivismo,³⁷ diante da insuficiência do modelo positivista ortodoxo.

Só percebendo a superação do antigo modelo e reconhecendo seus erros é que poderemos romper com as anti-

gas amarras para agirmos de acordo com o novo recém³⁸ (?) instalado. Logo, o novo homem, desobjetificado, pede um novo modelo de Estado, que reconheça suas diferenças enquanto ator que permite a superação da filosofia da consciência, pois o antes coisificado é pessoa de uma relação de conhecimento intersubjetivo. O homem assujeitador dá lugar a um homem que é participe, não senhor, do processo de construção dos saberes.

O afastamento do mundo prático proposto pelo mito da isenção positivista: o resgate do mundo prático imperativo para a mudança para o paradigma da intersubjetividade como superação do modelo anterior

Com o paradigma sujeito-objeto em fase de superação, a pureza positivista das ciências exatas em geral³⁹ (não no sentido kelsiano) passa a ser deixada de lado com a reinserção do mundo concreto (sujeito a particularidades) na construção das ideias e formação de juízos, já que, como visto em Kant, nada pode ser fruto da razão

pura. Para (re)inserir o mundo prático afastado pelo cientificismo moderno no modo de pensar, nos valem de Lenio Streck, com base em Gadamer e Heidegger, buscando uma forma de, sem resgatar misticismo, jusnaturalismo ou qualquer ontologia preexistente ao objeto (independentemente dele), resgata pré-compreensões das quais parte a interpretação que temos dos textos.

Acontece que tais pré-compreensões devem estar afastadas de abstrações construídas em um mundo ideal, uma vez que extraímos conceitos prévios do ser-no-mundo e criamos generalidades, e aquele que deveria ser o “ser-no-mundo” torna-se um conceito abstrato construído de ideias e para ideias. O que se propõe é que por meio de *pré-conceitos*, que venham a substituir outros mais adequados, haja um movimento de constante *re-projetar*, que é o sentido de compreender em Heidegger.⁴⁰

Os *pré-conceitos* aqui mencionados não são arbitrariedades, mas sim condição de possibilidade pela qual o questionamento se dá sempre no mundo concreto, sem pressupor neutralidade ou anulação do indivíduo diante da coisa, o que permite um confronto legítimo, pois compreender é compreender-se no mundo e somente as coisas, nelas mesmas, permitem o fechamento de tal círculo. Os *pré-con-*

ceitos, que não são sinônimos de juízos falsos⁴¹ são testados na tradição, autêntica ou inautêntica e refletem na situação do ser-no-mundo diante de uma perspectiva local, histórica e temporal, vindo sua síntese de uma mediação racional que se põe entre todas as formas de exibição do ser em relação ao intérprete, já que ele também pertence à história.

Deve-se deixar claro, entretanto, que não se pode confundir tradição e ciência histórica, pois deve-se reconhecer “[...] o momento da tradição no comportamento histórico e indagar pela sua produtividade hermenêutica”.⁴² Bauman⁴³ trabalha tradição como uma “mensagem do passado”, como algo difícil de definir. É mais do que um simples hábito ou costume, uma vez que tanto um quanto o outro acontecem de forma mecânica, impensada, como um movimento (ação) automático e simplesmente reativo.

Para que se fale em tradição é necessária uma ação consciente, pensada e determinada, dirigida a uma dileção concreta e que nos leva a uma escolha dentre várias “possíveis, plausíveis e factíveis”, implicando, assim, um processo mental, composto de questão, opção e deliberação. Tais escolhas se tornam condutas costumeiras, habituais, regulares, de forma contínua e repetida, até que se

incorporam no cotidiano (inserido no tempo), levando-nos a uma opção conforme se procede, como em um padrão assumido e que através dos tempos passa a ser observado e cuja alteração implica mudança de estilo de vida.

Tradição é consciência, não simples rotina, como em um comportamento compulsivo, repetitivo e cego, como vícios ou confiança congelada; a tradição fixa-se na confiança consciente, não congelada; é legítima se habitual e opcional, consciente e coerente. É o legado de instituições, herdadas e reproduzidas no tempo.

É o primeiro passo para a autonomia individual, identificando nosso passado e um grupo de pessoas com as quais queremos nos identificar, reivindicando jeitos e maneiras como seu legado coletivo, estando necessariamente ligado a uma comunidade autônoma.⁴⁴

E acrescente-se:

[...] assim como a hipocrisia é um tributo indiretamente pago à verdade pela mentira, da mesma forma o tradicionalismo é um tributo enviesado, embaraçado e envergonhado pago à autonomia pela heteronomia.⁴⁵

A atividade hermenêutica não se sujeita à autoridade, mas, sim, aos fatos a partir de sua época, criando, portanto, um círculo, que parte da antecipação do sentido, em um movimento que vai do todo para a parte e da parte para o todo: “Em cada caso a compreensão só pode acontecer a partir desse todo, de natureza tanto objetiva

quanto subjetiva.”⁴⁶ A quebra da relação sujeito-objeto dá-se no momento em que o intérprete se desloca para a perspectiva “[...] na qual o outro conquistou a sua própria opinião. O que não significa mais do que procuramos fazer valer o direito objetivo daquilo que o outro diz”.⁴⁷ Assim, a perspectiva de intersubjetividade leva-nos a uma participação de sentido comum, buscando restabelecer o entendimento onde ele não existe ou onde foi distorcido.⁴⁸

O círculo que envolve tradição e intérprete busca esclarecer condições de compreensão, que acontece no ato de compreender. Com o retorno da razão prática como elemento de pré-compreensão do círculo hermenêutico, podemos afirmar que não existe interpretação em abstrato, visto que é necessário haver um contexto temporal e social contextualizando o fato historicamente.⁴⁹

É interessante perceber que não se pode pretender um método hermenêutico, pois tratamos aqui da compreensão que se dá por meio da linguagem (condição de possibilidade) e que a linguagem filosófica se move em dois níveis, em dois horizontes: o hermenêutico e o apofântico. Compreender é fundir horizontes em ato circular que não divide aplicação de compreensão, ou seja, ao se interpretar, compreende-se e, ao se compreender,

interpreta-se; ao se interpretar, aplica-se e, ao se aplicar, interpreta-se, sendo único o processo, pois interpretar não faz sentido sem aplicação.⁵⁰

Interpretar é aplicar e diz respeito tanto ao processo quanto ao seu produto, sendo ato de aprender e construir um objeto inteligível.⁵¹ O processo é único, e a pré-compreensão não se confunde com nenhuma categoria metafísica ou *jusnatural*, mas. Sim, de condição de possibilidade para se chegar ao sentido. Aqui talvez cheguemos ao cerne da questão, que passa pelos vários mitos da modernidade, dos quais um é a segurança jurídica. Gadamer (ano) deixa claro que

A idéia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto [...]. É por isso que existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma idéia daquilo com que estamos às voltas. A princípio, qualquer advogado ou conselheiro está capacitado para aconselhar corretamente, ou seja, para dizer corretamente a decisão do juiz com base nas leis vigentes. Claro que esta tarefa da correção não se resume a um mero conhecimento dos artigos dos códigos [...] entre hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe pois uma relação, na qual a hermenêutica detém a primazia. A idéia de uma dogmática jurídica ter feita sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção não tem sustentação.⁵²

O curioso é que a tradição histórica deve ser mediada pelo intérprete com sua própria vida, o que mantém o

conjunto da tradição aberto para o futuro, não ilhado no seu momento passado. Daí Gadamer reconhecer uma unidade entre filologia e historiografia, que não pode estar centrada na universalidade do método histórico na substituição do intérprete pelo leitor original (a famigerada vontade da lei), nem, muito menos, na crítica histórica da tradição, mas, sim, no fato de que tanto o filólogo quanto o historiador compreendem o texto dentro de suas perspectivas, havendo o encontro de seu verdadeiro fundamento na história efetual, ou seja, uma consciência da própria obra. Nesse sentido, sendo ela mesma efeito e tendo todas as considerações sobre a formação e fusão de horizontes, tem-se a ideia de descrever como se realiza a consciência da história efetual.⁵³

Partindo daí passamos para a viragem linguística que atravessou a filosofia, revolucionando a ideia de que a palavra seria um instrumento (o que não é). A palavra passa a ser condição de possibilidade, um espelho que reflete a coisa em si, que se forma no pensar e que se transubstancia no acontecer. Necessariamente, precede o evento e não traduz verdades ou mentiras, sendo um signo com conteúdo próprio, que, de acordo com seu grau de semelhança, (re)presenta a coisa em si. A palavra é pertença, é condição de se pensar, pois só se pensa em palavras, e pode ser manipula-

da (dominável que é), servindo para a construção da fusão de horizontes autênticos ou para criações retóricas (nas quais efetivamente funciona como instrumento gerador de categorias e metáforas, a serviço de ideias e ideais).

Logo, linguagem e tradição compõem um todo, já que ambos pertencem ao tempo e à história e são formados e conformados no mundo das coisas, lembrando que a palavra não se forma por si mesma, pois consiste em acordos prévios que, em última análise, não criam, mas conciliam realidade e conhecimento.⁵⁴

Assim, reinserido o mundo concreto que é cercado das coisas que lhe são inerentes, como o tempo, a história, a tradição (autêntica), temos como substituir a falsa segurança positivista por uma proposta de interpretação autêntica das coisas no mundo.

O neoconstitucionalismo como mecanismo construtor de um projeto civilizatório transformador e não meramente ordenador

É importante delimitar o momento inicial de abordagem do tema, uma vez que é ponto arbitrário, pois antes do início sempre existe algo.⁵⁵

Quando, em 5 de outubro de 1988, nossos representantes se reuniram em assembleia para constituir um novo Estado de direito democrático, tinham como objetivo fundamental estabelecer princípios fundamentais à dignidade da pessoa humana. Considerada esta de natureza plural, cria-se, assim, uma união fraterna, que tem por base a solução pacífica dos conflitos, surgindo, então, uma nova ordem posta. Direitos sociais, liberdade e igualdade, tratados, até então, em poucas palavras, passaram a constituir o norte do Brasil contemporâneo.

O ideal estava lançado. Nada de pronto e acabado, mas tão somente um projeto de longa duração. Metas e programas deveriam ser criados, e adequações às novas propostas seriam imperativas para que as expectativas não se frustrassem em um curto espaço de tempo. Nesse sentido, podemos citar Maia quando afirma que a constituição “não é mais um texto que sirva como um esboço orientativo deve ser simplesmente respeitado pelo legislador` mas sim um programa positivo de valores que deve ser atuado pelo legislador”, o que lhe dá um caráter transformador.⁵⁶

Com ela surgem os direitos sociais, disposições programáticas que dificilmente chegam a um bom termo, pois, sob a escusa da falta de recursos,

ou reserva do possível, a administração pública sonega aos marginalizados seu direito fundamental ao mínimo existencial. Assim, na Constituição de 1988 surge um novo paradigma, que constitui novos rumos de um novo Estado (democrático de direito).

A partir de 1920, na Europa, tornou-se possível o controle judicial de constitucionalidade das leis, contrastando com a realidade americana.

Pode-se falar em neoconstitucionalismo, nas palavras de Carbonell, já há algum tempo: “[...] probablemente se pueden rastrear postulados neopositivistas desde los años 30 de siglo XX.”⁵⁷ Ainda podemos dizer:

A respeito dos textos constitucionais e seu surgimento: el neoconstitucionalismo pretende explicar a un conjunto de textos constitucionalisque comiezan a surgir después de la Segunda guerra mundial y sobretudo a partir de los años 70 de siglo XX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias e a separar a los poderes publicos, si no que contienen altos niveles de normas materiales o substantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivosd. Además estas Constituciones contienen amplios catalogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos muy renovado, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos.⁵⁸

Na metade do século XX, consolidou-se o entendimento de que as normas constitucionais são normas

jurídicas dotadas de superioridade hierárquica, são imperativas e estão à disposição de todos os jurisdicionados. O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamental em todo o mundo ocidental contemporâneo, é o novo paradigma. O novo papel da Constituição é de ser menos normativa e mais dirigente, senhora de metas e ideais, sem mecanismos próprios para a efetivação de suas metas. A carta que funda o novo Estado cria e recria as bases que estabelecem metas utópicas, inatingíveis, mas nortes perfeitos a serem seguidos. O direito e seus bens tutelados são dinâmicos e as necessidades mudam constantemente, juntamente com a sociedade, que deve ser vista sempre em um contexto histórico, geográfico e temporal.

Na verdade, as mudanças ou necessidades mundiais poderiam receber ajuda do legislador ordinário, não do constituinte. É importante frisar que a Constituição nasce com o fito de limitar a atuação estatal, no interesse da liberdade e dos direitos dos indivíduos, tudo isso graças a um substrato filosófico e ideológico: o humanismo, no qual está contido, dentre outras coisas, o direito a um mínimo existencial.

No século XX, devido à total subversão dos valores e do homem, as constituições foram ignoradas ou manipuladas em seu aspecto positivo-for-

mal, como, por exemplo, valendo-se de meios pouco ortodoxos para justificar o nazismo. O fim da Segunda Guerra Mundial trouxe um espectro da banalidade do mal, produzindo diversos efeitos na humanidade. O maniqueísmo chega ao seu apogeu, e o mundo divide-se em dois – bom e mau, certo e errado, dominadores e dominados ou excluídos –, fazendo crescer a marginalização.

A busca da superação de tal visão simplista, gerada em boa parte pelo positivismo jurídico ortodoxo, leva-nos ao retorno à ideia de valores, com ideias de justiça e humanidade entre os povos. Com isso foi introduzida nas constituições a ideia desses valores como fundamentais, bem como para a organização dos Estados para atingirem tal finalidade, passando a ser as ideias centrais das cartas constitucionais.

A Constituição brasileira também se insere nesse contexto histórico, por causa dos períodos ditatoriais, “os anos de chumbo [...]”, nos quais “militares e golpistas [...] de uma forma ou de outra se negavam ao bom combate com as armas limpas da democracia”.⁵⁹ Os resíduos da ditadura militar de 1964, da carta semioutorgada de 1967 e dos atos institucionais subsequentes, dos quais se sobressai o AI-5, com os olhos focados na ordem e na segurança interna,⁶⁰ precisavam

ser abolidos a todo custo no novo diploma, com o resgate da dignidade, liberdade, direitos políticos e individuais.

Além disso, um novo norte foi posto. Os direitos sociais passam a integrar a meta do novo Estado. A nova ideia de Estado acabou consagrando como fundamento principal o homem e sua dignidade mediante a persecução do bem-estar do homem, porque é desejável que as pessoas tenham condições dignas de sobrevivência. Ao se conformar ao direito, por meio de princípios, a Constituição coloca a seu serviço o instrumento jurídico do direito constitucional, retirando-o do debate meramente político, e tal instrumento é dividido em duas grandes frentes: a existencial e a operacional.

Com a cláusula pétrea, retirando do legislador ordinário a possibilidade de alteração, do ponto de vista existencial, houve uma proteção dos princípios; do ponto de vista operacional, a jurisdicação constitucional atribuiu eficácia jurídica e, portanto, alguma forma de sindicabilidade judicial aos efeitos práticos que esses princípios possam produzir, tornando-os mais consistentes e eficazes. A introdução baseada no preâmbulo tem por base a ideia de que o ordenamento é “[...] operacionalmente importante para a dogmática; nele se incluem elemen-

tos normativos (as normas) que são os principais, e não normativos (definições, critérios classificatórios, *preâmbulos*, etc.)”⁶¹ (grifo nosso). Caso tal frustração efetivamente se desse, o projeto de uma sociedade fraterna sucumbiria ao peso da prática divergente do discurso fundante.

Ainda do prisma da fraternidade e da igualdade, temos a proposta implícita de uma oferta de um mínimo existencial, como prioridade absoluta no novo Estado, uma meta, um programa, um princípio a ser regrado. A igualdade e as garantias do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 mostraram-se formais. A materialização dos preceitos constitucionais deu-se de forma mais imediata no tocante a direitos costumeiramente violados no estado de exceção do qual recentemente saíamos.

A palavra liberdade e o conceito de novos direitos, principalmente de ordem social, saem do esquecimento para assumir o paradigma novo, ou seja, de um recém-formado Estado de Direito Democrático. Tortura, liberdades, informações, prisões, penas e outros congêneres foram rapidamente materializados, resumidos em princípios de ordem mais tendente ao normativismo do que ao caráter programático, constituindo regras, em última análise.

As novidades de ordem formal, naturalmente, foram de pronto acolhidas como sendo características do novo modelo adotado, até que pouco a pouco se descobriu que os direitos têm custos e que um novo modelo formal, com um grande volume de normas de caráter programático, está distante das condições materiais, havendo em um curto espaço de tempo para a instalação de uma crise.

O espaço dado aos direitos sociais ficou quase como que em segundo plano, restando pouco ou nenhum recurso para a satisfação dos direitos mais fundamentais, os que permitem uma existência da pessoa humana em níveis mínimos de tolerância. O limite da linha da miséria não poderia ser quebrado e, se fosse, deveria ser restaurado de pronto pelo Estado com obrigações prestacionais positivas. Assim que a considerável distância entre o discurso e a realidade foi notada e nenhuma solução ligada à implementação de mecanismos que viessem a equalizá-la foi proposta para minimizar a crise, houve uma sensação de vazio e de impotência.

O novo e o velho, em existência concomitante, trazem a crise do discurso (e do direito, que se manifesta em especial), que se revela incapaz de garantir a vida digna e o direito ao mínimo existencial à maioria de seus cidadãos, nem pela atuação do Estado.

Mecanismos representativos que buscavam soluções em interpretações, em especial dos princípios, esbarraram no fato de que não há na hermenêutica o propósito da construção, mas sim de uma nova avaliação do construído.

A meta não é criar a crise, distância entre o discurso e a realidade, mas, sim, delatar a crise que não é criada, e se existe veladamente, deve ser denunciada para que, efetivamente, rumos sejam delineados em programas sociais.

Infelizmente a relutância na implementação dos direitos sociais e do acesso à justiça é véu que pesa muito e que deve ser puxado com toda força, pois a novidade existe e não pode ser ignorada. A forma do Estado assistencialista anteriormente vigente deixou profundas marcas no novo Estado constituído e, conseqüentemente, o recurso paliativo pelo qual se trata mais dos sintomas do que do mal passa a ser uma vertente que busca acalmar a inquietude trazida pela crise.

O ideal não pode suplantar o real. Forma e matéria não se igualam por palavras; a sociedade fraterna e igualitária deve sair do princípio constitucional, migrando para os ramos infraconstitucionais, agregando-se a eles, quando o lume vindo do claro, da clareira, indicar tal exigência.⁶² A relação entre o direito posto e a realidade vivida pelos destinatários da

norma, seus reais constituintes, deve ser de movimento, de vir a ser, de superação e da superação, que em uma busca contínua de legitimação, mesmo que utópica, corresponde a uma pretensão inafastável.

Assim, cultiva-se a permanente crise do direito e seu trato. Se entendermos o direito como algo em movimento contínuo, podemos crer em uma permanente crise, o que pode ser bom ou ruim. A leitura do posto nos dirá se a crise faz com que a norma seja constantemente revista e reconstruída ou se estagnará, levando a que haja uma obstrução no curso do movimento, com as consequências mais danosas que possamos imaginar.

Nova visão obtida sob os caminhos de uma velha sistemática é uma repetição do posto com novas palavras. Dessa forma, a crise se mantém, mas o rótulo e a embalagem são mudados, com o mesmo cerne, em assincronia com a realidade social. O novo princípio gestor, atrelado às amarras do método hermenêutico antigo, agrava a crise já instalada. O momento é de mudança de paradigmas, a qual não ocorre sem “ranhuras”; totens, ícones e dogmas têm de ser questionados e, se for o caso, quebrados para abrir o novo caminho que viabiliza a Constituição brasileira de 1988.

A elaboração de uma constituição, em regra, é fruto de reações a si-

tuações indesejadas, superadas pela evolução social com o tempo e a prática de cidadania, guardando uma certa rigidez que só se altera quando se (re)constitui, blindando-a contra interesses políticos eventuais.⁶³

Assim, o perfil político de uma constituição mostra uma forte reação a uma situação anterior, indesejada e superada, devendo ser compreendida mediante uma aprofundada pesquisa dos acontecimentos políticos. Consequentemente, forma-se um amálgama que a blindar contra a reprodução dos fatos que a fizeram surgir e que se perdem no tempo e na memória, impedindo que regras adotadas em determinadas épocas e situações sejam identificadas e impedidas de serem reutilizadas, uma vez que foram condenadas pela moral dos homens e repudiadas pelo processo civilizador.⁶⁴

Um dos pilares pós-modernos é a premissa de que o homem, agora repensado, não é mais aquele do “indivíduo-centrismo” do século XVIII, mas, sim, um ser social e plural. Portanto, quando os representantes do povo brasileiro se reuniram no dia 5 de outubro de 1988 em Assembleia Nacional Constituinte, com a finalidade de fundar um Estado, dentre outras características, destacaram como fim supremo a formação de uma sociedade fraterna, plural e democrática.⁶⁵ De acordo com a mais pura vertente

pós-moderna, esqueceram-se, porém, de que a norma, “devir”, não altera a realidade, mas apenas a regula.

O primeiro pós-guerra trouxe fundamentais alterações na estrutura das constituições, em especial das ocidentais, formadas com base no Estado de direito legislativo, que, de uma certa forma, separou-se da sociedade pela ciência jurídica positiva. O retrato do novo modelo constitucionalista trazia um formato de constituições longas e densas, menos direcionadas à forma de constituir o Estado e mais voltadas à construção de um projeto civilizatório e com finalidade transformadora, nas quais direitos fundamentais buscam o resgate de promessas não cumpridas da modernidade.⁶⁶

O novo modelo não conseguiu sustentar o juspositivismo, nem o já superado jusnaturalismo, e tinha em seu corpo a clara superação do projeto liberal, sendo marcado pelas mais diversas pretensões sociais, afastando-se do modelo das leis aglutinadas em códigos e aproximando-se do modelo de princípios, formadores de um vetor de sentido do Estado criado sob a forma democrática de direito. Fica claro que o novo constitucionalismo rompe com a filosofia da consciência objetiva, aproximando-se de um modelo que funciona dentro da filosofia da linguagem intersubjetiva, naturalmente incompatível com o positivismo construído sobre a pretensa neutra-

lidade e abstração inerente à ciência moderna.

A ruptura ou superação do paradigma jurídico formal positivista é condição de operacionalidade do diploma que, pelo menos nos países de modernidade tardia, surge com baixa constitucionalidade. Com isso, houve uma subversão na racionalidade normativa e, consequentemente, no princípio da legalidade, “[...] mediatizado, agora, desde a supremacia da constituição [...]”, trazendo, assim, um reflexo no que diz respeito a concretudes das propostas constitucionais e causando, necessariamente, uma tensão entre poderes, já que, diante da omissão do Executivo ou da falha do Legislativo, cabe ao Judiciário, em controle de constitucionalidade, preservar a operacionalidade (e, consequentemente, a densidade) da constituição.

Os escudos usados durante muito tempo para evitar tal tensão fundamentavam-se na natureza principiológica da constituição e na versão (visão) superada de que os princípios não possuem força normativa, o que permitia uma certa postura marcada por timidez exagerada do Judiciário, que se limitava a aclamar pela criação de leis complementares que pudessem dar força normativa aos princípios. Assim, paradoxalmente, exigia-se a existência de uma lei, regulamento ou portaria que fizessem valer um princípio constitucional.

Com a superação desse primeiro momento, surge o resgate do problema do decisionismo positivista, que acabou sendo assumido pelas teorias da argumentação, nas quais tudo se diz de tudo e, em nível de ponderação, os valores dos princípios se alternam até o ponto em que não haja uma linha clara de coerência em termos de decisão. Ainda nesse sentido, as teorias da argumentação trazem a lume problema mais grave ainda, que diz respeito ao consenso, como mecanismo de se auferir a verdade e que, confrontado com regras fundamentais, coloca em xeque a questão do princípio contramajoritário, que protege o núcleo duro constitucional de eventuais maiorias.⁶⁷

Um novo golpe é sofrido pela modernidade após a Segunda Guerra Mundial, e uma crise baseada na ideia de que de nada valem afirmações positivas de direito sem que efetivamente sejam efetivadas, conduz a que “[...] uma enxurrada de direitos particulares [...]” agrave as “[...] dificuldades de implementação e gestão de um modelo social, liberal, igualitário [...]”.⁶⁸

Diante de tal situação, a necessidade de superação dos modelos clássicos leva a que teorias procedimentalistas e substancialistas, argumentativas e hermenêuticas entrem em conflito, buscando uma resposta para que a nova Constituição não caia em desuso, nem perca seu caráter trans-

formador, e fazendo com que os catálogos de direito fundamentais que se constituem a partir de um núcleo mínimo sejam preservados e implementados, como sustentáculo de um novo sistema jurídico. Pozzolo⁶⁹ afirma que, de fato, o rol de direitos fundamentais e a densidade constitucional tornam o positivismo jurídico inadequado para a leitura do neoconstitucionalismo, diferentemente do direito oitocentista.⁷⁰

É importante deixar claro que o novo modelo de Constituição consubstancia direito, não mais uma simples declaração política, assumindo o encargo de atuação com redução de sua expressão de poder político,⁷¹ vivendo “[...] em relação osmótica com o mais amplo discurso prático [...]”.⁷² O novo modelo constitucional assim conduz a que seja de especial ênfase o juízo de constitucionalidade, a quem se deve atribuir “[...] um encargo sempre mais concretizante e permeável e cada vez menos negativo”.⁷³

Nessa perspectiva, o Brasil optou por uma constituição dirigente, o que se deu de forma geral com relação às constituições contemporâneas, em especial após o segundo pós-guerra, quando as circunstâncias abordadas anteriormente levaram a uma mudança paradigmática, com o enfraquecimento do modelo moderno de sociedade liberal individual, que passa a dar lugar a um novo tipo de sociedade, de ordem plural. A neces-

cidade da retomada (ou da busca) das promessas da modernidade muda o perfil da constituição, que passa a ser mais do que um mero instrumento de estruturação e regulação do Estado, e, sim, um mecanismo de efetivação de direitos fundamentais e de concretização das promessas não cumpridas da modernidade.

O novo modelo constitucional tem o papel de modificar as estruturas sociais no sentido de proporcionar um ideal de “vida boa”, elencando em uma pauta de valores objetivos e finalidades sociais que constituem o novo Estado, criado para cumprir promessas, não mais as da modernidade, mas feitas por nós, para nós mesmos. Vemos isso em Maia, o qual afirma que a constituição não é mais uma norma *normarum* à moda de Kelsen, encarregada somente de distribuir e organizar o poder entre os órgãos estatais, mas é uma norma com amplo e denso conteúdo substantivo, que os juízes ordinários devem aplicar a todo conflito jurídico ainda no novo aspecto constitucional.⁷⁴

É claro que ainda existe o caráter estruturante do Estado e de seus órgãos, bem como regulador de seus mecanismos de ação administrativa, mas como mecanismos operacionais para que se obtenha o fim principal de construção de um projeto civilizatório e de um modelo de sociedade idealizada em um Estado democrático

de direito. Não se trata de um diploma que regulamenta ações de forma exhaustiva, mas que oferece diretrizes, compostas de princípios e regras, trabalhadas agora de nova perspectiva, como visto anteriormente.

Diante da nova Constituição nasce um novo Estado, o qual, diferentemente do anterior, se vê atravessado pela sociedade civil, que busca ocupar espaços públicos.⁷⁵ O novo constitucionalismo, entretanto, encontra-se preso a paradigmas que regiam o constitucionalismo moderno, de raízes positivistas e de cariz liberal individual burguês, o qual reduz em muito a concretização (operacionalidade), reservando ao diploma um baixo grau de constitucionalidade. O problema de ordem pragmática nasce do reduzido grau de compreensão do novo constitucionalismo e da necessária superação do paradigma positivista, que obstaculiza a plenitude operacional do conteúdo constitucional.

Entre o modelo liberal, de natureza não intervencionista, e o modelo social, com metas assistencialistas, surge o Estado democrático de direito, que com o neoconstitucionalismo dá à Carta magna forte poder normativo, atribuindo-lhe uma força criadora/transformadora e um poder explosivo multidirecional, que, se não concretizados, levam a um esvaziamento de suas propostas. É importante lembrar Lenio ao afirmar que

no momento em que o mundo é varrido por uma fustigante onda neoliberal, é inexorável que a questão da função do Estado e do Direito seja (re)discutida, assim como as condições de possibilidade da realização da democracia e dos direitos fundamentais em países recentemente saídos de regimes autoritários [...].⁷⁶

A legitimidade de todo o processo encontra-se no reconhecimento e no respeito ao disposto na constituição, como sendo efetivamente os valores eleitos para servirem de norte na construção de um projeto civilizatório, chamado de “tradição”, que se materializa em princípios constitucionais.

O novo perfil de constituição reclama sua autoaplicabilidade, já que, além da função diretiva, possui função constitutiva, que se deve preservar por meio do exercício da jurisdição constitucional, em especial em condições de emergência. Isso porque as necessidades decorrentes dos direitos fundamentais⁷⁷ não podem esperar a ação legislativa, que com sua esfera reduzida amplia a esfera de ação do Judiciário, o que sempre leva a que reste uma tensão entre poderes.

De forma reacionária surge a discussão sobre a autoaplicabilidade dos princípios, superada.⁷⁸ A atual Constituição foi forjada com bases democráticas que implicaram a construção de um Estado democrático de direito, como resposta a outra que abrangia em seu texto normas de caráter repressivo. Ocorre, porém, que

“o tempo amortece as consciências, ou elas deliberadamente não querem lembrar [...]”, havendo o risco de que, por “equívoco ou por decisão [...]”, seja colocado o “cavalo de Troia da ilegalidade no meio democrático que avidamente já se chamou platina tenra”.⁷⁹

Das promessas constitucionais à construção do direito existe uma elite ainda mantida por um discurso falacioso, marcado por inversões de valores promovidas por “uma sociedade produtora de mercadorias, essa organização social engendra a ‘coisificação de pessoas’ (força de trabalho como mercadoria) e a ‘personificação de coisas’”.⁸⁰

O paradigma anterior é construído sobre a ideia de que o liberalismo individual burguês do Estado moderno busca no conservadorismo a manutenção dos ideais de vida nele estruturados e ameaçados com o advento do novo estado de coisas proposto pelo novo paradigma originário do Estado democrático de direito de natureza social.

Um discurso maniqueísta, elaborado sobre dicotomias (naturais paradigma sujeito – objeto) disseminado pela mídia de massa, vale-se de recursos diversos, como o da promoção da pressão social e a propagação do caos e promessas de uma pacificação social trazida por propostas contidas nas teorias da lei e da ordem e da tolerância zero, partindo-se da premissa de que “estatutos legais de natureza

preventiva e repressiva constituem elementos fundamentais da manutenção da ‘ordem e progresso’”.⁸¹

O novo Estado democrático de direito, ao contrário do esperado (desejado), acaba por aguardar uma presença mais marcante do governante, não pelo cumprimento dos direitos fundamentais, mas pelo combate aos desordeiros,⁸² clamando por re (pressão), pedindo por mais polícia, mais presença do Estado, mais prerrogativas investigatórias e menos direitos e garantias individuais.

Quando o próprio povo, pressionado, pede menos liberdade em um Estado democrático de direito em prol de mais segurança, existindo uma falsa impressão de legitimidade respaldando arbitrariedades estatais. Aliás, alerta Zaffaroni⁸³ a respeito dos riscos advindos dos operadores do direito e de seus eventuais excessos em nome do controle social, exercidos sobre grande parcela da população e clamado por outra parcela.

A reificação colabora com a insegurança, pois, em uma sociedade onde “[...] o desejo se torna o próprio propósito [...]”⁸⁴ e “[...] na corrida dos consumidores, a linha de chegada sempre se move mais veloz que o mais veloz dos corredores”,⁸⁵ fica claro que “[...] permanecer na corrida, que se torna o verdadeiro vício”.⁸⁶

É a insegurança social, retrato de um novo paradigma, em que a Constituição revela uma baixa consti-

tucionalidade, demonstrando grandes dificuldades na concretização de projetos e propostas (compromissória e dirigente que é), e que aos poucos vai perdendo sua finalidade máxima para atender aos anseios e às necessidades individuais e coletivos de uma nova sociedade plural. O Estado torna-se, assim, o órgão repressor arbitrário ou discricionário, detentor de instrumentos repudiados e execrados pelos que são por ele excluídos.

**Dentre as várias
adequações para uma
correta interpretação do
neoconstitucionalismo
algumas observações
sobre os princípios e
seu papel no paradigma
neoconstitucionalista:
nem simples mandados
de otimização,
supernormas que a tudo
respondem ou pontas de
icebergs – sua natureza
como vetores de sentido
com força normativa**

Buscamos a teoria quando as coisas mais preciosas nos escapam às mãos.⁸⁷

Assim podemos dizer que a crise se faz presente quando os mecanismos que habitualmente usamos e que

costumeiramente são eficientes já não dão conta de responder satisfatoriamente aos nossos anseios ou resolver nossas demandas, causando perplexidade pela sua ineficácia ou pela súbita falta de capacidade de manuseá-los que nos acomete repentinamente. Deve-se procurar restaurá-los, obtendo a funcionalidade antiga, sob pena de buscarmos novos (e diferentes) instrumentos que se mostrem eficazes.⁸⁸ É esse o retrato da crise da modernidade, que nos leva, necessariamente, à mudança de paradigma sob pena de continuarmos a tentar nos valer de instrumentos outrora plenamente eficazes, mas agora inúteis.

Naturalmente, a incerteza toma conta de nós que buscamos uma volta ao estado anterior, onde tudo funcionava com certa normalidade e estávamos acostumados aos problemas, diferentes dos novos, que nos trazem incertezas. Em suma: “É um momento de autoconstituição, de reprodução e auto-renovação”. O sistema busca se defender preservando seus fatores, sem questioná-los ou criar novos; assim, no meio jurídico, como não poderia deixar de ser,

o processo interpretativo/hermenêutico tem (deveria ter) um caráter produtivo e não meramente reprodutivo. Essa produção de sentido não pode, pois, ser guardada sob um hermético segredo, como se sua *holding* fosse uma abadia do medievo. Isso porque o que rege o processo de interpretação dos textos legais são as suas condições de produção,

as quais, devidamente difusas e ocultas (da)s, aparecem – no âmbito do discurso jurídico-dogmático permeado pelo respectivo *campo jurídico* – como se fosse provenientes de um “lugar virtual” ou de um lugar “fundamental”.⁸⁹

A encruzilhada está na segurança do nicho conhecido, onde o antigo se abrigava e, por vezes, é chamado de maneira saudosista, ou na busca de uma nova forma (fórmula) de reparar um mal transitório.⁹⁰ É importante notar, porém, que estar em crise não é um infortúnio, mas um estado contínuo do ser humano.

Nota-se uma forte resistência no sentido de se compreenderem os princípios como instituidores de normas, sendo contínuo o apego o seu caráter genérico, que permite a ocorrência de conflitos (pelo afastamento do ser-no-mundo). Tais conflitos precisam de critérios para serem resolvidos, e a busca de técnica, como sopesamento, implica o resgate do método, que procuramos abandonar já que não é mecanismo produtor de verdade, mas, sim, reproduzidor do sistema dedutivo subsuntivo. Determinado o peso, categoriza-se e acopla-se o princípio ao caso difícil (outro resquício da natureza dualística do paradigma liberal individual e burguês).

A Constituição de 1988, de natureza dirigente e conteúdo programático, é um marco de ruptura entre o neoconstitucionalismo, formador de

um Estado que objetiva a busca das promessas não cumpridas da modernidade, e o ideal de bem viver sob a égide de um Estado democrático de direito, sendo um rompimento com um passado autoritário.⁹¹ Assim, o Estado brasileiro de 1988, por meio de assembleia nacional, constitui-se mediante um acordo de vontades, eleito por uma maioria legitimada pela (inaugurada) existência de um Estado democrático de direito que legitima o (pro)posto, tendo como princípio basilar a dignidade da pessoa humana nos Estados democráticos contemporâneos.

Como compilado de metas e compromissos, nossa Constituição, de caráter programático e normativo ao mesmo tempo, tem regras híbridas, que buscam no intérprete um guia para que ela possa se manifestar no mundo real, retratando, assim, um momento na vida de um povo.

Os desmandos da segunda grande Guerra Mundial, dos regimes fascistas e do nazismo levaram a que os princípios da dignidade humana assumam papel de destaque no mundo ocidental contemporâneo. Além desse contexto, o golpe militar de 1964 marca profundamente o momento histórico da Constituição brasileira de 1988, dando-lhe os contornos que demandavam sua realidade então. A eficácia e a legitimidade do proposto precisam de sua manifestação no mundo real

para que seus princípios basilares se façam valer, criando, assim, como determinado, uma sociedade fraterna, fundada nos princípios da dignidade humana.

De acordo com a moderna teoria da norma, o elemento essencial do direito, e da norma jurídica, em particular, consiste na imperatividade dos efeitos propostos. Fazendo nascer, constituindo, criando uma nova sociedade uma nova gama conceitual, deve acompanhar o novo diploma, buscando identificar quais os efeitos que cada norma pretende produzir no mundo dos fatos.

A função do judiciário é tornar a norma constitucional ou infraconstitucional eficiente diante do caso concreto, momento em que surge a função do juiz como intérprete constitucional.

O norte adotado pelos princípios deve ser seguido pelo intérprete, sob pena de haver desvirtuamento dos preceitos constitucionais e, consequentemente, a atividade legislativa por parte do judiciário, o que é indesejável.

Podemos afirmar que, tendo como ponto de partida a Europa ocidental, “a teoria da interpretação constitucional passou por uma intensa evolução a partir da segunda metade do século XX”,⁹² aumentando sobremaneira a presença do Poder Judiciário por meio da jurisdição constitucional, uma vez que, após o segundo

pós-guerra, a preocupação com os direitos fundamentais e a decepção com a modernidade, que se apresentava debilitada, pelo claro declínio de confiabilidade pelo qual passavam suas premissas e propostas, ganham força. Tal forma de pensar atingiu a América do sul, que por razões diferentes também experimentava um momento de frustrações políticas e econômicas, com regimes ditatoriais e crises generalizadas.

Como não poderia deixar de ser, em um mundo em expansão, com novos direitos surgindo a todo o momento e com a fundamentalidade de tantos outros sendo reconhecida (saúde, educação bem-estar em geral), em processo de crescimento (tecnológico, populacional etc.), o surgimento de expectativas, ofertas e desejos aumenta exponencialmente.

A nova realidade contemporânea conduz a que as demandas, infinitas, esbarrem nos recursos, naturalmente finitos, e em um Legislativo forte (legislador mastodonte) de um Estado gerenciado por um administrador (leviatã),⁹³ acabem por clamar por um Judiciário que funcione efetivamente como contrapeso. Isso levou a que o conceito ortodoxo de justiça de formato liberal individual burguês fosse abandonado por um novo, que não ganharia a operacionalidade que se fazia necessária se prevalecesse inse-

rido no método dedutivo-subsuntivo.⁹⁴

Sobretudo o reconhecimento de direitos fundamentais em larga escala, como valores a serem preservados independentemente de maiorias eventuais por serem um ideal de projeto civilizatório construído (em construção), pede uma blindagem especial para que, fundadores e fundamentais que são, permaneçam no cerne da sociedade que se cria. Assim, os valores do novo modelo constitucional, com alto grau de abstração e forte carga valorativa, inserem-se em uma espécie de núcleo duro da Constituição,⁹⁵ fazendo parte dos valores fundamentais inalteráveis (sob pena de ruptura do próprio pacto) e que funcionam como mecanismos contramajoritários.

É importante notar que a carga valorativa dos direitos constitucionais, cuja guarda foi atribuída aos tribunais, tornou evidente a fragilidade da tese que perfilava uma separação estanque entre os processos de criação e aplicação do direito. O novo perfil do direito (constitucional) conduz a que assuma, de uma nova perspectiva, o caráter de uma obra coletiva, “iniciado pelo constituinte, mediado pelo legislador e concluído pelo juiz, que, conciliando as normas jurídicas com a realidade, confere soluções aos casos concretos”.⁹⁶

Novos mecanismos requerem novos procedimentos operacionais,

novos olhos, para que seu perfeito funcionamento seja alcançado e que dele sejam extraídos os frutos pretendidos. A aplicação eficaz do direito requer uma correta interpretação do que efetivamente é e do que pode (e deve) realizar. Compreender e aplicar são indissociáveis e só uma correta interpretação produz uma aplicação (concretização) satisfatória.

O neoconstitucionalismo exige uma postura interpretativa própria para dar conta do novo modelo (pro) posto, ou seja, em primeiro lugar o fim da crença moderna na objetividade resultante do paradigma da teoria da consciência, no qual se estabelece a relação sujeito-objeto, trazendo o mundo concreto para a interpretação e incluindo o ser-no-mundo como o ponto de partida para uma relação intersubjetiva. Em segundo lugar, a aceitação de que o novo modelo rompeu com o formalismo jurídico e o modelo subsuntivo, em especial pela adoção do modelo de regras e princípios (com força normativa).

Finalmente, há o reconhecimento de que o senso comum não é um conhecimento inferior, devendo ser trazido para uma racionalidade prática.⁹⁷

Partindo da ideia inicial de que os princípios, pela ausência de sanção, apresentam certa vagueza e que seu conteúdo é considerado de ordem moral ou política, surge a corrente que

não lhes atribuía poder normativo, sendo vistos apenas como mandados de otimização em uma constituição que não possuía corpo estritamente jurídico.⁹⁸

Diante da insuficiência do conceito em relação ao modelo neoconstitucional, que vê na constituição um instrumento operador de transformações no sentido de se concretizar um projeto civilizatório, fundado em direitos, e um mecanismo de resgate de promessas não cumpridas da modernidade, foi superada a visão que traduzia a existência de uma dicotomia entre regra e princípio.⁹⁹ Assim, podemos dizer que

os legados da modernidade longe estão de ser realizados no Brasil. O Direito, como um desses principais legados – vistos como instrumentos de transformação social e não como obstáculos às mudanças sociais – formalmente encontram guarida na constituição de 1988.¹⁰⁰

Desse modo, a normatividade e a imperatividade dos princípios passam a ser reconhecidas como elementares no neoconstitucionalismo vigente no Brasil desde a CF de 1988. Acontece que o neoconstitucionalismo opera dentro de uma racionalidade que não dá espaço a dicotomias, como a que cinde os princípios em regras e mandados de otimização, sendo eles normas e com esse caráter assumindo a força transformadora exigida no novo modelo constitucional.

Os princípios, efetivamente, alicerçam o sistema jurídico, garantindo a integridade e a coerência do sistema como um todo e figurando como elemento instituidor da norma (que sempre traz antes dela um princípio que a institui). Apesar da proposta de Walter¹⁰¹ ao afirmar que princípios e regras possuam as mesmas características materiais, diferindo das regras, apenas no aspecto formal, pelo alto grau de abstração (não de indeterminabilidade ou vaguidão), confere-se a eles baixa densidade semântico normativa, o que não os impede de serem interpretados/aplicados (ato simultâneo) como as normas, que em regra possuem menor grau de abstração e maior densidade normativa.¹⁰²

Tanto princípios quanto regras são textos, e textos são eventos, sendo a norma deles extraída (por meio do círculo hermenêutico) alcançada com a mesma dinâmica. A diferença encontra-se no fato de que toda norma possui um princípio que a fundamenta, que a norteia, que lhe serve como vetor de sentido adequado constitucionalmente. Não falamos aqui em método de interpretação, mas em uma necessária busca de integridade e coerência do sistema, atingidas apenas por meio da premissa de que cabe aos princípios orientar todo o ordenamento jurídico, podendo ter um “satisfatório grau de concretude” autônomo.¹⁰³

A finalidade dos princípios encontra-se no fechamento hermenêutico (que impede a arbitrariedade), não na proposta da abertura discursiva, que permite a ponderação e, conseqüentemente, o decisionismo. Princípios fecham, não abrem a interpretação.

Ainda no tocante à interpretação, as teorias argumentativas propõem a utilização dos princípios como mecanismos destinados à solução dos *hard cases*. Ora, como requisitos temos a virada para um sistema de regras e princípios constitucionais (neonconstitucionalismo), mediante o qual se deve entender o positivismo pelas posturas que o superam.

A superação envolve, dentre muitas outras premissas, que a ruptura com o paradigma liberal individual e burguês é incompatível com dicotomias como a da existência de casos fáceis e difíceis, pretendendo que haja uma teoria adequada para a interpretação para os casos difíceis, por meio da dualidade (também superada) entre princípios (mandados de otimização) e regras (comandos normativos).

Temos, finalmente, que o pós-positivismo deve ser superado pelo neonconstitucionalismo (projeto compromissório e transformador surgido após a Segunda Guerra), por ser incompatível com uma adequada operacionalidade (concretude) da nova proposta constitucional, que demanda movimentos dentro do paradigma intersubjetivo.

O neoconstitucionalismo exige a ruptura com o positivismo e com o modelo liberal individualista, tendo uma natureza compromissória, principiológica e dirigente, que são incompatíveis com o positivismo (moldado e adequado ao paradigma representacional do esquema sujeito-objeto).

Perspectivas de uma hermenêutica filosófica adequadas ao neoconstitucionalismo

O novo paradigma neoconstitucionalista do Estado democrático de direito encontra na Constituição a 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 Federal obrigou ao desenvolvimento de toda uma nova dogmática constitucional; por outro lado, o amadurecimento de

nossa vida universitária, sobretudo pela expansão e consolidação de cursos de pós-graduação, elevou a um patamar mais sofisticado a reflexão de nossa doutrina, que habitualmente simplesmente agia como simples reprodutora, oferecendo-nos mais do mesmo.¹⁰⁴

Os princípios (bem como as regras) deixam de ser concebidos como que do nada, dados por um exercício dedutivo abstrato, e, estando vinculados ao mundo concreto, afastam o modelo subsuntivo, formando, assim, finalmente, uma nova teoria hermenêutica, saindo do eixo sujeito/objeto, valendo-se da filosofia da linguagem, que traz a (re)inclusão da faticidade, e conduzindo a 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 leva a que não seja mais ordenador (fase liberal) nem (apenas) promovedor (*welfare state*), e, sim, um *plus* normativo transformador da realidade.¹⁰⁵ 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.¹⁰⁶

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. É necessário lembrar que por trás de cada regra há um princípio que a institui e que nos impede de fazer dela uma tábua rasa. Ainda nesse caminho, afastando-nos das ponderações argumentativas, que no final das contas acabam por ser mecanismos de abertura interpretativa e, consequentemente, porta de acesso para a discricionariedade, podemos afirmar que não é possível prefixar uma hierarquia entre princípios e valores e que só o caso concreto pode apontar a resposta (caminho) correta.

Tal observação se faz necessária dada a confusão gerada pelas teorias argumentativas, segundo as quais os princípios, considerados abertos e passíveis de interpretações múltiplas, permitem uma abertura interpretativa que dá lugar à ponderação de princípios ou reclama por uma hierarquização entre eles. Ao contrário, é importante deixar bem claro que os princípios têm como finalidade impe-

dir múltiplas respostas, “fechando” a atividade hermenêutica, já que não são mandados de otimização nem cláusulas abertas.

Afirmamos isso com base na ideia de que, diante da ausência de princípios, caberia às regras a tarefa de resolver todas as questões. Como tal tarefa é impossível, surge o espaço para a discricionariedade. Diante de tal ausência (dos princípios) surge a necessidade dos discursos de fundamentação prévia positivistas, que ocorrem por meio de uma “estandarização” da cultura jurídica (verbetes, ementas, súmulas).

A ideia é que os princípios constitucionais superassem o modelo positivista e a discricionariedade contida em sua estrutura, mas, como 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. Assim, a diferença ontológica leva a que o positivismo seja invadido pelo mundo prático como num movimento darwiniano, no qual o resgate do princípio como simples mandato de otimização atende a um propósito (projeto) positivista, buscando recuperar a abstratidade da regra.¹⁰⁷

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, em razão da 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 linguístico previamente estabelecido e hierarquizado de forma absoluta, mas, sim, como um evento.¹⁰⁸

Os direitos fundamentais no novo modelo constitucional ocupam lugar de destaque e traduzem as respostas e as insuficiências jurídico-políticas das fases anteriores. Pode-se afirmar, então, que a moral, no paradigma atual, deixa de ser autônoma e corretiva e passa a ser cooriginária ao direito do Estado democrático de direito, que se sustenta em princípios que traduzem o mundo prático.

Assim, a moral cooriginária ao direito, gerado democraticamente, é juridicamente institucionalizada, não tendo caráter corretivo, autônomo ou complementar, mas traduzindo as insuficiências do direito e reatribuindo o caráter transformador da sociedade.¹⁰⁹

Por outro lado, nas teorias da argumentação, os princípios funcionam como aberturas interpretativas

(ao contrário da hermenêutica), já que não têm em vista o mundo prático e dividem interpretação e aplicação em momentos distintos, defendendo ainda a diferença entre *easy cases* e *hard cases*. Dessa maneira, nas teorias argumentativas a resolução dos *easy cases* se dá por meio do processo subsuntivo e dos *hard cases*, pela ponderação/discurso de justificação e posterior discurso de aplicação.

As teorias da argumentação não oferecem (nem podem oferecer) um método (porque não existe) que possibilite a hierarquização dos princípios. Alexy busca resolver a colisão de princípios mediante critérios como hierarquia, cronologia e especificidade, e, diante de um impasse, pela ponderação (sempre discricionária).¹¹⁰

Acontece que, segundo a racionalidade usada nas teorias da argumentação, regras e princípios são categorias que pertencem aos métodos subsuntivo e argumentativo, respectivamente, e para tanto princípios são tratados como mandados de otimização (que não são) ou postulados interpretativos (que também não são). Na verdade, princípios são elementos de ruptura da estrutura paradigmática representacional positivista. A pergunta que resta é como efetuar a divisão (prévia) entre casos difíceis e casos fáceis por meio de procedimentos (ou métodos). Kelsen, Hart, Haber-

mas, Günther, Alexy e Atienza, entre outros, acreditam na possibilidade de tal divisão.¹¹¹

O novo paradigma neoconstitucionalista, que nasce de um Estado democrático de direito, insere o mundo prático no direito, aproximando regra e princípio, visto que atrás de toda regra existe (preexiste) um princípio instituidor. Apesar disso, não é possível afirmar 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 linguísticos.

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. Assim, o círculo hermenêutico torna-se condição de possibi-

lidade para justificar posturas interpretativas.

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.¹¹² Além das teorias hermenêuticas e da argumentação é importante deixar claro que a diferença entre regra e princípio não pode ser extraída 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. Da mesma forma, a determinação finalística (atribuída às regras) e a abstratalidade (atribuída aos princípios) também não podem ser usadas para distingui-los, já que os princípios (como o da reserva legal e ampla defesa) são finalísticos e algumas regras (que tratam de injusta agressão ou de abandono material) são imprecisas e abstratas.

Voltamos à questão principal: só é possível entender a hermenêutica a partir do abandono do paradigma representacional que deve ser superado em todos os seus aspectos, rompendo todas as amarras com seus dualismos característicos.

Por outro lado, a base das teorias da argumentação está na distinção (divisão) entre regras e princípios, sendo os casos fáceis tarefa para se resolver por intermédio da subsunção (do modelo de regras) e os difíceis, pela ponderação dos princípios (mediante a argumentação). A regra, quando não cumpre a tarefa de proceder à explicação causal, dá lugar ao princípio, em decorrência da insuficiência ôntica daquela. A diferença na teoria da argumentação é basicamente de grau. É como se os princípios fossem regras de segundo nível, prevalecendo sobre o esquema subsuntivo.¹¹³

A discussão sobre a finalidade dos princípios é debate extenso e que encontra seguidores em posições radicalmente opostas. Como exemplo trazemos o embate entre Dworkin e Alexy. Para o primeiro os princípios têm a finalidade de equilibrar a justiça, equidade e legalidade, quando nos casos difíceis a integridade do sistema for posta em jogo. Uma análise preliminar dos casos em questão se dá, e a moral política, estrutura das instituições e decisões da comunidade

apontam o caminho a ser seguido em um primeiro momento que antecede a decisão.¹¹⁴

Já em Alexy, nos casos difíceis os princípios têm como finalidade resolver a colisão entre normas, sendo chamados por possuírem graus diferenciados de exigibilidade dependendo do caso concreto (ainda falando em *hard cases*). Assim, o julgador promove a ponderação entre eles, escolhendo o que mais se adequará à situação em tela.¹¹⁵ Podemos notar que, assim vistos, os princípios promovem uma abertura do ordenamento jurídico no momento da aplicação (cindida da compreensão em ambos os casos mencionados), o que resulta, certamente, em uma elevação do grau de discricionariedade do julgado.

Alexy, “afasta-se das outras duas concepções [...]” defendendo uma postura em que o ordenamento jurídico é uma combinação de regras e princípios, afirmando, entretanto, que ambos estão vinculados de forma complementar e que um eventual déficit de racionalidade em seu sistema é suprido por processos e procedimentos.¹¹⁶ A falha que se encontra em Alexy é a construção de discursos de justificação prévia, nos moldes de Habermas, o que o afasta do mundo concreto ao formar um juízo de valor construído anteriormente ao discurso de aplicação.

Pode-se afirmar, com Maia, que os princípios na Constituição federal de matriz principiológica, nitidamente inspirada nas constituições ibéricas frutos dos movimentos democráticos da década de 1970, introduziram uma nova configuração no âmbito público: a quebra dos limites do constitucionalismo tradicional.¹¹⁷

Outro problema encontra-se no mecanismo de sopesamento de princípios, sempre sujeitos à argumentação, que não é sinônimo de validade, mas de convencimento. 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), os princípios acabam por ser, efetivamente, mecanismos de fechamento, não de abertura interpretativa, como pretendem os seguidores das diversas teorias da argumentação.

Isso porque as teorias argumentativas rompem com o mundo prático mediante uma razão apriorística, criada nos discursos de fundamentação, ao contrário da hermenêutica jurídica, que busca no princípio, o qual em última análise consiste em tradição autêntica, proporcionada pelo Estado democrático de direito pela sua constituição e pelo que ele representa. Logo, todo ato interpretativo (aplica-

tivo) 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.¹¹⁸

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. Esses 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.¹¹⁹

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; 3 - a *applicatio* fecha a interpretação, blindando-a contra a livre atribuição de sentidos.¹²⁰

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 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.¹²¹

Toda essa construção está fundada, em última análise, na ideia de que a moral (cooriginária 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 burguês,¹²² 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,¹²³

ou seja, o mito (moderno) da segurança jurídica ou os riscos de se aceitar a diversidade, que, com fundamentos em discursos conservadores, trazem a ideia 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 sua índole aberta, 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*.

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; 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 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.

Assim, com a virada do constitucionalismo moderno, de cariz liberal individual burguês (consequentemente classista), vem a necessidade de sua superação pelo neoconstitucionalismo, a ser trabalhado pela hermenêutica filosófica como sendo condição de possibilidade de efetivação de todo poder explosivo constitucional com a elevação de sua efetividade (constitucionalidade) a níveis satisfatórios.

Podemos então dizer 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 linguística, quan-

do 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. Em um primeiro momento, o paradigma sujeito-objeto, ainda imperante, tinha na linguagem um mecanismo destinado a assujeitar o objeto ao ser falante (e cogniscente), o que representava o início da transição da filosofia representacional ou do conhecimento para uma nova ontologia, pertencente à hermenêutica filosófica.

III - Na sequência, 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 subjetivamen-

te 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 ideias 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 - Também a novidade vem do resgate do mundo fático, assumida a premissa de que nada ocorre no mundo das ideias de forma autônoma e independentemente dos fatos. A ruptura das dicotomias clássicas da modernidade continua, assim, questão de fato e questão de direito, casos fáceis e casos difíceis, dedução e subsunção, permanecendo como diretriz do novo modo de pensar. O direito, ciência prática, precisa de novas balizas, que o afastem do jusnaturalismo e do positivismo clássico, pois a nova forma de pensar (que é nova forma de agir) leva a que uma proposta constitucional, que resgata (as promessas) e, ao mesmo tempo, abandona o modo de fazer ciência (e de pensar) da mo-

dernidade, peça uma nova construção (constituição) de Estado, diante da superação do modelo liberal, do fracasso do modelo liberal e dos anseios do Estado democrático de direito.

V - O constituir do novo parte de uma premissa diferenciada. A quebra de paradigmas dá-se no neo constitucionalismo, 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.

VI - Princípios são a manifestação da tradição autêntica na qual deve se balizar todo o ordenamento jurídico, íntegro e coerente, devendo ser tratados também como todo o resto, como algo novo, que transcende Dworkin, fundando normas e encontrando-se acima delas. Os novos (conceitos de) princípios reclamam um caráter normativo, não simplesmente progra-

mático, como querem os apegados ao modo de pensar positivista clássico, e para que tenham a força normativa desejada, a prática da jurisdição constitucional deve ser revigorada. A falta de normatividade dos princípios causa um esvaziamento da carga transformadora da constituição, levando-nos a uma crise de (baixa) constitucionalidade, e transforma-se em um mecanismo de retroalimentação positivista, que, ao invés de ser superado, passa por um processo de reafirmação, acarretando a proposição de uma nova constituição, que busca cumprir promessas não cumpridas a um baixo grau de concretude.

VII - Ora, o que não produz efeitos não funciona, e uma aproximação simplista da baixa constitucionalidade nos levaria a um ataque ao neoconstitucionalismo, 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 com 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 fun-

cionamento do novo Estado (pro)posto devem ser retrabalhados para que o novo funcione de forma inovadora e produza novos resultados.

VIII - Nessa perspectiva, é necessário que sejam resgatados os princípios, que, com força normativa, dão vetor de sentido à Constituição, elaborada cooriginariamente com a moral, que (eventualmente) neles se institucionaliza. O principal problema no que diz respeito ao tema é a questão sobre sua real função: se apenas mandados de otimização ou se, como cremos, normas de superior hierarquia, instituidores das demais normas, dando coerência e integridade ao sistema jurídico. Os princípios acabam por formar parte do corpo da(s) tradição(ões) autêntica(s) na qual se funda o Estado democrático de direito, nascido (do)no novo paradigma neoconstitucionalista. A má interpretação do conceito e da função dos princípios produz um arsenal de reforço às teorias da argumentação quando encontramos propostas de ponderação ou de estabelecimento de regras (ou métodos) destinadas a hierarquizar ou dar pesos distintos a princípios, ou, ainda, usar princípios como bases de argumentações que divagam sobre a preponderância de determinado princípio sobre outro em casos concretos. Tal equívoco se dá em face da proposição de que os princípios seriam va-

gos e indeterminados (o que não são) e abertos à interpretação. Pelo contrário, princípios fecham a interpretação a partir da premissa de que formam vetores de sentidos para o intérprete que está a eles vinculado (enquanto tradição). Por outro lado, a abertura principiológica pretendida pelas teorias da argumentação nos remetem a um estado de natureza hermenêutica, no qual tudo pode ser dito a respeito de tudo (ou qualquer coisa pode ser dita sobre qualquer coisa), permitindo que categorias prévias fundadas em princípios eleitos como os adequados ao caso nos levem de volta ao esquema subsuntivo/dedutivo, matriz do positivismo jurídico e que, centrado no esquema sujeito-objeto (liberal individual burguês), dá ensejo e justifica o decisionismo e as arbitrariedades. O novo princípio assume, então, uma função de baliza hermenêutica jurídica, afastando-se do modelo positivista clássico e das teorias da argumentação.

IX - É claro que os princípios não são o único (nem o principal) problema do neoconstitucionalismo. 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 operacionalizadas de acordo com a nova dinâmica, ainda não proposta pela

maioria dos nossos operadores do direito, que insistem em trabalhar sob o paradigma do modelo anterior. Assim, é imprescindível que se construam teorias novas, adequadas à nova estrutura constitucional. Uma das novas teorias propostas, a das normas (e dos princípios), foi a eleita para ser brevemente analisada neste trabalho, restando ainda a necessidade de construção e adoção de uma nova teoria das fontes do direito (doutrina, jurisprudência, tradição etc.), que devem assumir uma dinâmica produtora, não reprodutora, e, finalmente, de uma nova teoria hermenêutica (da interpretação) do direito, de cariz filosófico e sincronizada com o mundo dos fatos e a tradição. Somente assim as amarras com o passado poderão ser rompidas (superadas), a nova Constituição poderá ganhar vida e haja a ter possibilidade de, ampliando seu nível de concretude, alcançar o grau de constitucionalidade desejado, cumprindo sua tarefa de constituir uma nova realidade material, não formal, da qual já estamos cansados.

X - Concluindo, chegamos a uma encruzilhada: ou trabalhamos adequadamente o novo projeto de uma civilização desejável na perspectiva do Estado democrático de direito, que se encontra em andamento, ou o abandonamos, restando-nos criar um novo projeto ou, covardemente, contentar-

mo-nos e retornamos ao paradigma anterior e nos recolhermos ao mito da segurança positivista.

**The Philosophical
Hermeneutics as a
possibility condition
for the concretization
of rights in the new
millennium neo
constitutionalist
paradigm: issues to adapt
the neo constitutionalist
model of commitment and
transforming aspect to
late modernity countries**

Abstract

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: Neoconstitutionalism. modernity. Democratic State of right. Philosophical hermeneutics.

Notas

- ¹ Cf. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*.
- ² Não existe uma posição pacificada na doutrina a respeito da consumação, fracasso, incorrência, ou, ainda, do andamento de um projeto (inacabado), que chamamos de "modernidade". Vale lembrar Lenio em

sua obra *Hermeneutica jurídica e(m) crise* (p. 22): "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."

- ³ Cf. KUHN, Thomas. Introdução: um papel para a história. In: *A estrutura das revoluções científicas*.
- ⁴ Apelido pelo qual ficou conhecido o período de apogeu do estado de bem-estar social alcançado na Europa central no princípio do século passado.
- ⁵ 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. p. 26.
- ⁶ Idem, *ibidem*, p. 29-31.
- ⁷ CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para uma definição. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio (Org.). *20 anos da constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 207.
- ⁸ DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*, p. 15.
- ⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*, p. 29.
- ¹⁰ Idem, *ibidem* p. 27.
- ¹¹ Idem, *ibidem*, p. 37.
- ¹² Idem, *ibidem*, p. 40.
- ¹³ DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*, p. 14.
- ¹⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*, p. 44.
- ¹⁵ DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*, p. 79.
- ¹⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*, p. 45.

- ¹⁷ DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*, p. 15.
- ¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 16.
- ¹⁹ MALISKA, Marcos Augusto. *Pluralismo jurídico e direito moderno: notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade*, p. 25.
- ²⁰ Idem, *ibidem*, p. 28.
- ²¹ Idem, *ibidem*, p. 28.
- ²² Idem, *ibidem*, p. 3.
- ²³ Idem, *ibidem*, p. 43.
- ²⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*, p. XVI.
- ²⁵ Idem, *ibidem*, p. XVII.
- ²⁶ Idem, *ibidem*, p. XIX.
- ²⁷ Idem, *ibidem*, p. 59.
- ²⁸ DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*, p. 16.
- ²⁹ Idem, *ibidem*, p. 18.
- ³⁰ Idem, *ibidem*, p. 18.
- ³¹ Idem, *ibidem*, p. 77.
- ³² Idem, *ibidem*, p. 81.
- ³³ Idem, *ibidem*, p. 101.
- ³⁴ Não há consenso no que diz respeito ao fato nem ao tempo da mudança. Pode-se ir da década de 1950, segundo Tércio Sampaio até o final da década de 1970, segundo Boaventura de Souza Santos, com o final dos “gloriosos 30”.
- ³⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*, p. 147-8.
- ³⁶ Idem, *ibidem*, p. 155.
- ³⁷ MAIA, Antonio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neocostitucionalismo*. MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio (Org.). *20 anos da constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 397.
- ³⁸ O fato é que já se passaram vinte anos desde a promulgação da nova constituição sem que uma postura uniforme à resposta de sua natureza e meios de operacionalizá-la se aproximasse de um consenso.
- ³⁹ Pureza no sentido da ideia de possibilidade de categorizações genéricas e abstratas que possam dar conta de toda a realidade, de forma isenta, esta garantida pelo afastamento do mundo concreto onde, nos molde platônicos, encontram-se as imperfeições.
- ⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, p. 356.
- ⁴¹ Idem, *ibidem*, p. 360.
- ⁴² Idem, *ibidem*, p. 375.
- ⁴³ BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*, passim.
- ⁴⁴ Idem, *ibidem*, p. 136 et seq.
- ⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*, p. 143.
- ⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, p. 386.
- ⁴⁷ Idem, *ibidem*, p. 386.
- ⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 387.
- ⁴⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, p. 47.
- ⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, p. 409.
- ⁵¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, p. 34.
- ⁵² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, p. 433.
- ⁵³ Idem, *ibidem*, p. 447.
- ⁵⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, terceira parte, passim.
- ⁵⁵ NETTO, João Uchoa Cavalcanti. *O direito um mito*, p. 15.
- ⁵⁶ MAIA, Antonio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neocostitucionalismo*. MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio (Org.). *20 anos da constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 395.
- ⁵⁷ CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para uma definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio (Org.). *20 anos da constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 202.
- ⁵⁸ Idem, *ibidem*, p. 198.

- ⁵⁹ CERQUEIRA, Marcello. *Cartas constitucionais: império republica e autoritarismo*, ensaio, crítica, documentação, p. 152.
- ⁶⁰ Idem, p. 134.
- ⁶¹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 178.
- ⁶² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 291 et seq.
- ⁶³ CERQUEIRA, Marcello. *Cartas constitucionais: império republica e autoritarismo*, ensaio, crítica, documentação, p. 4.
- ⁶⁴ Idem, ibidem.
- ⁶⁵ Preâmbulo da Constituição Federal brasileira de 1988.
- ⁶⁶ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*, p. 17.
- ⁶⁷ Idem, ibidem, p. 28.
- ⁶⁸ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*, p. 55.
- ⁷⁰ Valemo-nos de Suzanna Pozzolo no sentido de deixar claro que, mesmo em correntes positivistas, a ideia de que os princípios são normas é adotada, não sendo reduzidos simplesmente a mandados de otimização ou indicativos de valores válidos para a prática da ponderação.
- ⁷⁰ Idem, ibidem, p. 86-87.
- ⁷¹ Idem, ibidem, p. 90.
- ⁷² Idem, ibidem, p. 90.
- ⁷³ Idem, ibidem, p. 91.
- ⁷⁴ 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. p. 396.
- ⁷⁵ Ver BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*.
- ⁷⁶ 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. p. 21.
- ⁷⁷ As normas e princípios que cuidam das normas fundamentais diferem das demais segundo Jane Reis, por terem alto grau de abstração, forte carga valorativa e uma acentuada estabilidade por integrarem o cerne fixo da Constituição. p. 3.
- ⁷⁸ Ver ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*.
- ⁷⁹ CERQUEIRA, Marcello. *Cartas constitucionais: império republica e autoritarismo*, ensaio, crítica, documentação.
- ⁸⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, p. 286.
- ⁸¹ Outro mito de origem comteana, que constitui uma das bases das propostas positivistas a que nos acostumamos e às quais repetimos de forma mecânica.
- ⁸² É o rótulo mais utilitarista que se pode atribuir aos excluídos e marginalizados (no sentido de estar à margem).
- ⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*, passim.
- ⁸⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*, p. 86.
- ⁸⁵ Idem, ibidem, p. 86.
- ⁸⁶ Idem, ibidem, p. 86.
- ⁸⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*, p. 145.
- ⁸⁸ Idem, ibidem, p. 145-146.
- ⁸⁹ 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. p. 93.
- ⁹⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*, p. 149-150.
- ⁹¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, p. 1.
- ⁹² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, p. 20.

- ⁹³ Expressões de Capelleti usadas por Jane Reis, in: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, p. 21.
- ⁹⁴ Idem, ibidem, p. 21.
- ⁹⁵ Idem, ibidem, p. 3.
- ⁹⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, p. 23.
- ⁹⁷ Idem, ibidem, p. 30.
- ⁹⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*, p. 13.
- ⁹⁹ Como tantas outras características do direito inerente ao modelo liberal individual burguês regido pelo esquema sujeito-objeto.
- ¹⁰⁰ 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. p. 239.
- ¹⁰¹ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Passim.
- ¹⁰² Idem, ibidem, p. 18.
- ¹⁰³ Idem, ibidem, p. 18.
- ¹⁰⁴ MAIA, Antonio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoinstitucionalismo*. MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio (Org.). *20 anos da constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 399.
- ¹⁰⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*, p. 1-17.
- ¹⁰⁶ Idem, ibidem, p. 57-70.
- ¹⁰⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*, p. 163-175.
- ¹⁰⁸ Idem, ibidem, p. 123-143.
- ¹⁰⁹ Idem, ibidem, p. 175-193.
- ¹¹⁰ Idem, ibidem, p. 175-193.
- ¹¹¹ Idem, ibidem, p. 247-254.
- ¹¹² Idem, ibidem, p. 254-281.
- ¹¹³ Idem, ibidem, p. 254-281.
- ¹¹⁴ DANTAS, David. Introdução à teoria dos princípios constitucionais. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio (Org.). *20 anos da constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9.
- ¹¹⁵ DANTAS, David. Introdução à teoria dos princípios constitucionais. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio (Org.). *20 anos da constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4.
- ¹¹⁶ DANTAS, David. Introdução à teoria dos princípios constitucionais. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio (Org.). *20 anos da constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 7.
- ¹¹⁷ MAIA, Antonio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoinstitucionalismo*. MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio (Org.). *20 anos da constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 339.
- ¹¹⁸ Idem, ibidem, p. 254-281.
- ¹¹⁹ Idem, ibidem, p. 254-281.
- ¹²⁰ Idem, ibidem, p. 310-321.
- ¹²¹ Idem, ibidem, p. 310-321.
- ¹²² Idem, ibidem, p. 365-371.
- ¹²³ 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. p. 241.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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. De Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Wahrheit und methode. Trad. de 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. 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, 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 Ômega, 2001.