



A FORMAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO E SUA PREVALÊNCIA NA CONTEMPORANEIDADE

Vitor Costa Oliveira¹

RESUMO

A materialização da constituição como norma jurídica fundamental e suprema do ordenamento jurídico do Estado moderno não é resultado da sua imposição formal ou teórica, mas sim de motivações políticas, sociais e filosóficas. A norma jurídica, por si só, como qualquer outra linguagem, não possui um significado senão aquele que lhe é encarnado no momento da sua produção: não existe essência, e sim história. Para buscar as raízes da compreensão da constituição como norma jurídica materialmente superior, foram analisadas as motivações mencionadas que, embora estudadas de forma compartimentada, respondem por processos semelhantes de ocorrência. O direito não escaparia imune à virada epistemológica da ciência, a uma nova compreensão da filosofia, e a imposição, no pós-guerra, de um novo modelo de Estado.

1 INTRODUÇÃO

Apesar de Kelsen, apoiado na jurisprudência dos conceitos, ter sistematicamente hierarquizado o ordenamento jurídico, localizando no ápice da pirâmide as normas constitucionais, a força cogente – normativa e ideológica – das Cartas políticas só veio de fato a se manifestar sob o ordenamento jurídico (notadamente na seara jusprivatística) a partir de giros teóricos e filosóficos de diversos matizes, que deram origem, no campo, jurídico ao fenômeno contemporâneo chamado de neoconstitucionalismo. Tal expressão busca explicar justamente que o constitucionalismo encontra-se sob uma nova fase histórica, de sobreposição jurídica e relevância política jamais notada.

Com efeito, destaca-se recorrentemente na hermenêutica hodierna a pujança das Constituições nos ordenamentos jurídicos, seu papel diretivo e sua função

¹Mestre em Sociologia e Mestrando em Direito, ambos pela Universidade Federal de Sergipe (UFS).
Graduado em Direito (UFS)



filtragem diante das normas inferiores. Destacam-se como características marcantes deste neoconstitucionalismo, como apontado, por exemplo, em Luís Roberto Barroso (2005) e Ana Paula Barcellos (2005): a) a superioridade da constituição; b) a normatividade da constituição (destacando-se a normatividade dos seus princípios); c) a característica de "filtragem constitucional" (as normas infraconstitucionais, todas elas, são interpretadas a partir da constituição e invalidadas no caso de desobediência, mesmo – e aí a grande mudança – se analisadas em choque com o direito privado); d) a adoção de posicionamento programático **diretivo**, calcado na escolha de patamares ideológicos.

O estudo das novas manifestações do constitucionalismo no direito contemporâneo – em vias de pós-positivismo – está merecendo destaque na doutrina mais especializada, ainda que suas manifestações ainda causem certo estranhamento à maioria, acostumada com a simplicidade do positivismo. Este trabalho, ainda que se trate de neoconstitucionalismo, não tem como objetivo principal, contudo, destrinchar as características desse movimento – algumas delas acima noticiadas – mas põe seus esforços a desvendar os motivos ou origens, ou, noutra dizer, a formação do terreno em que puderam repousar novos elementos do direito constitucional. O neoconstitucionalismo não é um auto-referencial, senão que provêm de uma série de mudanças de concepção filosóficas e político-sociais, as quais, ao que parece, elegem como mais eficaz meio de tratar suas demandas a Constituição vista de uma nova forma. Além, pois, de considerar como objetivo buscar as suas fontes, o trabalho defende que ele se apresenta como melhor referencial jusfilosófico da contemporaneidade. Tal está claro na conclusão do texto.

O texto traz basicamente quatro partes, com suas subdivisões: a primeira trata do que chamamos "giro científico-epistemológico", fundamental, a nosso ver, para compreender a derrocada do paradigma juspositivista e a atual hermenêutica constitucional; a segunda, do giro político-social, relevante para compreender o novo papel assumido pelo Estado notadamente após a segunda guerra e, em consequência, compreender o caráter dirigente das constituições atuais; a terceira mergulhará já na Filosofia do Direito, trazendo alguma comparação entre o paradigma positivista e o (chamado) pós-positivista, onde se enquadraria o



neoconstitucionalismo; por último, ressalta-se o perfeito encaixe do neoconstitucionalismo diante da proposta filosófica e política da contemporaneidade.

Tratemos inicialmente da mudança apreciada no campo científico-epistemológico, ressaltando já a complexidade da questão, que tem a ver com a mudança de ares e a falta de parâmetros que nos trazem aquilo que calhou denominar-se "pós-modernidade"¹. No momento da abordagem jurídico-hermenêutica será melhor compreendida relação entre os temas propostos nos dois próximos tópicos.

2 GIRO CIENTÍFICO - EPISTEMOLÓGICO.

Os postulados da ciência moderna, traçados no século XVII, carregavam consigo a marca da influência de o cartesianismo de Renè Descartes e do mecanicismo universal de Isaac Newton.² O primeiro traçou uma espécie de raciocínio linear, fundado na matemática analítica, que dentre diversas características destacam-se possibilidade de capturar a verdade, filosoficamente fundada na razão, e a de nunca se poder encontrar mais de um juízo correto sobre o mesmo tema³, pois havendo uma explicação matemática, racional, apenas uma solução poderia ser válida. Já a mecânica newtoniana conseguiu traçar um mundo com um ordenamento perfeito e de características universais, todo ele explicável pelas fórmulas encontradas nos fenômenos naturais, fundada numa relação de causalidade constante, competente mesmo para, a partir de dados prévios, prever os movimentos ainda não

¹ Para uma boa compreensão do tema, conferir: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência Pós-moderna**. São Paulo, Graal, 1989; MORIN, Edgard. **Ciência com consciência**. Tradução: Maria D. Alexandre, Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

² Para uma análise resumida da construção destas teorias e suas influências no mundo contemporâneo, conferir CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 1986; SANTOS, Boaventura de Sousa, **Discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2003.

⁴ Dado que, segundo Descartes, caso algum tivesse uma visão clara e nítida dela, poderia expô-la ao adversário de tal modo que acabaria por forçar-lhe a convicção. (PERELMAN, 1996a).



ocorridos. Como disse Santos (2003:31) acerca desta faceta, "tudo o que aconteceu teria tido uma causa definida e dado origem a um efeito definido, e o futuro de qualquer parte do sistema podia – em princípio – ser previsto com absoluta certeza".

No que pertine mais aproximadamente a este trabalho, que trata de uma ciência cultural – o direito – deve-se dizer que, posteriormente, no século XIX, esta relação de causalidade, que pode ser também denominada de determinismo mecanicista, esta é tomada como método na elaboração dos primeiros estudos de ciências sociais, empreendidos, como sabido, por Augusto Comte. Nasce, pois, a escola positivista, que tem como destacável característica a pretensão de poder-se estudar a sociedade a partir dos mesmos métodos investigativos utilizados pelas ciências naturais – daí a denominação de "física social", utilizada pelo próprio Comte. (ANDERY *et al*, 1996).

É comum hodiernamente considerar falha uma solução desta espécie face a reconhecida subjetividade da ciência social – não parece ser possível tratar com o mesmo grau de desapego política e botânica – e a característica reflexiva desta ciência (explicada mais adiante). Contudo, o paradigma que formulou tal construção teórica fundava suas idéias num ideal iluminista de razão pura o qual justificava ser a grandeza do ser humano suficiente para superar quaisquer contingências apaixonadas ou subjetivas, assentando que a neutralidade e a objetividade da ciência eram postulados indebatíveis⁴. Este paradigma, no seu aspecto epistemológico, sustentava-se fundamentalmente, pois, em tais premissas: 1) a infalibilidade da razão humana; 2) a neutralidade do observador e objetividade da ciência e o determinismo mecanicista; 3) estudo das ciências naturais a partir dos mesmos métodos utilizados para o estudo da natureza. Tais características serão a seguir abordadas, de forma crítica, e sugerindo que uma nova realidade científico-epistemológica surge sobre os escombros do positivismo.

⁵Para uma análise filosófica do "sonho iluminista" ver GRAY, John. Cachorros de Palha. Record, Rio de Janeiro, 2006; Al-Qaeda e o que significa ser moderno. Rio de Janeiro, Record., 2004. GIANETTI, Eduardo. Felicidade. Companhia das Letras. São Paulo, 2003.



2.2 Ascendência de uma nova concepção de ciência social – o direito é também objeto da cultura.

Ainda no século XIX, Dilthey (1956) passou a distinguir as ciências entre "físico-naturais" e "ciências do espírito", reservando para esta última aqueles saberes em que não podia observar-se ou experimentar-se empiricamente. Para elas, cunhou o termo "compreender", em contraposição ao "explicar" constante no paradigma mecânico: "explicamos a natureza, contudo compreendemos (Verstehen) a vida do espírito" (*apud* Lopes, 2000). Por sinal, Dilthey cuida especialmente de localizar direito como ciência do espírito, pois no direito "subsiste sem confusão o histórico-vital e o organizativo social" (*idem*). Corroborando esta perspectiva de autonomia científica e de crítica ao paradigma positivista, outros fatores podem ser relacionados como impulsionadores de uma nova concepção científica. Destacamos três, em contraponto direto àquela tríade de características epistemológicas acima apontadas em relação ao positivismo.

2.2.1 Razão, (in)certeza e retórica

Segundo Edgar MORIN (2001) na modernidade – que, aqui, remete-se ao positivismo, em contraponto ao pós-positivismo e pós-modernidade – a razão torna-se o grande mito unificador do saber, da sociedade e da política. Há-de viver segundo a razão, isto é, repudiar os apelos da paixão. No caso da ciência, mais incompatível tornam-se apelos emocionais. A verdade impõe-se apenas ao espírito racional, desinteressado (SANTOS, 1989).

O racionalismo que se desenvolveu mais claramente no Iluminismo sofreu profundos abalos que acabaram por desmistificar sua totalidade e pureza. Se antes havia "uma base transcendental de valores" (GIDDENS, 1991:50), também de caráter universal e absorvida pelo espírito racional, hoje se defende, com GADAMER, que toda compreensão é histórica, está imersa em prejuízos e a razão não é absoluta nem sequer dona de si mesma, senão que está referida ao dado no qual se exerce.

A razão deveria implicar, dentro daquele contexto, a presunção absoluta de certeza. A certeza científica, já que o mundo seria mecânico e previsível, lograr-se-ia



alcançada. Também esta faceta acaba degradingolada. Mesmo Karl Popper – segundo Giddens, um filósofo que ferrenhamente defende as reivindicações da ciência à certeza – reconhece que "toda ciência repousa sobre areia movediça" (apud GIDDENS, 2001:46) Descendo então das nuvens em que chegou o ideário racional, e observando uma ciência modificada pelo reencontro da razão com a prática, interessante notar que a certeza científica – não expurgada de todo – fora complementada pela noção da verdade construída: a certeza, ou a verdade, é um dado encontrado dentro de um debate historicamente localizado, e não imposto pela razão. Santos (1989:111) afirma que "a verdade é o resultado que se obtém quando se assenta a poeira de uma discussão".

Diante deste quadro em que a verdade não é mais captada, mas edificada dialogicamente, a filosofia e as ciências sociais recuperam a retórica aristotélica, esquecida na modernidade em função de sua assimetria com as ciências matemáticas. Sua função reside em – já que a verdade é buscada argumentativamente – sistematizar as questões e argumentos relevantes a um auditório (SANTOS, 1989).

Desta curta digressão, pode-se concluir dois pontos relevantes para a compreensão do giro científico-epistemológico:

- 1) O agir racional é possível, contudo não é absoluto no tempo ou no espaço. Os valores são traçados por prejuízos e tradições; as variações culturais moldam as instancias éticas sem que a razão possa interferir claramente nesse resultado.
- 2) Não havendo uma verdade inquestionável, e considerando "maníaca" a idéia de uma ciência pura, decantada (MORIN, 2001) dilui-se a noção de aplicação matemática da ciência, pois vazia de sentido. A retórica retoma o púlpito e as ciências da cultura são, mais claramente, sua platéia atuante.

2.2.2 Reflexividade.

A noção de reflexividade insurge-se em face de dois postulados epistemológicos legados da racionalidade científica: a objetividade e a neutralidade. Estas, numa acepção válida, remetem ao relacionamento sujeito-objeto, e da



possibilidade das interferências mútuas que acabariam por perturbam a produção da verdade científica.

Convencida, como acima demonstrado, das limitações do racionalismo, a epistemologia das ciências sociais desabona também a possibilidade de conhecimento inteiramente objetivo e desinteressado no âmbito dos chamados objetos da cultura. Assumindo, por outro lado, este viés bastante franco, resolve por utilizá-lo exatamente como forma para construir uma outra via de acesso ao conhecimento científico. A reflexividade é uma postura científica de assumir as fraquezas dos sujeitos da relação científica, e sua proposta é que, assumindo tal impossibilidade de neutralidade pura nessa seara do conhecimento, a intersubjetividade seja a objetividade possível. Como afirma Sousa SANTOS (1989:75), em resumo a este entendimento, diz-se que a "precariedade do conhecimento científico está inscrita no próprio caráter social e construído do conhecimento, e não é, por isso, superável. Pode, no entanto, ser atenuado, na medida em que tal caráter se torna visível e manifesto e é assumido intersubjetivamente".

2.2.3 Método: a negação da "física-social".

O determinismo mecanicista do positivismo, que tratava como matemática as relações sociais – entre elas o direito – passa a encontrar forte resistência de escolas avessas a esta concepção que vêm agora a exigir para as ciências sociais estatuto epistemológico próprio. Como diz SANTOS (1989:22) "o uso do determinismo mecanicista nas ciências sociais encontra dificuldade os fenômenos sociais têm um elevado índice de subjetividade e como tal não se deixam captar totalmente pela observação objetiva e rigorosa". A exclusividade metodológica, universal, vista como a pureza da ciência antes, agora o é como nada mais que uma viseira de asnos, para utilizar o mesmo tom pouco sutil de Santos .

De tal arte, o posicionamento metodológico do positivismo, de tratar a sociedade a partir de uma física social, como se seus componentes seguissem a leis predeterminadas não encontra afago na ciência atual, em que se bem diferencia as ditas ciências do espírito das físico-naturais. As leis físicas imprimem o que é



enquanto, por exemplo, as disposições éticas expressam o que deve ser. O conhecimento físico-natural é acumulativo – ainda que exposto à falseabilidade – enquanto o histórico-social é formado em giro, em retornos, uma compreensão cíclica que se aprimora é alimentada ou desgastada pelas demais formas de compreensão imersas historicamente (COELHO, 1997).

O empenho em retrucar o positivismo deu-se certamente em função da inviabilidade filosófica do seu método, contudo, não apenas por isso. A física-social, como tida, correspondia aos anseios da burguesia pós-revolucionária que necessitava de uma ideologia científica pouco chegada à mudanças bruscas. A "ordem" conclamada pelo positivismo juntava-se a seu discurso mecânico de que tudo na sociedade estava em seu devido lugar, e cabia ao homem – dado que a história era linear e já montada – apenas... **resignar-se!** (ANDERY *et al.*, 1996). Vale estudar, assim, as condições sociais desta mudança de postura, não apenas para entender tal faceta filosófica – o que é até secundário no texto – mas principalmente, para vislumbrar como ambas influenciam na mudança de postura jusfilosófica e na construção do neoconstitucionalismo.

3 GIRO POLÍTICO- SOCIAL.

O cenário temporal-espacial deste tema é mais recente que o anterior visto que, se aquele fincou suas raízes iniciais com o Renascimento, a ordem político-social hoje conhecida deita raízes na alvorada dos Estados constitucionalistas modernos, forjados em sua maior parte dos modelos trazidos pelas revoluções francesa e americana.

O "giro" político a que nos remetemos diz respeito à mudança de concepção no que toca à democracia e ao papel do Estado, experimentado inicialmente como uma democracia liberal-individualista, geradora do Estado Liberal, cambiada principalmente depois da 2ª guerra para uma democracia material geradora de um Estado Social ou *welfare state*. (HOBSBAWN, 2003) O giro social pode ser causa ou consequência do político – não será aqui discutido – mas consubstancia-se



principalmente pela defesa da pluralidade social e da participação do Estado na construção da sociedade.

Com efeito, o início dos Estados democráticos trouxe aos ordenamentos jurídicos e às ideologias jurídicas o reflexo do temor do Estado absoluto, de um lado, e a tentativa de manutenção do *status quo* burguês, doutro. A reverência ao que chamamos hoje de direitos de 1ª geração, correspondente ao *status libertatis* de Jelinnek, vinha dizer que o Estado não deveria invadir a esfera individual do cidadão – notadamente sua propriedade – e que não deveria intervir nas relações individuais, regulando-as ou limitando sua sistemática. (BARROSO, 2005). As relações privadas tornaram-se o cerne da cultura jurídica, e a crença de que sociedades e mercados têm perfeito e harmônico funcionamento exigia que o Estado se abstinhasse de qualquer forma de regulação. As investidas contra tais idéias tiveram início com Marx e Engels e as revoltas operárias que exigiam proteção estatal, logrando a obter as primeiras manifestações do direito trabalhista, claro óbice à liberdade de contratar.

Pois bem. Após desastre econômico do liberalismo com a grande depressão e o desastre da raça humana com as grandes guerras uma nova concepção de democracia tomou fôlego e passou a dirigir boa parte dos Estados constitucionalistas. A democracia material exigia do Estado maior participação, direção e assistência nos assuntos públicos e daí surge o Estado Social, símbolo da "era de ouro" (HOBSBAWN, 2003). Esta mudança vai trazer para um direito uma nova perspectiva de atuação já que, tendo agora o Estado tanto obrigações negativas como positivas, o debate acerca do instrumental de atuação judicial quanto a estas últimas vai sair das regras simples de proibição para as cláusulas potenciais de ação – o que dá origem, no campo da hermenêutica jurídica, à normatividade dos princípios.

Nota-se, de outro lado, a defesa da participação plural da sociedade, apontada, dentre outras idéias, na democracia discursiva de Habermas, "contra a compreensão da política centrada no Estado, procurando-se dar vida a uma rede de comunicação e participação estruturante de uma sociedade democrática (*apud* Canotilho, 1998:1263); na teoria pluralista de constituição e sociedade de Häberle (1997); na sociologia pragmática de Giddens,(2002) tratando do surgimento de novos grupos de demandas sociais; e Santos (1995), na apresentação de sua visão eco-socialista.



Sendo o direito um objeto da cultura, as tendências políticas e sociais de uma época certamente determinam a maneira de construir e pensar o instrumental jurídico. Por isso, considerou-se importante tais palavras, que serão postas em comparação com as que vêm a seguir, acerca de hermenêutica jurídica e a da posição diretiva da Constituição dentro do ordenamento jurídico.

4 GIRO JURÍDICO-HERMENÊUTICO.

As considerações acima feitas serviram de apoio para o objetivo central do trabalho, que é apresentar a rota seguida pelo direito até encontrar-se com o neoconstitucionalismo, acentuando a prevalência dos seus postulados numa sociedade democrática e num direito que pretende legitimar-se materialmente perante esta sociedade. Entende-se que tal caminho foi trilhado a partir de um giro hermenêutico e outro político, não podendo desconsiderar-se a interpenetração de ambos.

4.1 Lógica formal e legitimação na hermenêutica positivista.

A lógica formal referida no tópico 2 caiu como uma luva para a burguesia pós-revolucionária, que vê seus interesses refletidos na escola da exegese. Uma aplicação mecânica do direito faria com que a produção legislativa da burguesia não encontrasse óbice na sua aplicação, no judiciário. Assim, na hermenêutica positivista, deve o intérprete "proceder *more geometrico*, deduzindo o sentido oculto da lei mediante procedimentos filológicos e lógicos" (COELHO, 1981:326). A assertiva "não conheço o direito civil, só ensino o Código de Napoleão" de autoria de Bugnet (Perelman, 1996), sinalizava que "a tarefa do jurista, para a exegese, era ater-se rigorosamente ao texto da lei" (COELHO, 1981:328) e que para o positivismo, o momento era de "fechar as portas da interpretação" (MIAILLE, 1994) atendo-se à literalidade da lei. Essa atitude epistemológica impõe ao direito que dê com os ombros para as nuances sociais e políticas que envolvem a sua atuação prática, irresponsabilizando-se pelo seu agir, e assim resguardando os interesses burgueses insertos na norma.



Para justificar este comportamento indiferente, de "ater-se apenas ao texto da lei", duas idéias elaboradas pelo positivismo jurídico foram fundamentais: 1) uma de cunho epistemológico geral, acima já descrita, defendendo que a metodologia das ciências sociais deveria pautar-se nos mesmos moldes mecânicos das ciências naturais. Seu efeito seria que, num direito racional com aplicação matemática, a lei seria tida como justa ou válida sem indagação do seu conteúdo ético ou seus efeitos práticos (COELHO, 1981:314); 2) a separação da realidade jurídica da realidade social, dividindo-as em duas ontologias distintas, dois universos paralelos: o "ser" e o "dever-ser", como quis expressar Kelsen para defender a teoria pura do direito (KELSEN, 1996). O direito agiria apenas no campo do dever-ser, um universo particular, distante e mesmo ignorante das desventuras humanas.

Este comportamento hermenêutico introspectivo influi sobremaneira na relação entre democracia e direito (o que interfere no aspecto sociopolítico, pois), já que indiferente ao que ocorre fora do ser universo particular, não cabia ao direito explicitar suas condutas de modo a **legitimar-se**, já que legalidade e validade normativa era a legitimidade máxima que o direito positivista moderno admitiria (WARAT, 1979). Ou, como diz outro autor, a teoria pura do direito(...)reduz a legitimidade à efetividade das normas válidas" (ULHÔA COELHO, 2005).

Na verdade, na escola da exegese, os juizes deveriam justificar suas decisões perante o legislador, apontando a lei *in casu* e fundamentando-a como buscasse na interpretação o "espírito do legislador" (WARAT, 1979). A aplicação do direito (tarefa judicial) procurava legitimar-se ante a produção do direito (tarefa legislativa), como se o destinatário da norma fosse o legislador e não o jurisdicionado. Importante notar que, com Kelsen, já há uma evolução no sentido de que a lei não comporta apenas um significado, mas vários dentro de uma moldura interpretativa. Ocorre que Kelsen nem oferece parâmetros para limitar tal moldura e, pior, coloca que **qualquer posição adotada dentro desta moldura é válida – caso formalmente (estatal) correta –** e sua explicação cabe à política jurídica⁵. Assim fazendo, o jurista austríaco

⁵ A esta construção que premia o arbítrio injustificado, Perelman lhe atribui o epíteto de "escandalosa". Eis: "As teses apresentadas por esse mestre incontestado do pensamento jurídico, com a clareza e a força convincente que lhe caracterizam todos os seus escritos questionavam tantas idéias comumente aceitas, resultaram em tantas



simplesmente desconsidera a necessidade de legitimação do poder judiciário por meio da discussão das suas posições e a responsabilidade de sua prática. A legitimidade do direito – e do Judiciário – é, nesse sentido eminentemente formal; ocorre que, sendo legitimidade um conceito que vai se buscar na sociologia, ele não existe no campo formal. Por isso, não há espaço para a questão da legitimidade jurídica na hermenêutica positivista. Por isso, como dito acima, a legalidade ocupa o lugar da legitimidade.

4.2 A convergência político-filosófica para a hermenêutica constitucional.

4.2.1 A dialógica como método e a "ressureição" do direito.

Como visto no tópico 2, determinados fatores levaram a que se considerasse indevida a metodologia de se aplicar os método mecânico para se estudar a sociedade. Como elemento de produção cultural, deve também o direito possuir estatuto próprio de análise. Ao invés da lógica formal inflexível, surgem, pois, as soluções oferecidas pela lógica material ou dialética, melhor operada pela retórica. Chaïm Perelman foi um dos filósofos que mais se ocuparam deste tema, defendendo uma lógica específica para lógica jurídica. Segundo ele, "o que há de específico na lógica jurídica é que ela não é uma lógica da demonstração formal, mas uma lógica da argumentação, que utiliza não provas analíticas, que são coercivas, mas provas dialéticas (...) que visam a convencer ou, pelo menos, persuadir o auditório"(1996:500). O autor belga (re)apresenta a lógica dialética de Aristóteles, esquecida na modernidade em função de não se adaptar ao pensamento cartesiano, mas que encaixa-se perfeitamente no modelo pluralista das sociedades atuais, por

conseqüências paradoxais - sendo a mais escandalosa delas a referente à concepção tradicional da interpretação jurídica, bem como a do papel do juiz na aplicação do direito – que nenhum teórico do direito as podia ignorar nem se abster de posicionar-se a seu respeito" (Perelman, 1996:474)



preferir o diálogo à imposição. A lei passa, agora, de solução pré-definida, para parâmetro argumentativo.(PERELMAN, 1996)

O que se quer afirmar com essa nova postura filosófica é que o direito não deveria mais ser tratado como uma equação matemática. Ao contrário, trata-se de uma atividade *contextualizada*, que se leva a cabo em condições sociais e históricas determinadas (COELHO, 1997). No mesmo sentido Miguel REALE (1978:81) entende que a "interpretação dos modelos jurídicos não pode obedecer a puros critérios de Lógica formal, devendo desenvolver-se segundo exigências da *razão histórica* entendida como razão problemática" A abstração demasiada, a interpretação desconectada com o agir e o viver histórico-social, passam a ser vista como um óbice, o que exige que os juristas busquem um novo tipo de lógica para decidir com justiça (Dworkin) e/ou razoabilidade (Siches) suas causas.

Se o direito moderno explicava o apego à irrestrito à lei com a necessidade de separar os universos do direito e da moral, do direito e da sociologia, do direito e da política, criando a distinção entre ser e dever-ser, a pós-modernidade faz com que direito receba novo calor e pulsação a partir da negação de seu caráter puro e desligado do social e político. Nesse sentido, afirma-se que o que há em comum entre as correntes pós-modernas do direito é "a idéia de que o direito não é algo abstrato que deva ser procurado no setor do exclusivamente racional, mas um objeto que está aí, existente e real" (COELHO, 1981:1). Compreende-se, assim, que as condições de eficácia dos textos jurídicos – e em especial a constituição – resultam da correlação entre ser (sein) e dever ser (sollen), porque a sua pretensão de eficácia está condicionada pelas condições históricas da sua realização. (COELHO, 1997).

Então, os universos finalmente misturam-se para que o direito respire tenha a possibilidade de respirar a complexidade política e social que tem o compromisso de regular, a partir dos conflitos que lhes são apresentados.

4.2.2 A hermenêutica principiológica

Estas duas características – o enfraquecimento da lógica formal e a "ressurreição" do direito – fizeram com que, impreterivelmente, o direito passasse a



operar com cláusulas mais genéricas. Como dito, sendo os textos legais muitas vezes insuficientes para regular satisfatoriamente os conflitos jurídicos, a lei passa a operar como parâmetro argumentativo, recorrendo o decisor a outras fontes reconhecidas pelo direito para atingir uma decisão justa. É dizer: porque expande o seu horizonte hermenêutico, o intérprete alarga também o seu campo visual, que se torna mais rico pela incorporação de novos instrumentos de análise. Superando os condicionamentos que lhe encurtavam a visão, aquele que descortina *novos horizontes* capacita-se a ver mais e melhor, tanto no plano físico, quanto no plano espiritual. (COELHO, 1997). Paradigmática, nesse sentido, foi a decisão do Tribunal Federal alemão, citada por HABERMAS (1997), afirmando aquela corte que o direito não se identifica com a totalidade das leis escritas, havendo um sentido que deve ser encontrado pelo intérprete.

Entretanto – e esse é ponto essencial – a prática interpretativa, para não se tornar arbitrária e ilegítima, deve prestar contas à racionalidade – ainda que, como no caso, seja uma racionalidade intersubjetiva. Daí, por oportuno dizer, a brilhante intervenção de Ronald Dworkin quando defende a interpretação e motivação jurídica por meio de **princípios** (DWORKIN, 2002). Estes representam cláusulas gerais estabelecidas juridicamente, a partir da convergência da comunidade hermenêutica acerca de determinado elemento básico, essencial, da ciência jurídica e suas subdivisões (GUERRA FILHO, 2001). São, portanto, os *standards* juridicamente vinculantes (CANOTILHO, 1998) ou, pode-se ainda dizer, os parâmetros da elasticidade interpretativa exigida nos dias atuais.

Outra característica marcante, talvez a mais notável da hermenêutica pós-positivista, seja o reconhecimento, pela dogmática, da normatividade dos princípios (BARROSO, 2001). O enfoque positivista conferia aos princípios um vazio de conteúdo que os tornava algo parecido a uma carta de boas intenções. A sua debilidade para servir de parâmetro resolutivo de conflitos coincidia com o apego da ideologia liberal pelos códigos e pelo direito privado, em particular. Hodiernamente, contudo, entende-se que os princípios são proposições normativas, e não declarações descritivas. Isso por que, argumenta-se, "não há como separar regras e princípios da categoria normas, porquanto ambos se formulam com ajuda de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição." (ALEXY *apud* Bonavides,



2002:249). A nova realidade da atuação dos princípios rendeu e ainda vai render controvérsias épicas, mormente em função da lentidão do enfraquecimento do paradigma positivista e de alguns dos seus postulados liberais, com destaque para a sua visão de separação de poderes e a autonomia da vontade. Certamente, contudo, já está inserido na realidade da aplicação jurídica, servindo de parâmetro normativo, e mesmo na seara jusprivatista, como será mostrado adiante.

4.2.3 A questão da legitimidade

"Em uma sociedade moderna, exige-se que as decisões não apenas sejam dotadas de autoridade, mas também que apresentem suas razões". (AARNIO *apud* Coelho, 1997). Uma assertiva com este conteúdo destoa e contradiz plenamente o pensamento positivista colocado mais acima, especialmente no que toca à idéia de motivação professada por Kelsen. No que aquele entendia como bastante para a legitimação do direito a validade formal, confundindo equivocadamente validade com legalidade, outros autores, confessadamente fundados numa perspectiva democrática – ligada ao giro sociopolítico referido –, passam a afirmar a necessidade de legitimidade pública do direito.

HABERMAS (1997) ressalta o agir comunicativo como meio de o Estado e os cidadãos construírem a legitimidade necessária, intersubjetivamente, colhendo do direito uma perspectiva "republicana" (contrária ao paradigma liberal, de cunho privatístico) com enfoque numa releitura da teoria liberal dos três poderes e do papel da jurisdição constitucional. HÄBERLE (1997) invoca todos os "intérpretes da constituição" para construírem, também intersubjetivamente, um modelo de constituição plural, aberta e participativa.

Fincando os pés, contudo, na questão da demonstração de legitimidade a partir do conteúdo das sentenças judiciais, o tema contorna a teoria de Kelsen com mais especificidade, demonstrando desapego àquele paradigma autocrático em detrimento de outro, dialógico. Com efeito, diz-se, a responsabilidade do juiz converteu-se, cada vez mais, na responsabilidade de justificar suas decisões (AARNIO *apud* COELHO, 1997). No contexto de aprimoramento do Estado de Direito, já não basta apresentar razões normativas - reputadas necessárias, mas não suficientes - para justificar as



decisões jurídicas ou quaisquer outras de repercussão social. Torna-se necessário "justificar a própria justificação", oferecer uma motivação última e profunda, que se baseie em outras razões - tais como justiça, razoabilidade, oportunidade e correção. (ORTEGA). E este processo, ou comportamento, que enaltece a plena motivação judicial – que, de resto, representa o paradigma epistemológico pós-moderno, de considerar que no campo das ciências sociais a (inter)subjetividade é a objetividade possível – tem como objetivo último a legitimação política do direito.

5. A CONSTITUIÇÃO COMO INSTRUMENTO COMPETENTE PARA REGER O DIREITO PÓS-MODERNO (PÓS-POSITIVISTA)

Finalmente, todas estas características acabam convergindo para que o direito note que o melhor instrumento para operar suas novas realidades filosóficas, políticas, sua hermenêutica da cláusulas gerais, é a Constituição. É importante notar, pois – caminhando finalmente para os resultados do neoconstitucionalismo –, o perfeito encaixe do sistema interpretativo constitucional com as novas características do direito acima apontadas, quais sejam:

(A) a atuação da lógica material em detrimento da formal. A lógica material é dialógica; é democrática quando exige motivação pelo diálogo e legitimação pela participação (PERELMAN) Calcada numa hermenêutica que procura apre(e)nder com os fatos sociais os melhores caminhos para a solução dos conflitos, a compreensão desses fatores devem ser operados pelo consenso e pela argumentação (retórica) através de um processo intersubjetivo. Por ser a Constituição um "conjunto de possibilidades" (GRAU) campo aberto para debates, é aí que a tópica e retórica, representantes da lógica material, vão encontrar férteis arenas de solução de problemas, os melhores parâmetros argumentativos que o direito tanto procurava quando sentiu a fragilidade da lei.

(B) exigência hermenêutica das cláusulas gerais, operadas com parâmetros de racionalidade por meio dos princípios. Por ser exatamente local do ordenamento jurídico onde deságuam as diretrizes políticas, sociais e ideológicas da sociedade, a interpretação de um caso, mormente quando necessária que se faça ampla, vai dirigir



seus olhos àquelas premissas maiores da sociedade que se encontram imersos nas exatamente nas cartas constitucionais: seus princípios. Por outro lado, os princípios são utilizados como forma de limitar o arbítrio judicial, quanto mais se, como é o caso, tais princípios sejam densos em normatividade.

(C) a atuação do direito considerando suas repercussões sociais e políticas: o reencontro do *sein* com o *sollen*. O reaparecimento do direito como elemento da cultura, nele inserido e modificado faz relevante, além do efeito hermenêutico, a questão sua legitimação política, pois instância de poder. O Estado de Direito pode ser atingido sem esta legitimação, mas o Estado **Democrático** de Direito exige a legitimação política dos poderes pelos seus delegatários (HABERMAS, 1997). O tema da legitimidade do direito coloca-se numa esfera pública, distante do paradigma de direito privado apregoado pelo liberalismo. A exigência da "motivação das motivações", como acima colocado, transcende seu aspecto filosófico, também existente, para recair numa teoria de democracia, de direito publicizado, e sociologicamente, na demanda pluralística das sociedades modernas. Nesse sentido, e ressaltando a Constituição como ponto matriz dessa realidade, coloca muito bem HÄBERLE (1997): "o pluralismo se torna um grande denominador comum, no qual o Estado da Constituição livre do Ocidente encontra seu tipo: uma teoria democrática da Constituição"

6 CONCLUSÃO-SÍNTESE.

Enfim, para concluir e sistematizar tudo o que foi dito, pelo menos quanto ao aspecto jurídico-hermenêutico, pode-se justificar a tese da importância primacial da Constituição no paradigma hermenêutico pós-moderno (pós-positivista), da seguinte forma.

- Hermeneuticamente, como esta época opera-se melhor pelo consenso, é evidente que as decisões sejam tomadas a partir de enunciados gerais somado a um processo interpretativo conjunto (círculo hermenêutico) e não a partir de cláusulas fechadas que admitem apenas uma hipótese, restringindo o debate a sua razoabilidade. Nesse contexto, nada melhor que a Constituição, receita política e social dirigente



(interpretável por todos os agentes – Härbele) como bússola para guiar o restante do ordenamento jurídico;

- Metodologicamente, visto que o determinismo universalista mostrou-se inadequado no seio das ciências sociais, e dado que o direito é um produto da cultura, influenciado pela nuances políticas e sociais, é relevante que o direito seja interpretado a partir destas condicionantes, premiando a razão prática e a obtenção de resultados socialmente mais aceitáveis. À Constituição, como documento de cunho político-programático e social-dirigente, cabe esta função, devendo o intérprete utilizar-se de seus mandamentos – como p.ex., a dimensão normativa do pluralismo (Canotilho, 1998:1257) – e irradiar a ideologia democrática da Constituição ao restante do ordenamento, vinculando-o.

- Epistemologicamente, pois a lógica-formal que ocupou a filosofia em geral e a do direito em particular, retirando de raciocínios matemáticos suas conclusões foi substituída pela tópica e retórica, que buscam de espectros mais amplos de atuação, melhor funcionando em situações que lhes dêem mais fundamentos para resolver os problemas práticos postos em debate. Os Códigos apresentam soluções particularizadas e pontuais, ficando a dever na solução de casos difíceis e pobres diante de sociedade dinâmicas. A utilização mais freqüente dos princípios constitucionais e sua normatização pode ser vista como uma devida ampliação dos catálogos de *topoi* utilizáveis na seara jurídica.

- Politicamente, pois a democracia material exigiu que o Estado participasse ativamente da consecução dos ideais sociais de igualdade e justiça, empreendendo seus esforços neste objetivo ainda que o princípio da autonomia da vontade fosse repensado. Certamente é nesse aspecto que mais empiricamente evidencia-se a submissão dos Códigos às Constituições visto que os institutos e princípios de direito privado tiveram que se amoldar a uma nova ordem de prioridades: onde, no estado liberal, o centro do ordenamento jurídico era a propriedade, ou o usufruto do ser humano, no estado social, o ordenamento deve subserviência completa agora ao princípio da dignidade da pessoa humana.

- Socialmente, por fim, em virtude da necessidade de operar-se o sistema jurídico com a maior legitimidade possível, respeitando a pluralidade de idéias. Sendo a



Constituição um sistema aberto e repleto de possibilidades, há espaço para aquilo que Habermas chama de democracia discursiva e para a tese de Härbele, defendendo "o pluralismo como teoria e como práxis da Constituição" (*apud* Bonavides, 471). A Constituição é onde melhor situa-se o debate valorativo, e é o instrumento retórico pelo qual as grandes questões sociais são resolvidas. Tomada a solução destas questões, o importante é que tenha sido oportunizada a participação de todas as vertentes plurais no debate, o que confere a legitimação ao sistema e racionaliza as decisões. O desenvolvimento do ordenamento jurídico ocorre, nesse viés, a partir da atuação crítica dos mais variados atores [intérpretes] sociais, também detentores do leme da Constituição.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ANDERY, Maria Amália. **Para compreender a ciência: uma perspectiva histórica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, São Paulo: EDUSP, 1988. 446 p.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista de Direito Administrativo, v. 240, p. 83-103, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Revista de Administração e Negócios de Sergipe - fanesse - sergipe
Revista do Curso de Direito - Vol. 3 – Nº 1 – Dezembro/2013



Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: jus.com.br/revista/texto/7547>.

Acesso em: 18 set. 2007.

BONAVIDES, Paulo, **Curso de direito constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANOTILHO. J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 1986.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Direito e poder: ensaio de epistemologia jurídica**. São Paulo: Saraiva:1992.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 1997.

COELHO, Luís Fernando. **Lógica Jurídica e aplicação das leis**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

DILTHEY, Wilhelm. **Introducción a las Ciencias del Espíritu**. Madrid: Revista de Occidente, 1956.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. 2ª edição. Ed. Atlas, São Paulo, 1995

GIDDENS, Anthony. **Conseqüências da modernidade**.

_____. **Mundo em Descontrole**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges Rio de Janeiro: Record, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e**



procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia :entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro :Tempo Brasileiro,1997.

HOBBSAWN, Eric. **A era dos extremos.** São Paulo: Companhia das Letras. 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1996.

MICHEL, Miaille. **Introdução crítica ao direito.** Tradução: Ana Prata. Lisboa: Estampa, 1994.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência.** Tradução: Maria D. Alexandre, Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito.** Tradução: Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo, Martins Fontes, 1996.

PERELMAN Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação:a nova retórica.** Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo, Martins Fontes, 1996a.

REALE, Miguel. **Para uma hermenêutica estrutural,** *in* Estudos de Filosofia e Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 1978.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência Pós-moderna.** São Paulo, Graal, 1989.

_____. **Pela mão de Alice :o social e o político na pos modernidade.** 5ª Edição. São Paulo: Cortez. 1995

_____. **Um discurso sobre as ciências.** São Paulo: Cortez, 2003.

STRECK, Lênio. **A revolução copernicana do (neo)constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil – uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica.** Disponível no site. http://www.trf4.gov.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/lenioluizstreck.pdf. Acesso em 16/09/2006.

WARAT, Luís Alberto. **Mitos e teorias na interpretação.** São Paulo: Síntese, 1979.



Revista Do Curso de Direito

ISSN: 2236-3173