

O PARADIGMA DA DEIFICAÇÃO DA LEI E A TAREFA HERMENÊUTICA DE CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

*Cristiano Tutikian**

RESUMO: Este artigo analisa as causas que levaram à identificação do Direito com a lei e o conseqüente legalismo que domina o imaginário jurídico pátrio e dá causa à inefetividade da Constituição. Aborda a questão da reificação ou objetificação do Direito, partindo das influências das revoluções burguesas e de sua luta contra o Antigo Regime. Trata dos efeitos da importação acrítica dos modelos europeus no Direito nacional e, por último, os meios pelos quais o dogma da completude, atrelado ao iluminismo, pode ser superado.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente texto se propõe a analisar, brevemente, as causas que levaram à identificação do Direito com a lei e o conseqüente legalismo que domina o imaginário jurídico pátrio e dá causa à inefetividade da Constituição. Também será analisada a forma de superação do paradigma da completude, por meio da concretização da Constituição, construindo-se um paradigma condizente com um Estado Democrático de Direito.

No primeiro item, aborda-se especificamente a questão da reificação ou objetificação do Direito, a partir das

influências das revoluções burguesas e de sua luta contra o Antigo Regime. A igualdade e a liberdade almejadas com a Revolução Francesa têm como principal corolário o estabelecimento da lei como primordial fonte do Direito, expressando coerência e racionalidade e, por conseguinte, uma noção liberal de justiça. Esse modelo abstrato do Direito não é condizente com o modelo que, supostamente, vigora no Brasil, de Estado Constitucional e Democrático de Direito. O primado da lei, entretanto, acaba por se refletir em nível de compreensão, vinculando o intérprete a uma circularidade viciosa de repetição desse modelo inadequado, ignorando-se o papel transformador do próprio Direito.

No segundo item, são estudados os efeitos, no Direito pátrio, da importação acrítica dos modelos europeus, principalmente o modelo

* Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos – RS). Advogado no Rio Grande do Sul. E-mail: cristianotutikian@terra.com.br

do Código Napoleônico, utilizados como instrumentos da ideologia pessoal do liberalismo. Assim, o legalismo é consolidado a partir dos interesses econômicos da aristocracia rural então dominante, bem como a partir da incorporação de aspectos da teoria normativa de Kelsen, justificando a inefetividade das normas e princípios constitucionais, modelo este que é adotado, ainda hoje, na maioria dos cursos jurídicos.

Por fim, no terceiro item, a partir dos fundamentos do liberalismo e do constitucionalismo modernos, são analisados os meios pelos quais o dogma da completude, atrelado ao iluminismo, pode ser superado. O dogma da completude ignora a riqueza do universo hermenêutico. Conseqüentemente, ignora que a lei não é um ato livre, mas vinculado à Constituição. Assim, no Estado Democrático, o sentido universal é o sentido de Constituição, alçando os princípios constitucionais ao ponto culminante do rol das fontes do Direito. No Estado Democrático, a Constituição deve ser concebida como ordenação global do Estado e da sociedade, projeto de determinação de sua identidade.

2 A OBJETIFICAÇÃO DO DIREITO E A PRIMAZIA DA LEI: O DESCOMPASSO ENTRE A DEIFICAÇÃO DA DOGMÁTICA E O ESTADO DEMOCRÁTICO

A força do pensamento racionalista, estruturado sobre o modelo das ciências naturais, legou ao ocidente moderno e contemporâneo os ideais de soberania do povo, separação de poderes e a preponderância da lei e direitos do homem. A objetificação do Direito como instrumento de segurança

jurídica é conseqüência natural do processo de racionalização.

Alçada ao ponto culminante do rol das fontes do Direito no século XIX,¹ a lei representou uma nova cultura que rompeu com os costumes, criando um método rigoroso que permitia a sistematização institucional e completa de todo o Direito com base em alguns axiomas, desvinculando o texto dos fatos.² As revoluções burguesas estabeleceram as fundações à dominação racional e à hipertrofia da lei: o binômio direito natural/direito do rei cedeu ao monismo representado pelo direito positivo estatal, guiando o discurso jurídico à abstração legal, bem como o Direito à dissociação da realidade social.³

Ao destronar a religião reinante, o primado da razão ergueu-se a um nível de suprema devoção, sendo ela própria, a razão, deificada.⁴ A vinculação entre Direito e lei fez com que o ser fosse determinado pela aparência. A competência é o traço distintivo do positivismo, como critério de validade de uma norma jurídica, que

¹ Conforme GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, pp. 416-417.

² Jean Domat, nos seiscentos, é o mentor da codificação, criando um método que não é mais histórico, mas geométrico. A iniciativa do governo de criar um código somente foi atingida, no entanto, com o *Code Napoléon*, em 1804 (conforme MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Trad. F. J. A. Roig y M. M. Neira. Madrid: Trotta, 1998, p. 52).

³ Conforme CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, p. 123.

⁴ Conforme RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental: a aventura das idéias dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Trad. L. Alves e A. Rebello. 6. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 337.

encontra seu fundamento em outra norma hierarquicamente superior.

É na repetição desse modelo formal e abstrato que o Direito se perde na inefetividade das categorizações objetificantes. A teoria da norma é denunciada pelo formalismo contemporâneo, em que a Constituição é entendida (apenas) como normação geral, no ápice de uma estrutura piramidal, assim como concebida por Kelsen.⁵

A orientação metodológica legalista é, em sua essência, inexpressiva. A epistemologia que consagra a relação sujeito-objeto mergulha o Direito em uma abstração que fere sua instrumentalidade própria. Essa leitura conceitual do Direito, ao identificá-lo com a dogmática, o reduz à dimensão de instrumento (lei) de manutenção do *status quo*, incompatível com a noção de Estado Democrático.⁶

A objetificação do Direito, na medida em que identificado com a lei e esta com as codificações, ganha vida no imaginário

⁵ A essência da Teoria Pura do Direito se encontra justamente no fundamento de validade do sistema de Kelsen: “Fundamento de validade, isto é, a resposta à questão de saber por que devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas, é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir de harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz, e, portanto, de harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. J. B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 226).

⁶ “... é também razoável afirmar que o discurso jurídico-dogmático, instrumentalizador do Direito, é importante fator impeditivo/obstaculizante do Estado Democrático de Direito em nosso país – e portanto, da realização da função social do Direito –, traduzindo-se em uma espécie de censura significativa” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. rev. e at. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 93).

jurídico como se algo papável fosse, como se pudesse, pelo tato, ser definido. O tato é uma capacidade de percepção de situações, em virtude da ausência de um saber baseado em princípios universais. Com o tato podemos dizer alguma coisa. No entanto, não dizemos alguma coisa em sua essência, pois, pelo tato, buscamos contornar esse algo, ou seja, não esbarrar nesse algo, para que possamos passar ao seu lado. Como afirma Gadamer, o tato ajuda a manter a distância: “Evita o impacto, a proximidade demasiada e a invasão da esfera íntima da pessoa”.⁷

A redução do Direito à dimensão instrumentalizada da técnica importa em sua definição pelo tato, na medida em que não são enfrentadas as questões centrais de uma sociedade democrática. A própria objetificação é explicitada no corolário da leitura acríica do princípio da legalidade: o princípio da unidade sistemática. Esse princípio determina a existência de uma proibição intrínseca de contradição no ordenamento jurídico.⁸

Essa concepção se afasta do Estado Constitucional que supostamente vigora no Brasil. No regime democrático, o conflito é legítimo. Como afirma Streck,

⁷ Conforme GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Trad. F. P. Meurer. 5. ed. rev. Petrópolis: Vozes, 2003, pp. 52-53.

⁸ De acordo com Canotilho, para se enfrentar as questões político-constitucionais e jurídico-constitucionais de uma sociedade democrática, devem ser apontadas propostas positivas: “Rejeita-se, pois, a idéia de Estado como <<essência>> inerte ou <<repousante>>, existente em si, e da qual, *a posteriori*, se deriva uma grandeza autonomamente actuante” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 103-104).

“alteração, mudança, renovação constantes não significam caos. Ao contrário, conduzem ao engajamento, à identificação, mas nunca à uniformização”.⁹

A uniformização do Direito por meio da técnica em nome de pretensa segurança jurídica se reflete, negativamente, no nível da compreensão. A imposição do método nos mantém atrelados à velha hermenêutica tradicional que dividia o problema hermenêutico em *subtilitas intelligendi* (compreensão), *subtilitas explicandi* (interpretação) e *subtilitas applicandi* (aplicação), hermenêutica esta que se perdeu na autoconsciência histórica da teoria pós-romântica da ciência.¹⁰

⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 120.

¹⁰ Nesse sentido, Reale, ao estabelecer os fundamentos para um novo (?) paradigma hermenêutico: “Já declarei que a plenitude do ordenamento jurídico constitui um postulado da razão prático-jurídica, cuja legitimidade procurei esclarecer. No Direito pátrio, esse postulado é expressamente consagrado pelo Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil que estatui: ‘Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito’, o que é reiterado pelo Art. 126 do Código de Processo Civil. É óbvio que somente se pode falar em *omissão* ou *lacuna* quando se admite que algo deveria ter sido enunciado, e não o foi, o que revela que, no espírito do nosso ordenamento jurídico, este *deve ser* concebido como um sistema desprovido de vazios normativos... Analisemos o que se contém no lembrado Art. 4º, o qual, de início, se refere à *analogia*, que tanto pode ser *analogia legis* como *analogia iuris*. A complementação do ordenamento jurídico mediante recurso a uma outra disposição legal análoga, com base em razões de semelhança ou identidade de fins (*ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*), é, a meu ver, sinal de que o Direito pátrio acolhe e consagra a tese da plenitude sistemática do macromodelo do ordenamento” (REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. 1. ed. 3ª tir. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 118-119. Grifos no original).

A interpretação não é um ato posterior e complementar à compreensão. A interpretação, segundo Gadamer, *é a forma explícita da compreensão*, na medida em que *compreender é sempre interpretar*. Com isso, não se deve retirar do contexto da hermenêutica o terceiro momento da problemática, a aplicação. Ao revés, “na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete”. O processo unitário hermenêutico não é considerado apenas como a íntima fusão entre compreensão e interpretação, mas também a aplicação, ou seja, interpretar é concretizar, é aplicar, tarefa que não se resume a uma operação de silogística de subsunção, diante da primazia da hermenêutica sobre a dogmática.¹¹

A idéia objetificadora do Direito se reveste de um caráter de dominação do próprio ser do homem. O controle das ações humanas por meio de modelos dogmáticos rígidos e em descompasso com a dinamicidade das transformações sociais importa na dissociação entre o Direito e sociedade e, por conseguinte, entre o Direito e moral. A clausura do Direito nos limites do legalismo o torna instrumento amoral (e muitas vezes imoral) de legitimação do poder, no sentido de apropriação do Estado pelo personalismo representado pela supremacia dos interesses individuais e patrimoniais.

A vinculação do intérprete a uma atividade de repetição de modelos engessados na instrumentalização dogmática tolhe o Direito de seu caráter criativo, inovador e transformador. Reduz a própria compreensão

¹¹ Conforme GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I...* pp. 406, 407 e 433.

à reconstrução do modelo original o que, de acordo com Gadamer, “não passa de um exercício de transmissão de um sentido morto”.¹²

Como ensina Heidegger, o conhecer a si mesmo se funda previamente num já-ser-junto-ao-mundo, de modo que o ser-no-mundo é tomado pelo mundo de que se ocupa.¹³ Assim, o Direito, fora dos padrões da relação sujeito-objeto e de objetificação, não sai do interior de uma esfera interna, em que estava enclausurado, para uma esfera externa a fim de ser concretizado, em uma hipótese de silogismo normativo.¹⁴ Na abertura derivada de seu modo de ser originário,¹⁵ o Direito está sempre “fora”, sem que, ao mesmo tempo, abandone aquela esfera interna; ou seja, ao “estar fora” o próprio Direito está “dentro”,¹⁶ exatamente porque sua espacialidade não é corpórea. A concretização do Direito não se dá pela fixação de um ponto no espaço. O Direito não é o instrumento; a dogmática é o instrumento.

Pressupondo o desenvolvimento da sociedade a felicidade de seus cidadãos,¹⁷

¹² Idem, p. 234.

¹³ Conforme HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo – parte I*. Trad. M. S. C. Schuback. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 101.

¹⁴ Esta é a hipótese dos juízes de Montesquieu: “Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. Trad. C. Muracho. 2. ed. 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 175).

¹⁵ Nesse sentido, a abertura não fica restrita apenas a uma indeterminação semântica dos enunciados normativos.

¹⁶ Conforme HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo...* p. 98. Segundo Heidegger, a percepção do que é conhecido não significa um retorno a uma cápsula da consciência.

¹⁷ No sentido aristotélico. Vide *A política*, Livro III, Capítulo V, §11.

a funcionalização dos institutos jurídicos está necessariamente presente na idéia de um Direito ubicado na própria sociedade, legitimando moralmente a atuação impessoal do Estado transformador, noção esta inerente ao ideal democrático que, infelizmente, parece não se confirmar no Estado brasileiro.

3 O LEGALISMO COMO FORMA DE SEGURANÇA JURÍDICA: O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE MANUTENÇÃO DO *STATUS QUO*

Essa noção de Direito corpóreo e objetificado tem seus fundamentos na adoção de um modelo racional na esteira do modelo do Direito Civil francês, ou seja, do modelo do *Code Napoléon*. A começar que, no Brasil, os movimentos destinados à realização de reformas não decorreram de mobilizações populares, mas de inspirações intelectuais, iniciativa que partiu de algumas famílias poderosas, influenciadas pelo pensamento europeu.¹⁸

A importação acrítica dos complexos e acabados modelos europeus, sem a sua

¹⁸ Pertinente a lição de Holanda: “A fermentação liberalista que precedeu à proclamação da independência constitui obra de minorias exaltadas, sua repercussão foi bem limitada entre o povo, bem mais limitada, sem dúvida, do que o querem fazer crê os compêndios de história pátria. Saint-Hilaire, que por essa época anotava suas impressões de viagem pelo interior brasileiro, observa que, no Rio, as agitações do liberalismo anteriores ao 12 de janeiro foram promovidas por europeus e que as revoluções das províncias partiram de algumas famílias ricas e poderosas. ‘A massa do povo’, diz, ‘ficou indiferente a tudo, parecendo perguntar como o burro da fábula: Não terei a vida toda de carregar a albarda?’” (HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. 21ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 161).

adaptação à realidade brasileira, deu ensejo à utilização do Direito como instrumento da ideologia impessoal do liberalismo, já consolidada na Europa no final do século XIX. Essa ideologia importada foi acomodada aos interesses da aristocracia rural, enquanto na Europa essa mesma ideologia havia sido, contrariamente, alvo da luta burguesa contra a nobreza feudal.¹⁹

Tanto no Império como em boa parte da República, a economia manteve-se tipicamente colonial. A forma encontrada pela burguesia rural para a manutenção desse modelo semi-feudal, de seus privilégios econômicos e conseqüente ascendência social, foi manter o País subdesenvolvido, o que justificou sua inclinação ideológica ao liberalismo econômico, forma mais adequada de racionalização desse modelo. Já nas cidades, a burguesia mercantil imitava os hábitos e o estilo de vida de povos de maior desenvolvimento social e econômico, dando uma falsa impressão de desenvolvimento cultural.²⁰

Assim, os intelectuais brasileiros se inspiravam nos pensamentos dos povos mais adiantados, importando instituições que, na verdade, já se encontravam em declínio.²¹ A própria noção de poder advinha da estrutura da família colonial. Como conseqüência, predominava em toda a vida social sentimentos que eram próprios à comunidade doméstica que, em razão da inexistência de disputa interna de poder, era “naturalmente particularista e antipolítica”.

O cenário era propício para a invasão do público pelo privado, para a apropriação do Estado pela família.²²

A racionalidade do modelo napoleônico era, pois, adequada ao contexto nacional. Ao concluir o projeto do Código Civil em 1899, Clóvis Beviláqua demonstrava ter assumido uma posição firme contra as inovações de cunho social que já se incorporavam nas legislações de países com desenvolvimento mais adiantado. Em razão das condições sociais brasileiras – atraso econômico e concentração de riquezas – os movimentos de revisão do Direito Privado não foram assimilados. Entrando em vigor em 1916, não haveria, tampouco, como o Código Civil assimilar as transformações do primeiro pós-guerra. Enquanto na Europa se instaurava o Estado Social, tendo como marco mais significativo a Constituição de Weimar (1919), no Brasil a discussão social sequer existia, em razão da vigência do modelo colonial.²³

O modelo do *Code Napoleón*, portanto, assentava-se com perfeição à realidade brasileira. A propriedade individual, a autonomia da vontade e a responsabilidade individual eram seus princípios fundamentais.

²² HOLANDA, Sérgio Buarque de. *op. cit.* p. 82.

²³ “A ordem subjacente guardava as linhas mestras de sua Constituição rudimentar. Poucos anos antes, em 1872, o recenseamento acusava para o Brasil uma população de 9.930.478 habitantes. Gilberto Amado, considerando que o milhão e meio de escravos, o milhão de índios inúteis e os cinco milhões de agregados das fazendas e dos engenhos não podiam ser integrados no povo como realidade viva, reduz este a trezentas ou quatrocentas mil pessoas pertencentes às famílias proprietárias de escravos, os fazendeiros, os senhores de engenho...” (GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro...* p. 24).

¹⁹ Conforme Holanda, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil...* p. 160.

²⁰ Conforme GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 26-27.

²¹ Idem, pp. 26 a 28.

Por seu caráter individualista e liberal, os indivíduos eram livres para agir de acordo com sua vontade, sem qualquer constrangimento de grupos sociais ou mesmo do Estado. O caráter patrimonialista do Código, sob os auspícios das revoluções burguesas, é explicitado na preocupação com a regulação exaustiva da propriedade individual, em três quartas partes de seus artigos: “esta propriedade é, sem que isso se diga, essencialmente concebida como a de um indivíduo e não como a de um grupo ou coletividade; e este indivíduo, o proprietário, pode fazer dela o que muito bem lhe pareça”.²⁴

Não se deve, como bem afirma Eagleton, olvidar as conquistas das revoluções burguesas, a luta contra as brutalidades dos *anciens regimes* que nos legou importantes conquistas nas esferas da liberdade, justiça e direitos humanos, além de uma rica herança cultural.²⁵

No entanto, com a importação do modelo liberal, importamos também os pensamentos construídos a partir da noção hermética de unidade sistemática, ou seja, os modelos de aplicação do Direito, principalmente da Escola da Exegese. A análise textual ganhou relevo, explicando-se um artigo a partir do outro, isolando-se as leis do meio social no qual elas deveriam ser aplicadas, deduzindo-se soluções, teórica e dogmaticamente possíveis, por meio de processos silogísticos. E o fundamento para essa concepção é exatamente a doutrina legalista: todo o Direito está na lei e somente a lei diz o Direito.²⁶

²⁴ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito...* pp. 536-537.

²⁵ Conforme EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo...* Trad. E. Barbosa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 62.

²⁶ Conforme GILISSEN, John. *op. cit.* p. 516.

É interessante ressaltar, com Gilissen, que a Escola da Exegese consolida as correntes filosóficas e políticas dos grandes pensadores franceses do século XVIII, que apregoavam o estatismo, como concepção legalista de culto ao Estado e à soberania da nação, razão pela qual o legislador, apenas ele, poderia criar Direito; e o próprio racionalismo, pelo qual o processo de interpretação das leis deve se dar por meio de um processo racional e lógico, ignorando-se influências de cunho sócio-cultural.²⁷

Ao demais, a tradição jurídica pátria incorporou aspectos da Teoria Pura de Kelsen, a fim de justificar o legalismo e, por conseguinte, a inefetividade das normas constitucionais, em razão da determinação de competências, traço característico do positivismo jurídico.

Com efeito, a *Grundnorm*, como norma pressuposta, limita-se apenas a fixar uma regra de acordo com a qual as normas desse sistema devem ser criadas. A norma não é válida porque possui um determinado conteúdo, mas porque foi criada de acordo com uma forma determinada, ou seja, criada de acordo com uma forma fixada pela norma fundamental pressuposta. Assim, nenhuma ordem jurídica positiva pode ter sua validade negada em função do conteúdo de suas normas.²⁸

²⁷ Conforme GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito...* p. 516.

²⁸ “Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida [sic] de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito...* p. 221).

Essa expressão reificada do Direito, juridicizado pelo procedimentalismo e pelo formalismo jurídico, faz com que os enunciados normativos, abstratos, adquiram uma certa autonomia em face das referências morais, no sentido da teoria kelseniana. O Direito pode ser moral (justo), mas não tem necessariamente de o ser.²⁹ No próprio procedimentalismo se verifica uma forma de evitar-se a discussão moral, sob o aspecto substancial, idéia que possui em seu cerne a noção moderna de liberdade.

De acordo com Taylor, as noções antigas do bem platônico ou do bem viver aristotélico nos estabelecem padrões na natureza, independentemente da nossa vontade. Entretanto, a noção moderna de liberdade é incompatível com a existência de uma ordem da natureza que, por si própria, defina o que é o bem e o mal. A noção de liberdade que se desenvolve no século XVII retrata a independência do indivíduo no sentido de autodeterminação, sem interferência da autoridade externa. A vontade divina como direito do soberano de decidir acerca do que é bom, com a era moderna, é, analogamente, transferida aos indivíduos. Nos setecentos, essa linha de pensamento da filosofia moral é evidenciada na legitimação pelo contrato, ou seja, as ordens normativas devem originar-se na vontade,³⁰ como se verifica, por exemplo, no pensamento de Locke.³¹

A moralidade é concebida como ação. Refere-se ao que é certo fazer, e não ao que é bom ser. O enfoque dado às filosofias morais são os padrões que orientam a ação, negligenciando-se concepções do bem, sob a mesma ótica das teorias contratualistas, isto é, em razão dessa idéia moderna de liberdade, a sociedade não é legitimada pelo tipo de regime ou mesmo por alguma concepção de boa sociedade, mas pelo procedimento de sua inauguração.³²

Nessa perspectiva, se a moral procedimental significa apenas agir corretamente, a dimensão da moral que acaba por tocar o Direito condiz ao respeito à forma e ao procedimento, o que justifica não somente os ideais iluministas de liberdade e individualismo, com separação radical entre Estado e sociedade, como também a incorporação ao nosso imaginário jurídico da soberana *voluntas legis* ou *voluntas legislatoris*, isto é: a determinação de competências como traço fundamental do positivismo jurídico, assim como elaborado por Kelsen em sua Teoria Pura.

O que se verifica, na esteira de Clève, é a objetivação do imaginário jurídico, em razão da objetivação histórica dos valores de liberdade e igualdade. Esses valores, abstratos, são formalizados por meio de regulamentação, acrescidos da fórmula segurança-previsibilidade, estabelecendo

²⁹ Idem, p. 67.

³⁰ Conforme TAYLOR, Charles. *As fontes do self – a construção da identidade moderna*. Trad. A. U. Sobral e D. A. Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997, pp. 113-114. O desenvolvimento mais radical dessa linha de pensamento filosófico, segundo o autor, verifica-se em Kant.

³¹ “Men being, as has been said, by nature all free, equal and independent, no one can be put out of this estate and subjected to the political power of another without

his own consent. The only way whereby any one divests himself of his natural liberty and puts on the bonds of civil society is by agreeing with other men to join and unite into a community for their comfortable, safe, and peaceable living one amongst another, in a security enjoyment of their properties and a greater security against any that are not of it” (LOCKE, John. *The second treatise of government*. Chapter VIII, § 95).

³² Conforme TAYLOR, Charles. *op. cit.* pp. 116 a 119.

a configuração do Direito atual, cuja especificidade é verificada no complexo normativo estatal.³³

E, considerando-se que a noção de Estado Democrático de Direito está atrelada à realização dos direitos fundamentais,³⁴ essa indesejável objetificação se reflete, no Brasil, principalmente na inefetividade da maioria dos direitos sociais, bem como nas práticas do ensino jurídico, onde predomina, na maioria das faculdades de Direito, a cultura dos manuais.³⁵

A fim de atender à demanda de mercado, os currículos dos cursos de Direito costumam a se restringir à análise dedutivista da dogmática, sem que sejam enfatizados aspectos sociopolíticos e hermenêuticos do Direito,³⁶ o que se mostra em consonância com o dogma da deificação da lei e a conseqüente função do jurista de apenas reproduzir a lei, fonte primordial do Direito, nos esquemas de subsunção normativa, “fazendo-se desta atividade um ambiente asséptico da avaliação, promovendo apenas

a continuidade da burocracia das definições imutáveis”.³⁷

Esse modelo é formato exatamente a partir dos dogmas do Direito estatal onipresente, em dessintonia com a pluralidade e as transformações do mundo contemporâneo. Assim, grande parte dos cursos de Direito está ligada à proliferação da manualística e comentários das codificações, com base em um repertório de modelos práticos, desconhecendo-se a realidade concreta, em razão da própria positividade jurídica dogmática.³⁸

Apesar das nefastas conseqüências da objetificação do Direito, e da incompatibilidade de seu substrato teórico-jurídico-filosófico com o Estado Constitucional e Democrático de Direito, o reducionismo dogmático o apresenta, ao mesmo tempo, como “seguro, justo, abrangente, sem fissuras, e, acima de tudo, técnico e funcional”,³⁹ o que se expressa no formulismo garantidor do trilema liberdade-igualdade-segurança: o dogma da completude.

4 A INCONSISTÊNCIA DO PARADIGMA DA CIÊNCIA COMPLETA: A TAREFA DE CONCRETIZAÇÃO DO INTÉRPRETE CONSTITUCIONAL

Segundo Matteucci, a teoria de Locke não foi, sob o aspecto político-constitucional,

³³ Conforme CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos...* p. 127.

³⁴ Conforme STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise...* p. 39. Segundo Sarlet, o Direito Constitucional contemporâneo tem com de seus postulados essenciais a vinculação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 26).

³⁵ Conforme STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise...* p. 82.

³⁶ Conforme ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. *Sociologia do direito – a magistratura no espelho*. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 12. Prossegue o autor afirmando que “a simples inculcação da dogmática, ou técnica jurídica, dá aos agentes a ilusão da aquisição de uma competência valiosa no mercado de trabalho, legitimando, assim, a estrutura curricular adotada” (ibidem).

³⁷ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. “A interdisciplinaridade no ensino jurídico: a experiência do Direito Civil”. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. [Orgs.]. *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 462.

³⁸ Conforme COPPETTI, André; MORAIS, José Luis Bolzan de. “Ensino jurídico, transdisciplinariedade e Estado Democrático de Direito”. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, 2005, pp. 49 a 51.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* pp. 90-91. Grifos no original.

inovadora. Locke foi um pensador de uma época de transição, o que se refletiu em sua teoria, em diversos aspectos ambígua e contraditória. Sua importância histórica, contudo, não decorre da coerência de sua teoria, mas da própria grandiosidade de sua síntese, construindo um grande projeto político tendo como elemento utópico um novo homem.⁴⁰ Sua inovação teórica está exatamente na sua proposta antropológica, lançando os fundamentos teóricos do liberalismo. A partir de Locke, verifica-se a primeira grande divisão da moderna filosofia europeia: a filosofia continental, construída sob um sistema *a priori*; e o empirismo britânico, submetendo seus princípios gerais a provas de evidência direta.⁴¹

O sucesso da teoria de Locke se deve, em grande medida, às conquistas científicas de Newton.⁴² A física de Newton abalou a autoridade de Aristóteles, ao passo que, Locke, da mesma forma, repudiava o direito divino dos reis. Na França, o liberalismo, contrastando com a tirania do Antigo Regime, causou um grande impacto, a ponto de reinar, durante todo o século XVIII, uma verdadeira atitude de anglofilia, apoiada ainda na política de livre comércio inglês, muito admirada pelos franceses.⁴³

⁴⁰ Conforme MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad...* p. 142.

⁴¹ Conforme RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental...* p. 313.

⁴² Idem, *ibidem*.

⁴³ Idem, *ibidem*. Também nos Estados Unidos a teoria de Locke teve um grande impacto, a ponto de o liberalismo tornar-se um ideal nacional. “A própria redação da Declaração de Independência é prova disso. Quando Franklin substituiu a expressão de Jefferson ‘sagradas e imutáveis’ pela de sua autoria ‘auto-evidentes’, na frase ‘consideramos estas verdades como auto-evidentes’, refletia a linguagem filosófica de Locke” (*ibidem*).

Além disso, a teoria física de Newton explicou de forma unificada os fenômenos da natureza, demonstrando que o universo constitui um sistema cósmico, com todas suas partes interligadas.⁴⁴

Portanto, pode-se afirmar que a essência do racionalismo iluminista está centrada nessa noção de uma ciência completa e total, assim como na teoria liberal construída por Locke. Na medida em que a ciência assumiu o posto que antes cabia aos dogmas da Igreja, a idéia de conhecimento como um sistema de orgânica completude tornou-se verdadeira arma a ser utilizada contra o poder despótico dos monarcas. Exemplo disso é a grande *Encyclopédie*, maior monumento do iluminismo do século XVIII. Nessa obra, foi reunido todo o conhecimento científico da época, forjando um poderoso instrumento para sua luta contra o “obscurantismo da autoridade estabelecida”, não apenas um mero registro alfabético.⁴⁵

Por isso, o iluminismo esteve ligado à difusão do conhecimento científico, revalorizando a atividade intelectual independente. Ao demais, o direito divino dos reis não se adequava à pretendida liberdade de expressão religiosa. O próprio liberalismo está ligado a uma luta pela liberdade religiosa, como verdadeiro e autêntico direito do indivíduo, de onde nasce a idéia da moderna liberdade política.⁴⁶

Nesse contexto, consequência natural da revolução de 1789 foi alçar a lei ao ponto

⁴⁴ Conforme GLEICK, James. *Isaac Newton – uma biografia*. Trad. A. Hattner. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, pp. 140 -141.

⁴⁵ RUSSELL, Bertrand. *op. cit.* p. 335.

⁴⁶ Conforme MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad...* p. 56.

culminante do rol das fontes do Direito. A polarização entre público e privado rompe com a cadeia de mediações do Medievo; o Estado, a partir de então, encontra um limite no privado, na liberdade e na propriedade, concepção alinhavada com os interesses da burguesia.⁴⁷

A Constituição escrita era uma aspiração do constitucionalismo moderno, em oposição à tradição medieval de leis fundamentais consuetudinárias. Além disso, a Constituição escrita tinha sua legitimidade fundada no próprio conteúdo de suas normas, racional e justo, e por emanar da vontade soberana do povo, por meio da representação política, rompendo com a fonte de legitimidade do medieval, a tradição, a razão e a vontade divina. Por isso, somente uma Constituição escrita poderia impedir um governo autoritário, garantindo os direitos dos cidadãos: “a la codificación del derecho privado se une la del derecho público, que obedece a la misma exigencia de certeza (y de eficacia) y de publicidad, de manera que todos estén en condiciones de igualdad”.⁴⁸

O próprio constitucionalismo moderno está ligado às correntes contratualistas e, por conseguinte, à revolução liberal, a fim de permitir aos indivíduos, garantindo-lhes as liberdades políticas sociais e civis, o livre desenvolvimento de sua personalidade.⁴⁹

No entanto, essa noção de completude do Direito, como um fim em si mesmo, esbarra na historicidade do ser humano. A experiência perfeita, diz Gadamer, não leva a um saber perfeito, geométrico, acabado.

A experiência perfeita é aquela que nos guia para uma nova experiência.⁵⁰ A idealização da lei como fonte suprema do Direito é o retorno ao *vitosum*, desconectado do real, do mundo, cuja problemática reside não na realização do ideal democrático, por meio da concretização e efetividade dos direitos fundamentais, mas no próprio aspecto funcional desse Direito objetificado.

A noção de completude é causa da demasiada produção legislativa, exigindo expressa previsão legal, de natureza infraconstitucional, para que preceitos constitucionais ganhem vida, sendo a Constituição ainda entendida, nos moldes da polarização público e privado, como mera normação geral que atribui competências e determina as estruturas e funções do Estado, ou seja, Constituição como limite negativo.

A completude ignora que a riqueza do universo hermenêutico reside no fato de que temos sempre de colocar em jogo nossos preconceitos.⁵¹ Ao colocar em jogo nossos preconceitos, livramo-nos das amarras da razão deificada e tocamos nossa dimensão mais humana, nos instalando nesse local de desamparo, onde não há garantia da verdade de outro. A intersubjetividade se constrói no desamparo; a subjetividade é fundada na não-transparência e, com ela, a possibilidade de ocultamento e distorção. A palavra unívoca, que elimina o equívoco,

⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. Trad. E. P. Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 315.

⁵¹ Idem, p. 317. Afirma ainda o autor que a experiência hermenêutica está totalmente “entretecida na realidade geral da práxis humana”. O bem humano é encontrado na práxis humana e não pode ser determinado fora de uma situação concreta: “O jogo das forças complementa-se com o jogo das convicções, das argumentações e experiências” (idem, pp. 318-320).

⁴⁷ Idem, p. 75.

⁴⁸ Idem, p. 25.

⁴⁹ Idem, p. 26.

é palavra “super-humana” que elimina também a intersubjetividade; remanesceria apenas interobjetividade, reduzindo o homem a um estado natural, onde não há resquício de algo que se assemelhe com a inteligência humana.⁵²

A verdade não reside na completude. Bem afirma Gadamer que desde há muito não se leva em consideração que o esquecimento pertence à relação entre o reter e o lembrar. Somente pelo esquecimento o espírito renova-se totalmente, adquirindo a capacidade de, com novos olhos, enxergar. O fenômeno da memória é um traço essencial do ser histórico do homem, que é limitado.⁵³

A completude ignora o homem em sua essência, sua limitação. É na experiência que a consciência hermenêutica se consuma, não na certeza do ideal metodológico como um fim em si próprio, o qual captura o ser do homem e o mantém refém de dogmas.

⁵² Conforme GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Palavra e verdade da filosofia antiga e na psicanálise*. 4. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 38.

⁵³ “Uma das maiores intuições que recebi por via alheia foi proporcionada há algumas décadas por Heidegger, ao esclarecer que o passado não existe primariamente na recordação, mas no esquecimento. Este é, com efeito, o modo de pertença do passado à existência humana. Graças ao passado possuir essa natureza de esquecido, podemos reter e recordar algo. Todo o transitório mergulha no esquecimento, e é este esquecer que permite reter e conservar o que se perdeu e mergulhou no esquecimento. É aqui que se enraíza a tarefa de dar continuidade à história. Para o homem que vive na história, a recordação capaz de conservar algo quando tudo parece constantemente não é a atualização de um sujeito cognoscente, mas a realização vital da própria tradição. Sua missão não consiste em ampliar indefinida e arbitrariamente o horizonte do passado, mas em formular perguntas e encontrar as respostas que descobrimos, a partir do que nos tornamos, como possibilidades de nosso futuro” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II...* pp. 172-173).

O ato, como momento vital, permanece conectado com a infinitude da vida: “Tudo o que é finito é expressão, representação do infinito”.⁵⁴

O saber completo, perfeito e acabado ultrapassa a dimensão humana. Na dimensão humana reside uma constante inconclusão, que deixa pendente sempre um poder-ser.⁵⁵ Na compreensão, o homem projeta o seu ser para possibilidades, como aberturas, elaborando-se em formas. Segundo Heidegger, essa elaboração é a interpretação. É a abertura que funda o homem como tal, e sua liberdade condiz com a abertura, na medida em que a compreensão se apropria do que compreende. A abertura da interpretação não lança um significado sobre a nudez de algo simplesmente dado e nem cola sobre ele um valor, porque a compreensão já abriu uma conjuntura que a interpretação apenas expõe.⁵⁶

Completude é um modo derivado de acabamento, o que somente é possível como determinação de um ser simplesmente dado ou de algo à mão. O homem, assim, jamais alcança sua totalidade, sob pena de perda do ser-no-mundo, ou seja, a não-totalidade do homem encontra seu fim na morte.⁵⁷

⁵⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I...* p. 109.

⁵⁵ De acordo com Heidegger, as estruturas essenciais do ser-no-mundo estão centradas na abertura (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo – parte II*. Trad. M. S. C. Schuback. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 09).

⁵⁶ Conforme HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo – parte I...* p. 204.

⁵⁷ “Enquanto a pre-sença é um ente, ela jamais alcançou sua ‘totalidade’. Caso chegue a conquistá-la, o ganho se converterá pura e simplesmente em perda do ser-no-mundo. Assim, nunca mais se poderá fazer a sua experiência *como um ente*” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo – parte II...* p. 16. Grifos no original).

Diante da finitude do homem e das limitações de seu ser, o Direito, como um produto cultural, também não pode ser completo, ou ter pretensão de completude. A objetificação do Direito importa também na objetificação do homem, na clausura do ser nos rígidos limites do legalismo, concepção incompatível com a perspectiva do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

A lei, pois, não é um ato simplesmente livre; é atividade que está determinada pela Constituição, tanto positiva como negativamente, exigindo uma conformidade material com as normas constitucionais.⁵⁸ Ao se lançar na existência, o homem, no Estado Democrático, projeta seu ser na compreensão do sentido de Constituição e conseqüente funcionalização dos institutos jurídicos. A compreensão a partir de uma totalidade conjuntural se dá na universalização do sentido de Constituição. O sentido universal é o sentido da Constituição, que se traduz na normatividade de seus princípios. Nessa formação universal e transformadora, os princípios constitucionais são alçados ao ponto mais elevado da escala normativa, como normas supremas do ordenamento jurídico.⁵⁹

A interpretação sempre se funda em uma posição prévia e, ao apropriar-se da compreensão, a interpretação se move para

uma totalidade conjuntural já compreendida. E essa apropriação da compreensão é guiada por uma visão prévia que fixa o parâmetro em função do qual, o que é compreendido, é interpretado. A interpretação já sempre se decidiu por uma determinada conceituação, na medida em que está fundada em uma concepção prévia.⁶⁰ Se na totalidade conjuntural se manifesta, no Estado Democrático, o sentido universalizante de Constituição, o intérprete está fundado em uma concepção prévia desse sentido de Constituição. Assim, por essa posição prévia, visão prévia e concepção prévia, “o intérprete não se depara com um texto infraconstitucional ‘nu’, ‘carente’ do sentido da Constituição”.⁶¹

Essa universalização do sentido de Constituição se dá na própria concretização da Constituição, por meio dos princípios constitucionais. É na ubiqüidade dos princípios constitucionais que a Constituição se concretiza, ou seja, o sentido de Constituição almejado em um Estado Democrático de Direito constitui o sentido próprio do ordenamento jurídico, traduzido na teoria material da Constituição.⁶²

⁶⁰ Conforme HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo – parte I...* p. 207.

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 179.

⁶² “Na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Conseqüentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a actualização normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5ª ed. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 1992, p. 252).

⁵⁸ Como ensina Canotilho, o princípio da constitucionalidade material possui duas dimensões, uma positiva e outra negativa, o que pressupõe uma fundamentação jurídico-constitucional através de limites negativos e direitivos positivos. Assim, a questão das imposições constitucionais se apresenta como um problema de cumprimento global da Constituição (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador...* pp. 256 e 479).

⁵⁹ Conforme BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed., rev. e at. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 89.

Assim, o dogma da completude é superado exatamente pela antecipação que se explicita na compreensão prévia do sentido universalizante de constituição, que vem ao encontro na totalidade conjuntural, pois, no dizer de Streck, a Constituição funda sem ser fundamento:

Para além disso, o que precisa ficar explicitado – visando aos limites da abordagem aqui proposta – é que a Constituição, muito embora fundamento de validade do sistema jurídico, *não pode ser considerada como uma “categoria fundante”, ou uma premissa maior, de onde se possa deduzir sentidos...* Ao vislumbrar um texto, já há um ter-prévio, um ver-prévio e um pré-conceito acerca da Constituição. *Desse modo, a Constituição não é elemento objetivo, separado do intérprete, fora da circularidade hermenêutica; dela é impossível “deduzir” “outro” elemento “objetivado”.* Por isso é possível dizer que a noção de Constituição é um paradoxo, ao fundar sem ser “fundamento” (porque não é uma categoria ou uma hipótese a partir da qual se possa fazer “deduções”), e, ao mesmo tempo, embora sendo o ponto de partida (e de chegada) do ordenamento, frustra essa pretensão de ser esse ponto, já que esse “começo” sempre se renova na forma de antecipação de sentido e na circularidade hermenêutica.⁶³

É desse fundamento sem fundo que decorre a interpretação, como produto dessa antecipação de sentido, na medida em que projetado o ser para possibilidades enquanto aberturas, que é um poder-ser. Pela antecipação de sentido da Constituição que o intérprete traz consigo ao interpretar a legislação infraconstitucional,⁶⁴ ela própria,

a Constituição, se concretiza na ubiqüidade de sua principiologia, no interior dos movimentos da circularidade da compreensão e da autocompreensão, já que não há um fundamento do fundamento: a Constituição, pois, funda sem ser fundamento.

Portanto, a completude não se justifica no Estado Democrático, pelo fato de que a tarefa da interpretação é, segundo Gadamer, a de concretização,⁶⁵ ou seja, de *concretização da Constituição*, fora dos esquemas de subsunção normativa, que apenas lhe suprimem efetividade.

Negar normatividade aos princípios constitucionais ou ignorar o sentido universalizante de Constituição é negar a essência das conquistas forjadas nas lutas contra a ditadura militar, é negar a essência própria da democracia e do projeto de construção de uma sociedade livre, mas, sobretudo, mais justa e solidária (art. 3º, I, CF).

A questão da efetividade da Constituição supera a discussão sobre técnica legislativa. O sentido de constituição não está dentro ou fora de um corpo codificado, à espera para sair ou entrar, na medida em que se relaciona com a legislação infraconstitucional. A compreensão se apropria do que compreende, de modo que a compreensão que o intérprete carrega consigo do sentido de Constituição é a compreensão do ordenamento próprio, ubicado na principiologia constitucional e na concretização da Constituição. O sentido de Constituição constitui, pois, o sentido do ordenamento jurídico.

⁶³ Conforme STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica...* p. 195.

⁶⁴ A compreensão do ser do ente se dá na autocompreensão (idem, p. 196).

⁶⁵ Consistindo a tarefa da interpretação em concretização da lei, sua tarefa é a da *aplicação* (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I...* p. 432).

É o ordenamento, portanto, em face da constituição de seu sentido, o sujeito do movimento lúdico. Assim como no conceito de jogo estabelecido por Gadamer (fio condutor da explicação ontológica), como modo de ser da própria obra de arte,⁶⁶ o ordenamento é o modo de ser de sua própria obra de arte, a Constituição.

Por isso, o círculo hermenêutico é possível, diferenciando-se do ordenamento o comportamento do intérprete. Como afirma Gadamer, “o ‘sujeito’ da experiência da arte, o que fica e permanece, não é a subjetividade de quem a experimenta, mas a própria obra de arte”. Os sujeitos do jogo não são os jogadores, pois “todo jogar é um ser-jogado”. Assim, o jogo se assenhora do jogador, pois o verdadeiro sujeito do jogo não é o jogador, mas o próprio jogo: “é o jogo que mantém o jogador a caminho, que o enreda no jogo e que o mantém nele”.⁶⁷

Por essa razão, o paradigma do Estado Democrático de Direito não decorre de questão de método interpretativo, mas de efetividade da Constituição, na medida em que o sentido de Constituição constitui o sentido do ordenamento jurídico.

O acontecer da Constituição⁶⁸ faz transitar o próprio Direito Constitucional de uma dimensão subjetiva para uma dimensão objetiva, na qual reside a funcionalidade dos direitos fundamentais, ponto culminante do ordenamento, atingível por meio da

concretização.⁶⁹ A concretização representa o momento de transformação do Direito como efetivo instrumento de justiça política: o momento em que o ordenamento torna-se arte. É a transformação em configuração⁷⁰ do ordenamento jurídico.

A transformação em configuração do ordenamento pressupõe a correlação entre as noções de concretização, Constituição e princípios, pois é no concretizar que todos se realizam, que o verdadeiro subsiste, que a Constituição *acontece*.

Assim, toda a interpretação é conforme a Constituição. A interpretação conforme a Constituição é interpretação, simplesmente: interpretar é aplicar, sempre conforme a Constituição; portanto, interpretar é concretizar, é fazer fluir o próprio sentido do ordenamento, que é constituído pelo sentido de Constituição, por meio dos princípios constitucionais.

Dessa forma, os fatos e os fenômenos sociais não podem ser forçadamente encaixados dentro dos limites preestabelecidos do paradigma da completude. Essa operação de acabamento, no dizer de Kuhn, faz com que o conhecimento completo e total não tenha por objetivo trazer a lume novas espécies de fenômenos – os que não se ajustam ao paradigma –, apenas articular aqueles fenômenos já fornecidos pelo paradigma e que, por isso mesmo, o confirmam,⁷¹ confirmam o *status quo*. A solução encontrada

⁶⁶ Conforme GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I...* p. 154.

⁶⁷ Idem, pp. 155 e 160.

⁶⁸ A expressão é de STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica...* p. 294.

⁶⁹ Conforme BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional...* p. 591.

⁷⁰ Conforme GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I...* pp. 165-167.

⁷¹ Conforme KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. B. Boeira e N. Boeira. 8ª ed. rev. São Paulo: Perspectiva, 2003, pp. 44-45.

aos problemas fornecidos pelo paradigma da completude é conhecida: a inefetividade dos direitos fundamentais e a aplicabilidade apenas indireta das normas e princípios constitucionais.

Uma Constituição dirigente deve apresentar respostas às exigências promocionais do Direito, refletindo a dialética existente entre a “constituição do Estado” e a “constituição da ordem social”. O caráter dinâmico e programático subjacente a essa concepção promocional do Direito coloca em jogo a própria força normativa da constituição-programa,⁷² já que, como salienta Canotilho, lembrando Bäumlin, “a constituição é uma ordenação global do Estado e da sociedade e, ao mesmo tempo, um projecto de determinação da sua identidade”.⁷³

Portanto, a transição para um novo paradigma no Estado Democrático de Direito, com a superação do dogma da completude, é tarefa para gerações, e não será realizada por simples recomendação do legislador. A lenta transformação do paradigma depende, essencialmente, do sepultamento, no imaginário jurídico, da concepção programática das Constituições, a fim de que os direitos fundamentais sejam concebidos como norte de todo o ordenamento jurídico, como a Constituição própria em seu grau máximo de materialidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os ideais da sociedade brasileira, construídos a partir das noções de igualdade abstrata e patrimonialismo, não estão em

conformidade com o projeto constitucional. O modelo do Direito brasileiro, em que pese a instauração de uma nova ordem constitucional em 1988, ainda é o modelo do Direito Civil.

Por esse modelo, patrimonialista e individualista, lastreado nos ideais das revoluções burguesas e no sistema de completude orgânica do Código Napoleônico, a lei ganha primazia como fonte do Direito, de modo que somente a lei diz o Direito, isto é, não existe Direito fora da lei. Formulou-se, a partir desses fundamentos, uma construção dogmática dissociada da dinamicidade dos clamores sociais, tornando o Direito descomprometido com uma tarefa maior de realização de justiça política. A Constituição, assim, fica relegada a plano secundário, concebida apenas como uma lei que regula as estruturas do Estado, não como Direito cogente e, por conseguinte, transformador do *status quo* social.

A superação desse modelo legalista de completude da lei se dá por meio do reconhecimento, no Estado Democrático, da força normativa da Constituição e de seus princípios. A noção de Estado Democrático está intimamente correlacionada com a realização dos direitos fundamentais e, considerando-se a realidade brasileira, principalmente a realização dos direitos sociais.

A questão, pois, é vinculada ao cumprimento global da Constituição e às transformações que promove nas relações entre Estado e sociedade. O ordenamento jurídico é determinado pelo sentido de Constituição, na medida em que constitui o próprio sentido do ordenamento jurídico. A concretização da Constituição,

⁷² Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador...* pp. 155 a 157.

⁷³ Idem, p. 101.

dessa forma, é o meio pelo qual será possível iniciar a transformação do paradigma liberal, individualista e patrimonialista, que ainda impera no País.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTÓTELES. *A política*. Trad. N. S. Chaves. Bauru: Edipro, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed., rev. e at. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 1992.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- COPPETTI, André; MORAIS, José Luis Bolzan de. “Ensino jurídico, transdisciplinariedade e Estado Democrático de Direito”. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica n. 03*, 2005.
- EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo*. Trad. E. Barbosa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. F. P. Meurer. 5. ed. rev. Petrópolis: Vozes, 2003.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II: complementos e índice*. Trad. E. P. Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Palavra e verdade da filosofia antiga e na psicanálise*. 4. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- GLEICK, James. *Isaac Newton: uma biografia*. Trad. A. Hattner. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo: parte II*. Trad. M. S. C. Schuback. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo: parte I*. Trad. M. S. C. Schuback. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. 21ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. J. B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. B. Boeira e N. Boeira. 8. ed. rev. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- LOCKE, John. *The second treatise of government*. New York: The Liberal Arts Press, 1952.
- MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Trad. F. J. A. Roig y M. M. Neira. Madrid: Trotta, 1998.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. Trad. C. Muracho. 2. ed. 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. “A interdisciplinaridade no ensino jurídico: a experiência do Direito Civil”. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira *et al.* (Orgs.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil vol. I*. 6. ed. rev. e at. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. 1. ed. 3ª tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. *Sociologia do direito: a magistratura no espelho*. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental: a aventura das idéias dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Trad. L. Alves e A. Rebello. 6. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. rev. e at. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. Trad. A. U. Sobral e D. A. Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997.