

2 AS INFLUÊNCIAS DO PROJETO CIENTÍFICO DA MODERNIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 AS ORIGENS DO CONSTITUCIONALISMO E O PORQUÊ DE A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA SER COMPREENDIDA COMO MERO ELEMENTO DE ORGANIZAÇÃO DA ESTRUTURA POLÍTICA DO ESTADO. O POSITIVISMO NO DIREITO BRASILEIRO

2.1.1 O paradigma cartesiano e o desenvolvimento do constitucionalismo e do liberalismo

A filosofia moderna tem como marco fundamental o *cogito* cartesiano. A partir do princípio do *cogito*, a filosofia escolástica sucumbiu a uma revolução na forma de pensar, sendo derrubadas, por meio de investigações ligadas à tradição platônica, as noções de física e astronomia aristotélicas.¹⁷

Galileu afastou-se radicalmente do aristotelismo. Suas descobertas contrariaram preceitos há muito incorporados pela ciência. Mas foi somente com o *Philosophiæ Naturalis Principia Mathematica* de Newton que foi atingido o objetivo da pesquisa científica do século XVIII. Newton, por meio de uma exposição dedutiva à maneira dos gregos, apresentou uma explicação completa e definitiva para o que Galileu havia iniciado, construindo uma teoria física capaz de explicar de forma unificada todos fenômenos da natureza.¹⁸

No campo filosófico, a ênfase posta sobre o homem deu uma direção interior à especulação. O homem converteu-se em crítico de suas próprias faculdades, desafiando a

¹⁷ O estudo da filosofia escolástica foi de grande importância à evolução do pensamento político renascentista. Seus alicerces foram lançados com a descoberta gradual da filosofia moral e política de Aristóteles, que questionava a fundo o agostinismo, concepção então predominante. Esforços teóricos foram feitos, visando à conciliação entre a concepção aristotélica de autarquia da vida cívica e as preocupações voltadas para o outro mundo, características do cristianismo agostiniano. O primeiro dos grandes juristas a adotar o método escolástico foi Bartolo, mas o mais importante filósofo político da época a contribuir para que o aristotelismo se fortalecesse na Itália foi, certamente, Marsílio de Pádua. Nas suas doutrinas puramente políticas, desenvolveu uma teoria da soberania popular de forma mais clara e sistematicamente aristotélica, do que até então havia sido realizado. (Conforme SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Tradução de Renato Janine. 1.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, pp. 71 a 74).

¹⁸ A filosofia grega, em comparação com a ciência moderna, encontra-se quase como uma “antípoda”. Essa grande cisão consolidou-se no século XVI com a mecânica galileana. O mundo transformou-se em objeto de uma investigação metódica, “através da interrogação da moderna ciência experimental, matematicamente concebida e abstrato-isoladora”. Segundo Gadamer, isso significou abrir mão do antropofornismo em que se lastreava a consideração grega sobre o mundo. (Conforme GADAMER, Hans-Georg. “A filosofia grega e o pensamento moderno”. Tradução de Hans-Georg Flickinger e Muriel Maia-Flickinger. In ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 54).

tudo, exceto a suas experiências imediatas. Por isso, somente com Descartes a relação de dois lados e dois sentidos em que o Renascimento encontrava-se em respeito ao Medievo e à Antigüidade, tem sua formulação sistemática em face do problema da autoconsciência. Essa formulação é um dos resultados mais tardios do Renascimento, pois, apenas com Descartes, foi determinado o novo “ponto de Arquimedes” que desconjuntou a filosofia escolástica.¹⁹

Esse início da filosofia moderna não repousou sobre uma mediação histórica, mas sobre um ato livre do espírito que, de um só golpe, por decisão autônoma de vontade, descartou todo o passado, passando a trilhar um novo caminho de reflexão consciente de si mesma. A noção fundamental da modernidade foi, portanto, a da relação sujeito-objeto. Na base dessa noção, não há praticamente aspecto algum da filosofia do Renascimento que não tenha exercido alguma influência; por isso, a formulação cartesiana é um dos resultados tardios do Renascimento: nela engajaram-se a metafísica, a filosofia da natureza e o conhecimento empírico da natureza; a psicologia, a ética e a estética.²⁰

Descartes desenvolveu seu método baseado em quatro preceitos, os quais não poderiam deixar de ser observados em nenhuma hipótese: (a) jamais aceitar coisa alguma não conhecida à evidência como verdadeira, evitando-se precipitação ao incluir no seu juízo apenas o que se mostrasse claro e distinto ao espírito, de modo a não subsistir dúvida alguma; (b) dividir cada dificuldade a ser examinada em tantas partes quanto possível e necessário para resolvê-las; (c) ordenar o pensamento, iniciando-se pelos assuntos mais simples até os mais complexos; (d) fazer enumerações exatas e revisões gerais para certificar-se de que nada havia sido esquecido.²¹

Como ponto de partida, Descartes tomou as cadeias de razões utilizadas pelos geômetras para atingir suas complexas demonstrações. Estruturou seu método, assim, de forma a enquadrar nessas cadeias todas as coisas que podiam ser submetidas ao conhecimento humano, evitando que fosse tido como verdadeiro algo que não o fosse, estabelecendo uma ordem necessária para a dedução de uma coisa das outras.

O método cartesiano, desse modo, baseado sobre a análise geométrica e algébrica, permitiu ao pensamento moderno seguir uma ordem real e enumerar com exatidão todas as

¹⁹ O pensamento moderno foi permeado pelo rótulo cartesiano da consciência “enquanto auto-consciência”, como um fundamento de certeza inabalável, pelo qual o homem tomou conhecimento de si mesmo. Esse pensamento tornou-se uma medida para tudo o que satisfizesse a pretensão do conhecimento científico. (Conforme GADAMER, Hans-Georg. “Homem e linguagem”. Tradução de Muriel Maia-Flickinger. In ALMEIDA, Custódio Luís Silva de, ‘et al.’. **Hermenêutica filosófica**... p. 120).

²⁰ Conforme CASSIRER, Ernst. **Indivíduo e cosmos na filosofia do renascimento**. Tradução de João Azenha Jr. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 206 a 211.

²¹ Conforme DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. 9.ed. Curitiba: Hemus, 2000, p. 39 – 40.

circunstâncias daquilo que se buscava, em razão da certeza das regras matemáticas. Dois aspectos relevantes, portanto, decorrem do quadro da filosofia moderna: a forma de se estabelecer os limites entre o subjetivo e o objetivo e o fato de serem aceitas as descrições da física como representação do mundo como realmente é.²²

Essa tendência filosófica encontrou respaldo também no Direito. A força do pensamento racionalista, formulado sobre o modelo das ciências naturais, legou ao ocidente moderno e contemporâneo os ideais de soberania do povo, separação de poderes, preponderância da lei e direitos do homem, como expressão do liberalismo que lançou os fundamentos à concepção de Direito e de Estado, concepção esta fundada, essencialmente, na representação política.²³

A ideologia do jusracionalismo originou na França, desde cedo, o que Wieacker chama de “paixão burguesa pela liberdade”.²⁴ Com efeito, no alvorecer do constitucionalismo moderno e do liberalismo está a batalha pelo princípio da tolerância religiosa, não como mera concessão, mas como verdadeiro direito do indivíduo à liberdade religiosa, residindo aí o fundamento da moderna liberdade política.²⁵

Havia, portanto, um forte nexu entre liberalismo e constitucionalismo. Os liberais eram conscientes da importância das instituições representativas, dando prosseguimento ao confronto contra o Estado absoluto, com novas e aprofundadas motivações.²⁶ Ao demais, os

²² Conforme MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 43 – 44. “Descartes estabeleceu, para a ciência, aquele que, até hoje, permaneceu o seu mais elevado princípio: *clara et distincta perceptio*, conhecimentos claros e distintos. Ele reclamou a substituição da velha filosofia ‘teórica’, isto é, metafísica, por uma nova filosofia ‘prática’, a fim de, assim, nos tornarmos *domini et possessores naturae*” (KAUFMANN, Arthur. “A problemática da filosofia do direito ao longo da história”. In _____; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 84).

²³ Conforme GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 367. O direito natural moderno foi completamente dominado pelos conceitos científicos racionalistas. A razão não era apenas meio de conhecimento do direito correto, mas sua própria fonte. Assim, a autoridade e a tradição já não determinavam o que era o direito correto, pois somente deveria vigorar o que, racionalmente, fizesse sentido – direito racionalista. Para se descobrir o direito correto, procedia-se de acordo com o método que perguntava pela ‘natureza’ do homem – sua natureza empírica, não moral, evidentemente, já que, libertando-se a filosofia do direito da teologia, o direito natural foi secularizado: “Perguntava-se pelo homem tal como ele é de acordo com os puros factos, para daqui se deduzir por meio da conclusão lógica, os direitos e deveres ‘naturais’ do homem”. (KAUFMANN, Arthur. “A problemática da filosofia do direito ao longo da história”... pp. 84 – 85).

²⁴ Conforme WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Hespanha. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 313.

²⁵ Conforme MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Tradução de Francisco Javier Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998, p. 56.

²⁶ De acordo com Streck e Morais, é com Locke que se constitui o perfil do liberalismo político, ao sustentar a necessidade da limitação do poder e das funções do Estado. (Conforme STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 47).

liberais herdaram também a batalha pela tolerância. Não se tratava apenas de defender um Estado laico; sobretudo, descobrir que a diversidade não era um mal tolerável, como apregoado nos quinhentos, mas, sim, um bem a ser promovido. Essa concepção surgiu justamente no momento em que a sociedade, em razão do desenvolvimento econômico, adquiria um perfil cada vez mais heterogêneo, corroendo a ordem estamental estática do Medievo: surgiram novos grupos sociais com vocação para o futuro.²⁷ Como ressalta Arendt, a questão social passou a integrar o programa revolucionário justamente quando se começou a duvidar que a pobreza era inerente à condição humana, a duvidar da distinção entre os poucos que, por circunstâncias, força ou fraude, foram bem sucedidos liberando-se das amarras da pobreza, e aqueles cuja pobreza era inevitável.²⁸

Além disso, com o Estado constitucional, o liberalismo herdou também espaços de liberdade politicamente neutros, ou não imediatamente políticos, que nasciam em seu interior, como a idéia de mercado e de opinião pública. O mercado era a verdadeira sociedade natural, regido por regras objetivas e impessoais, onde os melhores deveriam ser premiados e, os piores, castigados, permitindo o desenvolvimento econômico e a formação de riquezas. O papel do Estado, portanto, era o de garantir e tutelar este espaço de intercâmbio. Do ponto de vista ético, a opinião pública também era baseada em um intercâmbio entre os indivíduos racionais, como o resultado de uma comunicação entre indivíduos singulares que livremente debatiam e confrontavam suas idéias, com base na força da razão e da persuasão.²⁹

Nessa relação com o mercado e com a opinião pública, o Estado não poderia intervir, sob pena de se converter em um poder arbitrário: a violação de normas neutras e objetivas impediria a razão de buscar a verdade. Com essa defesa da opinião pública e do mercado, estabeleceram-se as bases para uma nova divisão de poderes: o poder político, o poder moral e o poder econômico, os quais deveriam ser confiados a mãos distintas, para que fosse salvaguardada a liberdade política e civil. Dessa forma, a riqueza cultural e a história político-jurídica do constitucionalismo acabaram por servir como causa ideal para o liberalismo.³⁰

²⁷ Conforme MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**... p. 260.

²⁸ Conforme ARENDT, Hannah. **On revolution**. London: Penguin Books, 1990, p. 22.

²⁹ Conforme STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**... p. 261.

³⁰ Conforme MATTEUCCI, Nicola. **op. cit.** p. 261. Afirma o autor que, no entanto, é possível identificar-se uma teoria liberal completa, independente da construção constitucional do Estado: “*El constitucionalismo, con su historia político-jurídica y con su riqueza cultural, fue así el cauce ideal para el liberalismo, aunque desde Locke hasta Kant es posible vislumbrar – gracias a la aportación del pensamiento de personas que no pueden recogerse en una historia del constitucionalismo ni, quizás, del liberalismo – la formación de una teoría liberal completa, que no se agota en la construcción constitucional del Estado. Pero son hilos sueltos que no se unen ni se entrelazan, que no ofrecen una trama ni un desarrollo lo bastante unitarios como para atribuirles, con justo título, la definición histórica de liberal*”. (Ibidem).

Note-se, entretanto, que a liberdade política compreendida em termos modernos não possuía o mesmo significado que atualmente é associado a um governo constitucional. A liberdade política era o resultado de três grandes direitos básicos, em relação aos quais os demais eram compreendidos como subordinados: direito à vida, à liberdade e à propriedade, direitos inalienáveis do homem.³¹

Esse foi, na verdade, o resultado da Revolução Francesa de 1789, indo ao encontro da maior aspiração do constitucionalismo moderno por uma Constituição escrita, com normas jurídicas organizadamente relacionadas entre si, em oposição à tradição medieval, ancorada no costume. Nesse ponto, o constitucionalismo moderno está em conformidade com o processo de racionalização que, atingindo todos os aspectos da vida política e social, caracterizou o Estado Moderno, como salienta Matteucci: “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”.³²

A Constituição, portanto, foi concebida como uma lei hierarquicamente superior, tendo em vista a proteção dos indivíduos contra os abusos do poder público. O poder ainda era público e ainda estava concentrado no governo; o indivíduo, por sua vez, era impotente e precisava ser protegido contra o governo. Em contrapartida, a liberdade não mais residia na esfera pública, mas na vida privada dos cidadãos e precisava ser defendida contra o público e seu poder: o governo passa a ser caracterizado como um “mal necessário”.³³

Natural, desse modo, no reino iluminista da razão deificada, que, desde o final do século XVIII, seja a lei a principal fonte do Direito. A nação, soberana, designa seus representantes para governar; estes, por sua vez, definem, pela via legislativa, os direitos dos indivíduos, direitos estes que encontram limite somente nos direitos de outros cidadãos. O

³¹ Conforme ARENDT, Hannah. **On revolution**... p. 32.

³² MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**... p. 25. Acrescenta o autor, ao princípio da Constituição escrita, outras duas características: sua legitimidade e função. A Constituição escrita tem sua legitimidade embasada em dois elementos: o próprio conteúdo de suas normas, que se impõem por sua racionalidade intrínseca e por sua justiça; e o fato de, como fonte formal, emanar da vontade soberana do povo. A característica da função, por sua vez, determina que a Constituição escrita não servia apenas para impedir um governo arbitrário e instaurar um governo limitado, mas para garantir os direitos dos cidadãos e para impedir que o Estado os viole. Para tanto, a Constituição deve ser rígida e inflexível, não podendo suas normas ser modificadas ou sequer interpretadas pelo legislador ordinário, já que são hierarquicamente superiores. Assim, o constitucionalismo moderno está correlacionado, por um lado, a algumas correntes contratualistas e, por outro, à revolução liberal, cujo objetivo principal não era somente o de construir uma legitimação distinta ao poder, mas alterar o modo de exercício do poder para garantir aos cidadãos liberdades políticas, civis e sociais concretas, permitindo aos indivíduos o livre desenvolvimento de sua personalidade. (Idem, pp. 25 – 26).

³³ Conforme ARENDT, Hannah. **op. cit.** pp. 124 e 137.

princípio maior a ser proclamado pelas Constituições é o de que todos os poderes emanam da nação, sobretudo o legislativo, exercido pelos representantes eleitos pelos cidadãos.³⁴

2.1.2 Os reflexos do pensamento científico moderno no Direito brasileiro

As experiências europeias ressoaram em solo pátrio de forma singular, ainda que mantido o traço característico da Constituição como mero elemento de organização das estruturas políticas do Estado.³⁵

A Revolução Francesa transformou o Estado dinástico do Antigo Regime no Estado Moderno, um Estado nacional, liberal, secular e racional. O indivíduo, antes súdito, passa a ser cidadão com direitos e deveres, governado por leis que eliminaram as distinções baseadas na descendência e no direito divino dos reis.³⁶

No Brasil, entretanto, nesse tempo não havia iniciado o processo de transformação da economia, desencadeado somente com a I Guerra. Até então, o País possuía uma estrutura agrária impulsionada pelo sistema colonial. Os proprietários de terra, que exploravam economicamente as riquezas agrícolas para exportação, necessitavam, em contrapartida, de bens obtidos mediante importação. Assim, ao lado da burguesia rural, desenvolveu-se uma burguesia mercantil. Inexistindo uma indústria nacional, estando a classe média, em razão de um marginalismo econômico, confinada ao exercício de cargos burocráticos pela falta de oportunidades, os interesses daquela burguesia rural e mercantil predominaram livres de

³⁴ Com motivação na Constituição dos Estados Unidos como ponto culminante do processo revolucionário, integrou-se ao pensamento revolucionário o fato de a revolução tornar-se vã, a não ser que sucedida pela elaboração de uma constituição para reger a recém conquistada liberdade: “*For neither morals, nor riches, nor discipline of armies, nor all these together will do without a constitution*”. (ARENDDT, Hannah. **On revolution**. . . p. 142).

³⁵ Vide, por exemplo, Tobias Barreto, para quem, na ramificação do direito interno em privado e público, este, quando *limitado* ao modo de organização política, forma o direito constitucional. (Conforme BARRETO, Tobias. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Landy, 2001, pp. 43 – 44).

³⁶ Conforme PERRY, Marvin. **Civilização ocidental**: uma história concisa. Tradução de W. Dutra. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 441. O terceiro estado, em 17 de junho de 1789, tomando uma decisão revolucionária, declarou-se Assembléia Nacional, iniciando um período de reformas. Foram abolidos os privilégios especiais da nobreza e do clero (decretos de 04 de agosto) e estabelecida a igualdade exigida pela burguesia, cujos interesses foram ainda protegidos pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, refletindo as metas liberais e a filosofia do século XVIII; a Igreja passou a ser subordinada ao Estado, extinguindo-se os dízimos, transformando-se os membros do clero em funcionários do governo, eleitos pelo povo e pagos pelo Estado; foi promulgada uma Constituição para a França em 1791, a qual visava a limitar o poder do rei e a garantir a todos os franceses igualdade de tratamento perante a lei; foram implementadas uma série de reformas administrativas e judiciárias, com a criação de 83 novas unidades administrativas (departamentos), além da criação de um sistema padronizado de tribunais, suspendendo-se a venda de cargos, de modo que todos os juízes deveriam ser escolhidos entre advogados formados, devendo as decisões dos tribunais ser baseadas em códigos e leis uniformes; foram também abolidas todas as taxas e tarifas sobre as mercadorias transportadas dentro do país, para proteger as manufaturas francesas, estabelecendo-se um sistema uniforme de pesos e medidas, eliminando-se as guildas e proibindo-se os trabalhadores de formar sindicatos ou fazer greves. (Idem, pp. 432 – 433).

descontentamentos ou grandes agitações sociais. Com isso, a economia brasileira manteve-se tipicamente colonial, não somente durante o Império, mas também durante o primeiro quartel da República: os grupos dominantes mantinham o País subdesenvolvido como condição de sobrevivência de seus privilégios econômicos e meio de ascensão social.³⁷

Ao demais, não deve ser olvidado o fato de que o domínio europeu no Brasil, em razão da colonização portuguesa, foi, como afirma Holanda, “brando e mole, menos obediente a regras e dispositivos do que à lei da natureza”. Os colonizadores não se preocuparam em modificar os procedimentos indígenas, desde que acomodados à produção em larga escala; limitaram-se a repetir o que já estava feito, ou aquilo que lhes ensinara a rotina.³⁸ Assim, as formas de organização econômica, política e social européias foram importadas, sofrendo, entretanto, inevitáveis deformações.³⁹

Sob o aspecto jurídico, houve uma certa contradição ideológica entre a burguesia rural e a mercantil. Enquanto esta aspirava a um regime liberal, que lhe garantisse ampla liberdade de ação, aquela temia as conseqüências de uma democratização de fundo liberal. A contradição foi superada, não somente porque os interesses econômicos de ambas as classes coincidiam, mas, principalmente, porque toda a estrutura política era uma estrutura de fachada.⁴⁰ Por conseguinte, os preceitos revolucionários europeus foram adaptados aos interesses e privilégios das classes dominantes, mesmos privilégios que, na Europa, eram alvos das lutas contra a aristocracia. Os ideais revolucionários franceses foram interpretados da forma que melhor pudessem ser ajustados aos padrões patriarcais vigentes, ensejando uma concepção extrema de “impersonalismo democrático”.⁴¹

³⁷ Conforme GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 24 a 27.

³⁸ Conforme HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26.ed. 21.reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 52.

³⁹ Conforme GOMES, Orlando. **op. cit.** p. 29. Diz ainda o autor que, com a abolição da escravatura e a proclamação da República, foi desencadeado um novo espírito social pela expansão das forças produtivas. O comércio exterior foi amplamente desenvolvido, assegurando um ritmo de crescimento ao País que criou uma situação tranqüila de prosperidade. Entretanto, foi mantida a estrutura do sistema colonial. (Idem, p. 28).

⁴⁰ “O regime representativo, por sua desfiguração através do coronelismo, permitia ao proprietário da terra resguardar-se de investidas contra seus interesses fundamentais. Por outro lado, o sistema de franquias liberais aproveitava, tão-somente, a reduzido número, sendo estranho à grande maioria da população miserável e inculta. E, desse modo, sem grandes abalos, arrastava-se o país pelos corredores da História”. (Idem, p. 29).

⁴¹ “Na verdade, a ideologia impessoal do liberalismo democrático jamais se naturalizou entre nós. Só assimilamos efetivamente esses princípios até onde coincidiram com a negação pura e simples de uma autoridade incômoda, confirmando nosso instintivo horror às hierarquias e permitindo tratar com familiaridade os governantes. A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível aos seus direitos ou privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas. E assim puderam incorporar à situação tradicional, ao menos como fachada ou decoração externa, alguns lemas que pareciam os mais acertados para a época e eram exaltados nos livros e discursos”. (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **op. cit.** p. 160).

Portanto, não causa espanto o fato de, no Brasil, a Constituição ser concebida apenas como um documento formal de organização política. Com um sério agravante, vale ressaltar: enquanto na Europa o espaço da liberdade era o privado, ainda que sob uma bandeira de igualdade formal, a Constituição representava a luta contra o poder absoluto da monarquia e aristocracia; no Brasil, o espaço de liberdade também era o privado, com a diferença de que os ideais revolucionários europeus justificaram o exercício do poder político e econômico pela aristocracia dominante.

Com Bonavides, podem ser identificadas três fases distintas na história constitucional brasileira, de acordo com os valores políticos, jurídicos e ideológicos que influenciaram a elaboração das Constituições pátrias: a primeira fase está vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX; a segunda, ao modelo norte-americano; e a terceira, em curso, é influenciada pelo constitucionalismo alemão do século XX.⁴²

A Constituição do Império, outorgada por D. Pedro I em 1824, que já assinava “Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil”, sofreu forte influência das experiências revolucionárias francesas. O Projeto da Constituinte obedecia ao esquema da tripartição de poderes de Montesquieu. No entanto, a Constituição do Império é a única de que se tem conhecimento que tenha adotado a repartição tetradimensional de poderes de Benjamin Constant. Ao demais, sofreu clara influência da Constituição Francesa de 1791, ao garantir direitos individuais e políticos, formulando, contudo, com originalidade, um capítulo sobre os “deveres dos brasileiros”. Vigorando durante 65 anos, a monarquia constitucional do Império manteve um equilíbrio relativamente estável, sendo uma fase importante no processo de formalização definitiva de um Estado Liberal, ainda que vinculado a uma sociedade escravocrata.⁴³

Com o advento da República, novos valores passaram a influenciar o centro de organização formal do poder: a Constituição e o presidencialismo norte-americanos. Com a Constituição de 1891, o novo Estado constitucional brasileiro converteu-se em um Estado que possuía a plenitude formal das instituições liberais.⁴⁴ Adotou-se o sistema republicano, a forma presidencial de governo, a forma federativa de Estado e todas as técnicas de exercício

⁴² Conforme BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13.ed.rev.at. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 361. Afirma o autor que, nesse processo histórico, nem sempre se eliminou a maior parte das influências recebidas de cada fase ultrapassada; muitas vezes, essas influências foram incorporadas de forma cumulativa. (Ibidem).

⁴³ Idem, pp. 363 – 364.

⁴⁴ A adoção de novos valores deu-se principalmente pela influência de Rui Barbosa, admirador confesso da organização política norte-americana. (Idem p. 365).

de autoridade aptas a coroar uma certa modalidade de Estado Liberal, representando um rompimento com o modelo autocrático do absolutismo monárquico.⁴⁵

Na década de 30, uma forte reviravolta ideológica deixou sua marca no constitucionalismo brasileiro. Com a Constituição de 1934, inaugurou-se a terceira grande época da história constitucional brasileira, cuja manifestação formal mais recente é a Constituição de 1988. Com a Constituição de 1934, foram incorporados positivamente princípios até então ignorados, ressaltando o aspecto social, sob clara influência da Constituição de Weimar, de 1919. As Constituições de 1934, 1946 e 1988 demonstram uma vocação política de disciplinar no texto constitucional uma categoria de direitos que assinala o primado da sociedade sobre o Estado e o indivíduo, tornando o homem o destinatário da norma constitucional, mantendo um certo grau de legitimidade e, durante certo período de tempo, aparência de um regime normal de governo, com o princípio representativo e regras do Estado de Direito, propugnados pelas ideologias do liberalismo. Sob o aspecto formal, pois, as três Constituições referidas demonstram um aperfeiçoamento na seara dos direitos sociais.⁴⁶

Entretanto, as Constituições brasileiras foram redigidas sob a inspiração do direito constitucional clássico, valioso por cimentar politicamente a liberdade — uma das principais contribuições das revoluções burguesas; em contrapartida, esse direito constitucional de um Estado Liberal gerou um espaço constitucional despolitizado, em nome do formalismo, instaurando uma neutralidade de pretensões absolutas.⁴⁷

A Constituição de 1988 acaba, invariavelmente, sofrendo o peso desse constitucionalismo da liberdade, estando sujeita, diante do elevado número de emendas e reformas, a retrocessos sociais, fazendo com que sobreviva o antagonismo revolucionário entre Estado e Sociedade — o governo ainda visto como um mal necessário. Razão possui Canotilho quando afirma que a problemática constitucional está envolta por uma questão de mudança de paradigma: “Ao ‘esquema de artificios técnico-jurídicos’ do Estado de Direito burguês (liberal), assente em pressupostos sóciopolíticos específicos, não se sucedeu uma ‘construção’ racional do Estado Democrático Constitucional”.⁴⁸

⁴⁵ “Durante cerca de 40 anos o Brasil republicano e constitucional perfilhou, exterior e formalmente, na doutrina um constitucionalismo de raízes norte-americanas com a fachada teórica quase perfeita do chamado Estado liberal de Direito”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional...** p. 365).

⁴⁶ Idem, pp. 366 a 369.

⁴⁷ Idem, p. 372. Nesse ponto, faz o autor referência à Constituição da Áustria, redigida por Kelsen sem preâmbulo e sem direitos sociais fundamentais, na linha positivismo que se mostra ultrapassado para nossos dias. (Ibidem).

⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador...** p. 09. De acordo com Warat, a construção de uma nova ordem social exige simultaneamente a desconstrução da ordem de razões que legitimam o atual estado das coisas. Assim, o homem que fala como senhor absoluto da verdade, da razão e da objetividade está “*falsificando sus propias posibilidades de existencia, se esta falsificando a si mismo*”.

Dessa forma, dois fatores conjugaram-se, em um primeiro momento, contribuindo à compreensão de que a Constituição seria apenas um documento formal de organização política do Estado: a própria história do constitucionalismo, que em sua origem estava entrelaçada com a história do liberalismo; e a recepção dos ideais das revoluções burguesas, sendo acomodados aos interesses da aristocracia agrária e mercantil, a ponto de o intervencionismo estatal representar uma forma de preservação dos interesses dos detentores do poder político e econômico, promovendo uma diminuição nas desigualdades socioeconômicas com o intuito de não ser ameaçada a posição de dominação social.⁴⁹

A esses dois fatores deve ainda ser acrescido um terceiro, oriundo do paradigma cartesiano iluminista da filosofia da consciência (esquema sujeito-objeto) e do ideal moderno de deificação da razão e da lei como fonte primordial do Direito: o positivismo jurídico que domina o imaginário jurídico pátrio.

2.1.3 O imaginário jurídico positivista

Kaufmann descreve o positivismo jurídico como uma reação, necessária, contra a arbitrariedade na jurisprudência jusracionalista e à decorrente insegurança jurídica. O século XIX trouxe a idéia da supremacia da lei, em consonância com a concepção de Estado de Bodin: o legislador, portador da vontade do Estado, emite leis como soberano, de modo que o próprio soberano não pode contestá-las, de onde decorre sua validade. Provoca-se uma cisão no conceito de lei, antes uno, reunindo características formais e materiais; a partir de então, distingue-se o conteúdo da lei, em sentido material, com sua validade, decorrente apenas da observação do procedimento legislativo formal, tornando-se, a positividade, a natureza própria do Direito. Qualquer lei é válida, desde que sua emissão tenha respeitado a forma para ela prevista. Ao demais, o positivismo do século XIX teve também como fonte o empirismo, desenvolvido como um positivismo jurídico lógico-normativo. Assim, com a influência do método cartesiano, também a Ciência do Direito passou a fazer uso do método das ciências da natureza.⁵⁰

(WARAT, Luis Alberto. “La construcción de un nuevo orden social”. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* n. 3, Porto Alegre, 2005, p. 167).

⁴⁹ Nesse sentido STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*... pp. 73 – 74. Segundo os autores, essas tendências consolidaram-se justamente na contramão do ordenamento constitucional brasileiro, o qual aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, na perspectiva do que hodiernamente entende-se como Estado Democrático de Direito. (Idem, p. 79).

⁵⁰ Conforme KAUFMANN, Arthur. “A problemática da filosofia do direito ao longo da história”... pp. 114 a 118.

É possível, com Bobbio, enumerar algumas características do positivismo jurídico: (a) o positivismo considera o Direito um fato, não um valor, ou seja, o jurista abstém-se de formular juízos de valor, abordando os fenômenos sociais de forma idêntica aos fenômenos do mundo natural, de onde decorre a teoria da validade do Direito, o formalismo jurídico, segundo a qual a validade do Direito está condicionada unicamente a sua estrutura formal; (b) o Direito é considerado em função do elemento de coação, isto é, apenas é considerado Direito aquele em vigor em uma determinada sociedade, apenas as normas que se fazem valer pela força; (c) o Direito é considerado *sub specie legis*, isto é, prevalece a teoria da legislação como fonte primordial do Direito; (d) o ordenamento jurídico possui como características a coerência e a plenitude, ou seja, não admite a existência de contradição entre normas, bem como exclui a possibilidade da existência de lacunas no Direito; (e) prevalece a teoria da interpretação mecanicista, sobressaindo-se, na atividade do jurista, o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do Direito; (f) por fim, o positivismo jurídico, como um todo, converge para uma teoria da obediência absoluta à lei.⁵¹

A dogmática jurídica somente é possível em razão do positivismo.⁵² Como manifestação discursiva, almeja uma condição de cientificidade, por meio de enunciados informativos e um discurso persuasivo, assegurando, à solução dos conflitos, certeza e segurança jurídicas, exigências modernas do Estado Liberal. Essa característica a denuncia como uma atividade classificatória e sistematizadora das normas jurídicas estatais, aproximando-a do positivismo jurídico, pois está limitada “pela institucionalização do câmbio do direito operacionalizada pela sua positivação, o que reduz o saber jurídico às dimensões da atividade jurisdicional”.⁵³

Esse pensar dogmático e positivista consolida-se no imaginário jurídico pátrio como um discurso lógico, coerente e lacunar, um ideal de ciência como o “conhecer imediato e prático da ação: o senso comum”.⁵⁴ O positivismo como imaginário significa identificação do Direito com um conjunto normativo imposto a uma sociedade, cuja justiça intrínseca

⁵¹ Conforme BOBBIO, Norberto. **El positivismo jurídico...** pp. 141 a 143.

⁵² “O dogmático parte de pressupostos que assume como verdadeiros, sem, porém, dispor de provas dessa veracidade. Ele pensa *ex datis*. O que é afinal o direito? Em que circunstâncias, em que medida e de que forma existe conhecimento do direito? – o dogmático do direito não se põe perante estas perguntas”. (KAUFMANN, Arthur. “Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica”. In _____; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas...** p. 26

⁵³ Conforme CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos:** elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 2.ed. São Paulo: Max Limonar, 2001, p. 65.

⁵⁴ Idem, p. 97.

independe da análise de seu conteúdo, na medida em que permite a realização de um fim almejado, a imposição da ordem e a garantia da segurança jurídica.⁵⁵

A formação desse senso comum, ou sentido comum teórico, como prefere Streck, dá-se nos cursos jurídicos, onde o ensino encontra-se calcado na cultura dos manuais, construindo o imaginário com base em lugares comuns e casuísmos didáticos, os quais, posteriormente, são acriticamente repetidos nos tribunais.⁵⁶ Predomina o dedutivismo, reproduzindo-se inconscientemente a metafísica da relação sujeito-objeto, de modo que o positivismo é a regra, na medida em que a dogmática considera o Direito como mera racionalidade instrumental.⁵⁷

O senso comum teórico, portanto, está atrelado à visão juspositivista do modelo formatado pelo dogma do direito estatal onipresente, em sintonia com a mentalidade liberal-individual que norteou os principais movimentos sociais no Brasil.⁵⁸ A fim de atender a demanda de mercado, os currículos dos cursos de Direito costumam a se restringir à análise dedutivista da dogmática, sem que sejam enfatizados aspectos sócio-políticos e hermenêuticos do Direito, o que se mostra em consonância com o dogma da deificação da lei e a conseqüente função do jurista de apenas reproduzi-la nos esquemas de subsunção normativa,⁵⁹ “fazendo-se desta atividade um ambiente asséptico da avaliação, promovendo apenas a continuidade da burocracia das definições imutáveis”.⁶⁰

Portanto, a crise do ensino jurídico é, na verdade, uma crise do Direito e, como tal, uma crise de paradigmas. Segundo Streck, a crise está assentada em uma dupla face: uma

⁵⁵ Nesse sentido, CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos...** p. 107. Aduz o autor que não se deve confundir positivismo com dogmática. “Esta é apenas uma das faces daquele (...) é a face palpável do positivismo”. (Ibidem).

⁵⁶ Conforme STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise...** p. 82.

⁵⁷ Idem, p. 83.

⁵⁸ Conforme MORAIS, José Luis Bolzan de; COPETTI, André. “Ensino jurídico, transdisciplinariedade e estado democrático de direito”. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica n. 3**, Porto Alegre, 2005, pp. 47 a 49. Nesse aspecto, é interessante lembrar, com Holanda, que os movimentos “reformadores” no Brasil quase sempre partiram de cima para baixo, isto é, foram de inspiração intelectual, de modo que a independência e as conquistas liberais vieram quase de surpresa: “a grande massa do povo recebeu-as com displicência, ou hostilidade”. (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil...** pp. 160 – 161). Tem-se, nesse caso, um exemplo do que Müller denomina de “povo como ícone”. A iconização consiste na mitificação da população, instituindo-a como “padroeira tutelar abstrata”. Essa concepção deita raízes na tradição monárquica mais antiga, escorada na religião. “O rei garantia a sua obra moral perante Deus por meio do sermão de governar *para* ‘o povo’ e para o bem deste”. (MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?:** a questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. 3.ed.rev.amp. São Paulo: Max Limonad, 2003, pp. 67 a 69).

⁵⁹ 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).

⁶⁰ 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.

crise de modelo, pois o senso comum teórico é construído com base na tradição liberal-individualista-normativista; e uma crise epistemológica, pois o paradigma vigente é o da filosofia da consciência.⁶¹ O ensino jurídico e a cultura dos manuais, pois, constituem-se no *medium* onde o paradigma positivista reproduz-se, abrindo caminho para as concepções axiomáticas lastreadas na pseudo-racionalidade intrínseca aos sistemas legais de pretensa completude.

2.2 A DITADURA DAS CODIFICAÇÕES E A IMPOSIÇÃO DE PRECEITOS AXIOMATIZADOS. O DIREITO BRASILEIRO SUBMETIDO AO MÉTODO NA BUSCA POR SEGURANÇA JURÍDICA E A CONSEQÜENTE CARÊNCIA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

2.2.1 O projeto sistemático do jusnaturalismo

A concepção da Constituição como documento de organização política do Estado não foi, à evidência, a única conseqüência do desenvolvimento do constitucionalismo moderno e da construção do Estado Liberal de Direito. As revoluções burguesas, sobretudo, estabeleceram as fundações à dominação racional e à hipertrofia da lei — o binômio direito natural/direito do rei cede ao monismo representado pelo direito positivo estatal, como expressão máxima do liberalismo racional-iluminista.⁶²

Com a liberação dos indivíduos do regime baseado no *status*, o contrato passou a ser o instrumento de sua realização, já que o princípio da igualdade abstrata e formal negava as desigualdades hereditárias e censitárias.⁶³ Essa sociedade marcada pelo individualismo e pelo patrimonialismo, com a burguesia vendo-se livre dos grilhões despóticos do poder monárquico, tornou-se o cenário ideal para uma codificação que consolidasse o dogma racionalista de deificação da lei.⁶⁴

⁶¹ Conforme STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise...** p. 83.

⁶² Conforme CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos...** p. 123.

⁶³ Conforme MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad...** pp. 260 – 261.

⁶⁴ De acordo com Arendt, a queda da monarquia não alterou a relação entre o governo e a nação. A troca de governo não se mostrou capaz de superar essa cisão. Os governos revolucionários, nesse ponto, assim como seus predecessores, não foram “governos do povo” ou, tampouco, “governos pelo povo”; talvez, “governos para o povo”. Houve uma usurpação do poder soberano pelos “autoproclamados representantes”, colocando-se em um patamar de absoluta independência com relação à nação. O problema consistia no fato de que a principal diferença entre a nação e seus representantes não residia na virtude, como pretendia Robespierre, mas exclusivamente na gritante diferença de condição social, a qual veio a lume após o advento da Revolução. Assim, o processo revolucionário foi uma forma de liberação apenas para poucos, sendo que a maioria da

A iniciativa de uma codificação criou um clima cultural distinto do até então vigente, rompendo com a filologia dos romanistas e com os costumes do Medievo, na medida em que partia de um novo método que permitia à ciência uma rigorosa sistematização (institucional) de todo o Direito, com base em poucos, claros e evidentes axiomas.⁶⁵ O discurso jurídico foi guiado à abstração legal, pois, diante da validade instrumental dos axiomas codificados, era imprescindível desvincular o texto dos fatos, deduzindo-se regras particulares a partir de axiomas com pretensão de universalidade. Conseqüentemente, o próprio Direito tornou-se dissociado da realidade social.

As codificações passaram a representar a coerência interna do Estado e a vontade popular. A compilação de todas as normas jurídicas em um corpo codificado garantiria uma maior segurança jurídica, diante da convicção racionalista de que seria possível a existência de um legislador universal que elaborasse leis válidas para todos os tempos e lugares, observando a exigência de um Direito simples e unitário:⁶⁶ “ ‘O Código Civil não é apenas escrito para os juízes e para os jurisconsultos, mas para esclarecer todos os cidadãos’, dizia Tronchet (...), marcando assim o ‘caráter de popularidade’ de toda a codificação”.⁶⁷

Segundo Bobbio, essa concepção apresenta um aspecto de “retorno à natureza”, resultante de um contraste entre natureza e história — para os pensadores do iluminismo, o “Direito histórico” era somente uma “selva” de normas complicadas e arbitrárias, uma espécie de “Direito fenomênico”; para além desse Direito, fundando-se na natureza das coisas cognoscíveis pela razão humana, estaria o verdadeiro Direito, pois a essência da verdadeira realidade é simples, com suas leis harmônicas e ligadas de forma unitária. Assim, também o Direito, fundado na natureza, deveria ser simples e unitário.⁶⁸

Wieacker ressalta que, nos grandes códigos da Europa central, sobrevive até hoje o sistema de Pufendorf, ou seja, a sistematização do Direito pelo jusracionalismo.⁶⁹ Na constituição do Estado moderno, o conceito de poder foi transformado, a ponto de assumir um

população permaneceu na condição de miséria em que viviam na época pré-revolucionária. (Conforme ARENDT, Hannah. **On revolution**... p. 74).

⁶⁵ Idem, ibidem.

⁶⁶ “*Sencillez y unidad del Derecho es el leit-motiv, la idea de fondo, que guía a los juristas que en este periodo luchan por la codificación: se trata de una exigencia que en Francia era especialmente sentida (hasta alcanzar extremos de paroxismo), ya que la sociedad francesa no tenía un único ordenamiento jurídico civil, penal y procesal, sino una multiplicidad de derechos territorialmente limitados*”. (BOBBIO, Norberto. **El positivismo jurídico**... p. 81).

⁶⁷ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**... p. 448.

⁶⁸ Conforme BOBBIO, Norberto. **op. cit.** p. 81. Essa concepção tem sua mais peculiar expressão em Rousseau. Os juristas revolucionários, inspirados justamente nas concepções roussonianas e iluministas em geral, propuseram-se a eliminar o conjunto de normas produzidas pelo desenvolvimento histórico, instaurando em seu lugar um Direito fundado na natureza e, como tal, adequado às exigências humanas universais.

⁶⁹ Conforme WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**... p. 350.

papel central. Com o aristotelismo político do início do século XVII, o *imperium* era tido como uma das manifestações da virtude, ou um dos meios pelos quais ela se realizava; já no Estado configurado pelo direito natural moderno, os termos dessa relação foram invertidos: o poder tornou-se condição para que fossem realizados a sociabilidade e o Direito. Essa inversão proporcionada pelo jusnaturalismo moderno foi afirmada na obra de Pufendorf. Sua redefinição do conceito de poder operou-se em dois momentos fundamentais da dedução jusnaturalista: na definição de sociabilidade e na fundação do Direito.

Com relação ao Direito, isso significou que, tanto o Direito como a sociedade, somente existiriam no Estado e sob a égide do poder. A soberania, invocada para proteger o Direito, tornaria impossível qualquer forma de justiça independente ou superior ao Estado. Uma vez determinado que somente seria justo o comportamento que obtivesse sanção política, o monopólio do Direito caberia exclusivamente ao Estado.⁷⁰

Daí a influência de Pufendorf nas codificações, estabelecendo os requisitos metodológicos de uma ética social autônoma e sistemática, ordenando o conteúdo ético e intelectual das teorias sociais medievais por meio da construção de uma teoria válida, com pretensão de generalidade, do direito natural profano, abrindo, assim, o caminho para uma influência direta do direito natural jusracionalista sobre a ciência jurídica positiva. O seu sistema geral foi desenvolvido por meio da dedução racional em cadeia e da observação empírica, processo que somente pôde ser explicado a partir do racionalismo cartesiano. A influência do método de Descartes possibilitou a Pufendorf a criação de uma “*política architectonica*”, reconduzindo cada parte componente a um axioma, matematicamente formulado.⁷¹

Ao demais, foi por meio de Descartes que Pufendorf correlacionou dedução e indução, axiomas e observação, método sintético e analítico, constituindo uma nova forma de ligação direta com a realidade social. Foi a partir dessa combinação entre dedução e observação que Pufendorf apresentou os elementos do primeiro sistema de uma teoria geral do Direito, pela qual determinou o conteúdo do próprio Direito Natural, enriquecendo-o. Seu sistema, em certa medida, corresponde ao sistema construído por Newton em sua *Philosophiæ Naturalis*.⁷²

⁷⁰ Conforme SCATOLLA, Merio. “Ordem e *imperium*: das políticas aristotélicas do começo do século XVII ao direito natural de Pufendorf”. In DUSO, Giuseppe (org.). **O poder: história da filosofia política moderna**. Tradução de Andrea Ciacchi, Lissia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis: Vozes, 2005, pp. 103 a 108.

⁷¹ “Pufendorf ultrapassa no entanto seus predecessores, não apenas por ser mais completo e minucioso, o que corresponde a uma exigência sistemática mais compreensiva, mas também pela sua multifacetada perfeição, pela plasticidade da sua observação da realidade e pelos seus pontos de vista de natureza prática, cheios de vida e de fecundidade”. (WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno...** p. 352).

⁷² Idem, p. 348.

O pensamento de Wolff também influenciou o movimento codificador, como discípulo de Pufendorf. O impacto de suas teorias foi, entretanto, sobretudo de natureza pedagógica, em razão de suas exigências sistemáticas. Sua contribuição particular residiu na concretização da ética social natural, ao construir um espaço histórico e político situando príncipe e súditos em uma relação recíproca de deveres, visando à “bem aventurança dos súditos”. Essa aproximação entre direito natural e direito positivo fez com que fosse possível a realização da moral natural em uma legislação positiva, atingindo o racionalismo ético do primeiro jusracionalismo seu ponto mais elevado. Wolff fez uma exposição sistemática por meio de uma dedução exaustiva dos princípios de direito natural, partindo de axiomas e descendo até pormenores, excluindo todos os elementos indutivos, aspirando ao rigor da prova geométrica, resultante do princípio do terceiro excluído.⁷³ O fundamento do valor dos princípios constituía-se pela ausência de contradição das expressões lógicas, sendo preenchidos pela ética material jusnaturalista.⁷⁴

A influência de Wolff foi ainda maior, uma vez que não só seu sistema lógico serviu de fundamento de vários códigos jusracionalistas, consolidando seu programa lógico-dedutivo a partir de princípios superiores e conceitos gerais, cujo valor construtivo previamente fixado nunca mais abandonou a ciência jurídica especializada, como foi, segundo Wieacker, o “verdadeiro pai daquela ‘jurisprudência dos conceitos’ ou ‘construtiva’ que dominou a pandectística do séc. XIX, de Puchta a Windscheid e à ‘Parte Geral’ de Andreas Von Thur”.⁷⁵

A partir das teorias de Wolff, Puchta guiou a ciência jurídica de seu tempo ao caminho de um sistema lógico no estilo de uma “pirâmide de conceitos”, determinando, assim, sua evolução para uma jurisprudência dos conceitos formal. As proposições jurídicas singulares que constituíam o Direito de um povo encontravam-se, umas com relação às outras, em um nexu orgânico que se transmudava em um nexu lógico entre conceitos, fonte de conhecimento de proposições jurídicas ainda não inteligidas.⁷⁶ A idéia central da teoria de Puchta, portanto, era a de que cada conceito superior autorizaria certas afirmações; por conseguinte, se um conceito inferior era subsumido ao superior, seriam válidas obrigatoriamente para aquele

⁷³ Conforme WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno...** pp. 361 – 362.

⁷⁴ Villey afirma que Wolff trabalhava com a noção de homem considerado individualmente, como átomo, à moda dos nominalistas, alegando, por conseguinte, que o homem era destinado à perfeição de seu ser, por natureza: portanto à perfeita liberdade, à riqueza e à felicidade. (Conforme VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito.** Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 149).

⁷⁵ WIEACKER, Franz. **op. cit.** p. 363.

⁷⁶ Conforme LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Tradução de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 23 – 24.

todas as afirmações que fossem feitas em relação a este, isto é, o conceito supremo determinaria os restantes que dele fossem deduzidos.⁷⁷

De acordo com Larenz, a grande maioria dos juristas do século XIX que não enveredou pelo caminho “pseudocientífico-natural” de Jhering, adotou o modelo do pensamento conceitual formal e a tendência para um sistema fechado de conceitos, a partir de Puchta.⁷⁸

Como o último sistematizador do “Direito comum”, Windscheid fundamentalmente segue a linha de Puchta. A lei não era, para Windscheid, simples expressão do poder do legislador, mas a consolidação da sabedoria dos séculos precedentes. A fonte última do Direito positivo já não era a simples vontade, mas a razão dos povos. Se o Direito, por sua contingência histórica, era algo de racional, seria suscetível de uma elaboração científica, não apenas de caráter histórico, mas de caráter sistemático. Windscheid via o Direito como algo histórico e, simultaneamente, racional, mas por um prisma subjetivo, como a “vontade racional do legislador”. Foi, portanto, um pensador do positivismo legal racionalista: sendo o Direito equiparado à lei, esta é a expressão da vontade racional de um legislador histórico e idealizado.⁷⁹

Assim, a idéia de sistema de Windscheid está baseada na distinção entre a vontade fática e consciente do legislador e sua vontade “verdadeira”, que repousaria na coerência racional do seu pensamento: o verdadeiro pensamento de uma proposição jurídica revelar-se-ia nos conceitos jurídicos, de modo que, somente partindo da apreensão plena dos conceitos

⁷⁷ Afirma Larenz que a teoria de Puchta está em conformidade com a noção de sistema como o “desabrochar” de uma unidade numa diversidade, de modo a se identificar, no sistema, algo coeso do ponto de vista do sentido. Pode-se pensar nessa unidade como um organismo, ou seja, como uma totalidade significativa “que habita a diversidade e que só nela e com ela se manifesta”, como as noções sistemáticas de Hegel, Schelling e Savigny; ou pode-se pensar a unidade como conceito geral abstrato, livre de particularidades, tipo de unidade que conduz à lógica formal. Puchta seguiu, com respeito a essa distinção, Savigny quanto à teoria das fontes do Direito, utilizando uma linguagem correspondente ao pensamento “organológico” de Schelling e dos românticos. Contudo, a maneira como construiu os conceitos a partir de um processo lógico-dedutivo deriva diretamente do racionalismo do século XVIII, em especial do pensamento de Wolff. (Conforme LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**... pp. 22, 23 e 27).

⁷⁸ Idem, p. 34. Nenhum outro pensador, além de Savigny, foi de tão grande importância para a evolução da metodologia jurídica como Jhering: “A função sistemática da ciência do Direito, a que, em comparação com a histórica e a interpretativa, Jhering atribui um nível superior, consiste aqui em demonstrar cada um dos institutos e as correspondentes proposições jurídicas nos seus elementos lógicos, em destilar estes últimos na sua pureza e em deles extrair, através de combinações, tanto as normas já conhecidas como normas novas. O resultado desta desarticulação e rearticulação lógica é o de que a ciência, em vez da imensa multidão das mais diversas proposições jurídicas, ganha um número nítido de corpos simples, com que pode, caso lhe peçam, reconstituir de novo aquelas proposições. A vantagem, porém, não se limita apenas a esta simplificação, pois os conceitos conseguidos não são puras decomposições de proposições jurídicas dadas, a partir das quais só estas últimas se possam reconstruir: vantagem ainda maior reside no incremento que, através disso, o Direito efectua a partir de si próprio – num crescer desde dentro”. (Idem, p. 31).

⁷⁹ Idem, pp. 34 – 35.

jurídicos, decompostos nos seus elementos de pensamento, e novamente a partir deles articulados, alcançar-se-ia a “conexão intrínseca” das proposições jurídicas.⁸⁰

Foi Leibniz, no entanto, o pensador mais ardoroso na construção de um Direito racional por meio de sistemas dedutivos, influenciando sobremaneira as teorias de Wolff.⁸¹ É da vertente leibniziana do Direito Natural que provém a idéia de que o Direito é sistema, no sentido de uma “ordem normativa homogênea” — idéia esta transmitida à pandectística.⁸²

Leibniz, como pensador de uma época em que não havia fronteiras entre as ciências, possuía também formação matemática, razão pela qual a construção de um sistema racional de Direito foi baseada naquela ciência.⁸³ Sua idéia de codificação encontrava-se enraizada na possibilidade de um cálculo lógico geral em relação a todas as ciências.⁸⁴ De qualquer sorte, ainda que Leibniz não tenha levado a cabo sua empresa, deixou como legado a noção de um sistema fechado, formado por normas jurídicas como proposições ordenadas, completas e coligadas entre si, legado este que influenciou marcadamente as concepções filosóficas de Teixeira de Freitas.⁸⁵

Dessa forma, o grande projeto jusnaturalista e racional-iluminista de elaboração de um código foi afirmado desde o início do processo revolucionário francês. Em 1790, com a instalação da Assembléia Nacional Constituinte, decidiu-se pela redação de um código civil único para todo o reino, que fosse “simples, claro e apropriado à Constituição”, acalentando o ideal utópico de supressão dos tribunais e advogados, pois, “quando cada um conhecer o seu direito, já ninguém o infringirá”.⁸⁶

2.2.2 O legado do Código Napoleônico

Entrando em vigor em 1804, o *Code Napoléon* representou o Estado social e político

⁸⁰ Conforme LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**... p. 37.

⁸¹ Conforme VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**... pp. 308 – 309.

⁸² Idem, p. 309. Afirma Villey que a noção do Direito como sistema não passa de uma ilusão: “os grandes tratados da Escola do direito natural provavelmente devem sua existência e sua fortuna momentânea unicamente ao declínio, na mesma época, do ensino da lógica. A exceção de Leibniz confirma a regra, já que sua tentativa fracassou”. (Ibidem).

⁸³ Conforme ANDRADE, Fábio S. **Da codificação: crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 44.

⁸⁴ Conforme WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**... p. 366.

⁸⁵ Conforme MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1.ed. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 146.

⁸⁶ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**... p. 450. Siéyès sustentava que, quando fosse realizada a codificação, o procedimento judicial se converteria somente em um juízo de fato, na mera verificação da ocorrência dos fatos previstos na lei, de modo que o Direito seria tão claro que não apresentaria dificuldade alguma, já que todas as questões que tradicionalmente comportavam um juízo eram exclusivamente fruto da multiplicidade e de uma complicação irracional das leis. (Conforme BOBBIO, Norberto. **El positivismo jurídico**... pp. 82 – 83).

de seu tempo, refletindo uma tendência à conciliação das conquistas civis e políticas revolucionárias, com o desejo de estabilidade econômica e social baseada na família e na propriedade. Garantiria, assim, a liberdade civil de todos os indivíduos, principalmente a liberdade de contratar, mantendo a abolição dos direitos feudais.

Do jusnaturalismo, herdou o *Code* a noção de sistema; do jusracionalismo, a crença na lei. Somente com o *Code* a igualdade jurídica (formal) e a liberdade dos indivíduos, notadamente nas esferas contratual e econômica, tornaram-se “axiomas vivos de uma nova imagem de sociedade”, de tendência “anti-feudal, igualitária e centralizadora”.⁸⁷

A observância acrítica dos preceitos codificados, com base na crença em um legislador universal, deu ensejo a uma interpretação passiva do *Code*. Bobbio ressalta a interpretação do art. 4º do Código Napoleônico, onde fundamentados os preceitos da Escola da Exegese. De acordo com o referido artigo, o juiz deveria sempre decidir a controvérsia que lhe fosse apresentada, não podendo, em hipótese alguma, abster-se de julgar alegando não oferecer a lei *regula decedendi*. Havia apenas três situações em que o juiz poderia encontrar dificuldades para o julgamento de uma causa: em caso de obscuridade da lei, hipótese em que o juiz deveria aclarar, por meio de interpretação, a disposição legislativa obscura; insuficiência da lei, caso em que o juiz deveria proceder à integração da lei; silêncio da lei (lacunas), quando deveria o juiz suprir a lei, a fim de obter, por algum modo, a regra adequada para solução da controvérsia em exame.⁸⁸

No caso de silêncio e de insuficiência da lei, o problema fundamental que se colocava era o de que o juiz, necessitando de uma regra para suprir a lei, deveria buscá-la no *interior* do mesmo sistema legislativo ou *fora* dele, por meio de um juízo pessoal de equidade (auto-integração e hetero-integração do ordenamento jurídico, respectivamente). Com base no dogma da onipotência do legislador, a solução assumida pelo positivismo jurídico é a primeira: o juiz deve encontrar sempre no interior da lei a solução para todos os casos, presumindo-se a completude do ordenamento jurídico.⁸⁹

Segundo Bobbio, a *ratio* do art. 4º era evitar os inconvenientes da prática judicial imposta durante a Revolução, “por la que los jueces, cuando no disponían de un norma legislativa precisa, se abstenían de decidir la causa y reenviaban los actos al poder legislativo para obtener disposiciones sobre el caso”.⁹⁰ Os redatores do *Code* pretenderam eliminar essa possibilidade, impondo, a partir do art. 4º, a obrigação ao juiz de decidir todos os casos. Esse

⁸⁷ Conforme WIEACKER, Franz. **História do direito privado**... pp. 390 – 391.

⁸⁸ Conforme BOBBIO, Norberto. **El positivismo jurídico**... p. 89.

⁸⁹ *Idem*, p. 89.

⁹⁰ *Idem*, p. 92.

artigo, no entanto, foi compreendido pelos primeiros intérpretes do Código no sentido de que o juiz deveria sempre extrair da mesma lei a norma para resolver qualquer controvérsia: “De hecho, tal artículo ha sido uno de los argumentos más frecuentemente citados por los iuspositivistas para demostrar que, desde el punto de vista del legislador, la ley comprende la regulación de todos los casos (es decir, para demostrar la así llamada plenitud de la ley)”.⁹¹

Nessa forma de compreender o art. 4º se baseou a escola de intérpretes do Código, a Escola da Exegese. Essa Escola tinha na codificação uma espécie de prontuário para solucionar todas as controvérsias. Buscar uma solução no Código representava uma forma mais simples e breve do que buscar uma solução nas demais fontes do Direito, como os costumes e precedentes, por exemplo, formas mais complexas e difíceis de serem operadas. A mentalidade dos juristas estava dominada pelo argumento de autoridade, isto é, pela vontade do legislador estabelecida na norma jurídica. Com a codificação, a vontade do legislador passou a ser expressa de forma segura e completa, sendo, pois, indicado ater-se ao prescrito pela autoridade soberana. Ao demais, pela doutrina da separação de poderes, o juiz não poderia em hipótese alguma criar Direito, sob pena de invadir a esfera de competência do legislador. Resulta daí o princípio da certeza do Direito, pelo qual os membros de uma sociedade somente podem ter no Direito um critério seguro de conduta se puderem conhecer, antecipadamente e com exatidão, as conseqüências de seu comportamento: a certeza é garantida pelo corpo estável de leis, devendo o juiz basear-se em suas normas, e não em outros critérios, para solucionar as controvérsias decorrentes da vida privada.⁹²

Entre os principais expoentes da Escola da Exegese está Demolombe, cujo prestígio decorreu de seu *Cours de Code Napoléon*, em 31 volumes produzidos entre 1845 e 1876. Demolombe realizou uma inversão nas relações entre direito natural e direito positivo,

⁹¹ BOBBIO, Norberto. **El positivismo jurídico**... p. 92.

⁹² Idem, pp. 93 – 94. A propósito, a doutrina de Montesquieu: “O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer. Desta forma, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se têm continuamente juizes sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não os magistrados. (...). Os dois outros poderes poderiam ser dados antes a magistrados ou a corpos permanentes, porque não são exercidos sobre nenhum particular; sendo um apenas a vontade geral do Estado, e o outro a execução desta vontade geral. Mas, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo, a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos. (...). Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juizes 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. Assim, é a parte do corpo legislativo que acabamos de dizer ter sido, em outra oportunidade, um tribunal necessário que se mostra de novo necessária agora; sua autoridade suprema deve moderar a lei em favor da própria lei, sentenciando com menos rigor do que ela”. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Muracho. 2.ed. 2.tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 169, 170 e 175).

tipicamente positivista: o direito natural somente teria relevância se fosse consagrado pelo direito positivo, afirmando o dogma da plenitude da lei e do culto ao texto da lei.⁹³

O Código Napoleônico exerceu, pois, grande influência durante o século XIX, servindo como modelo de codificação para diversos países.⁹⁴ Também no direito privado alemão o *Code* exerceu influência, sendo recomendado não somente pelos partidários do domínio napoleônico, como também por patriotas como Thibaut, constituindo um importante elemento para a unidade européia, por ressaltar a liberdade civil.⁹⁵

Em 1814, após uma jornada de estudos em Paris, Thibaut propõe uma codificação comum a toda Alemanha, visando ao fortalecimento global da consciência da nação, repartida por dinastias territoriais.⁹⁶ O Código Civil alemão (BGB), assim, foi publicado em 1896, entrando em vigor somente em 1900, correspondendo ao ideal positivista da plenitude da lei e da estreita vinculação do juiz ao texto legal. Como afirma Wieacker, por meio de uma “estrutura conceitual rigorosa e de uma renúncia quase total à casuística, ele obtém, duma só vez, as suas famosas clareza e coerência”.⁹⁷ Sob a influência dos rigorosos postulados conceituais e sistemáticos da Pandectística, o BGB não constituiu a expressão de uma tendência social e politicamente unitária, mas, sim, uma tentativa de equilibrar vários sistemas de valores, os quais, na história social alemã do século XIX, mantiveram-se apartados. Em contrapartida, foi grandiosa sua contribuição em termos de técnica jurídica, constituindo-se, ao lado do *Code Civil*, modelo de peça legislativa.⁹⁸

É possível, dessa forma, ao lado do desenvolvimento de uma noção de Constituição como mero documento de organização política do Estado, verificar-se o desenvolvimento próprio do direito privado, indiferente às questões sociais, contribuindo à consolidação da concepção de carência normativa da Constituição. Sendo o privado o espaço para o exercício de liberdades, consagrando-se os dogmas filosóficos e políticos dos pensadores iluministas do

⁹³ Conforme BOBBIO, Norberto. **El positivismo jurídico...** pp. 101 – 102. “*Esta posición está expresada ejemplarmente en las siguientes palabras de Demolombe: ‘Mi lema, y también mi profesión de fe es: ¡los textos antes que nada!’*”. (Idem, p. 102).

⁹⁴ Conforme GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito...** pp. 456 – 457.

⁹⁵ Conforme WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno...** pp. 392 – 393.

⁹⁶ Idem, p. 445. A proposta de Thibaut encontra resistência em Savigny que, em seu *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, afirma serem todas as codificações “inorgânicas” e, por isso, prejudiciais ou inúteis, já que o Direito somente se formaria “organicamente” a partir das convicções do povo, ou seja, através do costume, da ciência e da prática. (Idem, p. 446).

⁹⁷ Idem, p. 544.

⁹⁸ Idem, p. 554.

século XVIII, o esforço jurídico estava concentrado na elaboração jusnaturalista de uma sistemática que sintetizasse na lei todas as conquistas liberal-burguesas.⁹⁹

O positivismo jurídico, portanto, estava baseado em preceitos do positivismo científico, na medida em que as normas jurídicas e sua aplicação deveriam ser deduzidas exclusivamente a partir do sistema e de conceitos gerais.¹⁰⁰

2.2.3 A codificação no Direito brasileiro

Assim como o direito brasileiro não permaneceu imune às influências filosóficas, políticas, sociais e jurídicas europeias, na seara do direito público, também na esfera do direito privado esses movimentos foram assimilados, formatando o caráter positivista do imaginário jurídico dominante.

Em que pese Portugal ter adotado um Código Civil no ano de 1867, no Brasil as Ordenações (Afonso de Albuquerque – 1446; Manuelinas – 1514; e Filipinas – 1603) vigoraram até 1917, ano em que o Código Civil de Clóvis Beviláqua entrou em vigor.

A Constituição do Império de 1824, em seu art. 179, nº 18, prescreveu a elaboração de um Código Civil e um Código Criminal, adaptados às necessidades brasileiras. Em 1855, o governo imperial determinou, como medida preliminar à codificação, a elaboração de uma consolidação do direito civil pátrio, tarefa da qual foi encarregado Teixeira de Freitas.¹⁰¹ Com base nas proposições sistemáticas de Leibniz, Teixeira de Freitas organizou a Consolidação, projetando uma estrutura escalonada de conceitos, do mais amplo ao menor, dividindo-a em uma parte geral e uma parte especial, consagrando a concepção de que a norma jurídica incide sobre os fatos, de modo a serem destacados os fatos que precisam ser caracterizados a fim de formar tipos, perfazendo o objeto das normas.¹⁰² Esses preceitos sistemáticos foram, por sua

⁹⁹ De acordo com Gilissen, os ideais filosóficos e políticos dos pensadores iluministas convergiam ao estatismo e ao racionalismo: “Estatismo: a concepção legalista consagra o culto do Estado-Deus e da soberania da nação; o legislador, sozinho, cria o direito. Racionalismo: as leis devem ser interpretadas racionalmente, logicamente; a experimentação, a história, o direito comparado, nada disso tem qualquer interesse para o jurista”. (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**... p. 516).

¹⁰⁰ Conforme WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**... p. 492. O autor aponta, partindo da dedução do Direito exclusivamente a partir do sistema e dos conceitos gerais, algumas conseqüências de caráter eminentemente positivista: a ordem jurídica constitui um sistema fechado e, como tal, independente da realidade social, de modo que todas as situações jurídicas podem ser solucionadas por meio de uma operação lógica de subsunção normativa; como sistema fechado, tem como pressuposto a plenitude: o juiz encontra as soluções para todos os conflitos decorrentes da vida social exclusivamente pelo ato lógico da correta subsunção. Mesmo no caso de lacunas, o juiz não cria Direito novo, apenas revela a solução até então latente, contida no próprio sistema. (Idem, pp. 494 a 498).

¹⁰¹ Conforme PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil v. I**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 54.

¹⁰² Conforme MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**... p. 251.

vez, incorporados pelo Código de Beviláqua, nascido com pretensão de completude sistemática, consagrando, no Brasil, o dogma positivista da onipotência do legislador.¹⁰³

Além disso, por possuir o País uma estrutura econômica baseada no sistema colonial e no liberalismo, a discussão sobre a questão social que permeava a Europa do primeiro pós-guerra, e que inspirou o constitucionalismo de Weimar, não teve nenhuma influência na elaboração do Código Civil de 1916, que se manteve fiel à mentalidade dominante do individualismo jurídico.¹⁰⁴

Até certo ponto, é compreensível que, mesmo tendo entrado em vigor somente em 1916, o Código Civil tenha sofrido tardiamente as influências dos pensamentos jusnaturalistas e juracionistas que já estavam sendo confrontados no velho continente. Enquanto os ventos da modernidade fustigavam a Europa revolucionária, a escravidão no Brasil foi abolida somente em 1888; o modelo social predominante era o da família organizada de acordo com as normas do velho direito romano-canônico, refletindo, por conseguinte, no convívio social, as determinações próprias de uma comunidade doméstica, núcleo de poder particularista e antipolítico.¹⁰⁵ Incompreensível é o fato de que, em 2002, tenha sido promulgado um novo Código Civil, sob a coordenação de Reale, mantendo-se as linhas básicas e estrutura sistemática do Código de 1916 (e, com isso, toda a influência racional-positivista), em gritante desalinho com as conquistas e avanços sociais institucionalizados pela Constituição de 1988.¹⁰⁶

Segundo afirma expressamente Reale, a Comissão responsável pela elaboração do Código, da qual foi supervisor, estabeleceu, “entre seus propósitos iniciais, o de conservar o máximo possível o disposto no Código de 1916”. Afirma ainda que a codificação de 1916 é “merecedora de sobreviver quanto à sua estrutura”.¹⁰⁷ Ora, manter a estrutura do Código de 1916 significa manter uma concepção de Direito velha, ultrapassada e inadequada ao Estado

¹⁰³ “Seu espírito é oitocentista, bem como a concepção de sistema que nele pode ser retratada – o sistema como ordem e unidade interna, dotado da pretensão da completude ou plenitude legislativa. (...). Entre estas [influências] ressalta o germanismo da Escola de Recife, capitaneada pelo gênio de Tobias Barreto, e o positivismo de Augusto Comte, que animara a proclamação da República”. (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado...** pp. 259 – 260).

¹⁰⁴ Conforme GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil...** p. 33. Diz o autor que Beviláqua não ignorava a reação contra o individualismo que estava crescendo na Europa. Sua posição, no entanto, era a de que o Código não era o meio adequado para incorporar essas “novas idéias”, evitando-se uma intervenção indesejável na “economia da vida social”. (Idem, pp. 36 a 38).

¹⁰⁵ Conforme HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil...** pp. 81 – 82.

¹⁰⁶ Pertinente a ressalva de Adeodato, para quem, no contexto de países periféricos como o Brasil, a efetivação de certas normas constitucionais parece ser empiricamente impossível, de modo que não se pode transformar o País apenas por meio de promulgação de textos normativos em um Estado Social e Democrático de Direito. (Conforme ADEODATO, João Maurício. “Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites”. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica n. 2**, Porto Alegre, 2004, p. 172).

¹⁰⁷ REALE, Miguel. **Estudos preliminares do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 35 e 40.

Democrático que se pretende consolidar no Brasil, consagrando-se, a um só tempo, o culto exegético ao texto da lei, o racionalismo matematizante das construções sistemáticas do jusnaturalismo, além do conceptualismo abstrato-positivista da Pandectística e do paradigma cartesiano da filosofia da consciência.

Não causa espanto, pois, a carência normativa da Constituição, diante da afirmação de Reale de que “o Código Civil é a *constituição do homem comum*”, no sentido de que a Constituição é a “Lei Maior” somente de acordo com “a ordem hierárquica das competências”; sob o ponto de vista “histórico-cultural (...) a Lei Civil surge como o ordenamento mais estável”, de modo que, pelo prisma do culturalismo, “o Código Civil é, a bem ver, a Constituição fundamental”.¹⁰⁸

O Código Civil, de acordo com Reale, não faz distinção entre os seres humanos, não os considera “enquanto se diversificam por seus títulos de cultura, ou por sua categoria social”; os seres humanos são considerados como pessoas situadas, “com direitos e deveres, na sua qualidade de esposo ou esposa, pai ou filho, credor ou devedor, alienante ou adquirente, proprietário ou possuidor, condômino ou vizinho, testador ou herdeiro etc”.¹⁰⁹

Nem mesmo o ingênuo Cândido aceitaria passivamente ser persuadido de que “o mundo da codificação” é o “melhor dos mundos possíveis”.¹¹⁰ O problema do formalismo conceitual da Pandectística e do esquema sujeito-objeto consagrados pela codificação reside justamente no fato de os seres humanos não serem considerados por seus títulos de cultura e por sua categoria social! O ser humano é “coisificado” e classificado de acordo com categorias abstratas: o homem não é homem; o homem é proprietário, é credor, é herdeiro, é devedor, etc, isto é, uma categoria, um objeto, uma coisa.

O conceptualismo abstrato foi elevado a um paroxismo por Reale, a ponto de afirmar que “dentre todos os entes, o homem, de uma forma *originária e fundante, é e deve ser, e, mais ainda, que o ser homem é o seu dever ser*”.¹¹¹ Isso significa, no paradigma vigente no Direito brasileiro, que a sociedade está enclausurada pelos limites objetificantes dos axiomas matemáticos e sistematizantes da codificação, como se, por meio do Código, uma verdade

¹⁰⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 20.ed.rev. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 354.

¹⁰⁹ Idem, *ibidem*.

¹¹⁰ Em *Cândido*, Voltaire ridiculariza a visão otimista do sistema de Leibniz, para quem o nosso mundo é o melhor de todos os mundos possíveis, por meio da série de infortúnios vividos por Cândido: Cândido foi expulso de onde morava, foi preso e torturado, perdeu sua amada e seus amigos (em todas as situações padecendo com verdadeiros requintes de crueldade). Entretanto, em cada uma dessas ocorrências, meditava sobre como explicar o melhor dos mundos possíveis. (Conforme VOLTAIRE, Françoise Marie Arouet. **Cândido ou o otimismo**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004).

¹¹¹ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5.ed. 5.tir. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 84 – grifos no original.

superior falasse, trazendo à vida a representação de que existe, na sociedade, uma ordem natural onde os lugares estão predeterminados, onde cada um assume o seu lugar¹¹² e representa o seu papel de proprietário, credor, devedor, testador, herdeiro, empresário, etc, fomentando o panorama já desolador de exclusão social, onde aqueles que não se enquadram em nenhuma das referidas categorias patrimonializantes permanecem marginalizados, ou seja, em “seu lugar”.

Por conseguinte, a validade das normas infraconstitucionais não encontra respaldo no conteúdo axiológico-normativo da Constituição; a validade está condicionada pela vinculação e correspondência com o sistema próprio de verdade formal construído pela codificação, confundindo-se, com Reale, as noções de vigência e validade: “(...) é preciso reconhecer que todos os modelos jurídicos só podem *valer*, isto é, ter *vigência* e *eficácia* no âmbito de validade traçado ou consentido pelas *normas constitucionais que distribuem originariamente as esferas de competência*”.¹¹³

A deificação da técnica legislativa e da codificação ilustra o grande paradoxo em que está imerso o Direito brasileiro, paradoxo que, ainda assim, formata sem resistência o imaginário dominante.¹¹⁴ Por um lado, encontrar na codificação a grande saída para os problemas sociais que enfrenta o Brasil explicita o paradigma positivista vigente no Direito brasileiro; por outro, a par de não ser a Constituição respeitada como programa que constitui a sociedade, tampouco é respeitada “como lei”. O paradigma do positivismo brasileiro está, a um só tempo, atrelado à completude da codificação, bem como a uma crise de legalidade representada pela inefetividade dos dispositivos constitucionais.¹¹⁵

Mantendo coerência com o sistema racionalista, unitário e axiomático do Código, o legislador, temendo o isolamento da lei diante da dinâmica social, tira da cartola a “moderna” técnica legislativa das cláusulas gerais, cuja inspiração buscou na redação de 1896 do BGB. Segundo Wieacker, o legislador do BGB conseguiu situar-se entre uma “abstracção empobrecedora e uma casuísta acanhada”, por meio das cláusulas gerais, vistas como uma

¹¹² Conforme STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise...** p. 29. Afirma ainda o autor que essa ordem engendra uma violência simbólica da ordem social, construindo um imaginário a ponto de se fazer “uma amálgama do que não é amalgamável”, principalmente através dos meios de comunicação de massa. (Idem, pp. 29 – 30).

¹¹³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito...** p. 195. Grifos no original.

¹¹⁴ “O tridimensionalismo realeano ultrapassa o formalismo positivista, incorporando, à esfera do saber jurídico, elementos dispensados pela depuração de Kelsen. Entretanto, constitui mais uma variante do positivismo legalista de nosso século”. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos...** p. 96).

¹¹⁵ Conforme STRECK, Lenio Luiz. **op. cit.** p. 27.

“notável concessão do positivismo e à auto-responsabilidade dos juízes”,¹¹⁶ entendimento corroborado por parte expressiva da doutrina brasileira.¹¹⁷

Não é de estranhar, portanto, que no paradigma da deificação da técnica legislativa os problemas de uma democracia incipiente como a brasileira sejam enfrentados pelo meio “mágico” das reformas legislativas, em detrimento da realização do programa constitucional.¹¹⁸ Note-se que a adoção de cláusulas abertas não promove qualquer alteração de paradigma, tampouco constituindo meio de superação do positivismo. O positivismo pauta a codificação, sendo a adoção das cláusulas abertas um dos elementos que o caracterizam.

¹¹⁶ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno...** pp. 545 – 546.

¹¹⁷ Para Reale, “O resultado da compreensão superadora da posição positivista foi a preferência dada às *normas ou cláusulas abertas*” (REALE, Miguel. **A boa-fé no Código Civil**. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em 04.09.2005); Tepedino, ainda que contrário à idéia de codificação, afirma que “no que tange à técnica interpretativa, não pode o operador manter-se apegado à necessidade de regulamentação casuística, já que o legislador vem alterando a sua forma de legislar, preferindo justamente as cláusulas gerais (...). Cláusulas gerais equivalem a normas jurídicas aplicáveis direta e imediatamente nos casos concretos, não sendo apenas cláusulas de intenção” (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2.ed.rev.at. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 18 – 19); para Martins-Costa, “As cláusulas gerais têm a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico. Esta mobilidade deve ser entendida em dupla perspectiva, como mobilidade externa, isto é, ‘abre’ o sistema jurídico para a inserção de elementos extrajurídicos, viabilizando a ‘adequação valorativa’, e como mobilidade interna, vale dizer, a que promove o retorno, dialeticamente considerado, para outras disposições interiores ao sistema” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado...** p. 341); de acordo com Pezzella, “Cláusulas gerais existem por autorização do próprio legislador, que admite a impossibilidade, e por vezes a inconveniência de previsão legislativa casuística, optando por deixar em *aberto* para que a jurisprudência e a doutrina formulem os critérios mais apropriados para preenchê-las” (PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. “Código Civil em perspectiva histórica”. In SARLET, Ingo Wolfgang. **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 52, nota nº 44); Ferreira da Silva diz que “A técnica legislativa adotada foi a de estabelecer cláusulas gerais. Com isto, facilita-se o trabalho de inserção dos valores constitucionalmente estabelecidos no corpo do direito civil codificado” (FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. “A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social”. In SARLET, Ingo Wolfgang. **op. cit.** p. 129); segundo Pasqualotto, a utilização de cláusulas gerais é uma das “soluções normativas facilitadoras da interpretação e aplicação do Código” (PASQUALOTTO, Adalberto. “O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil”. **Revista de Direito do Consumidor n. 43**, São Paulo, 2002, p. 106); de acordo com Marques, as cláusulas gerais possibilitam um “diálogo sistemático e complementaridade e subsidiariedade” entre o Código do Consumidor e o Código Civil, pois “as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei” (MARQUES, Cláudia Lima. “Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do ‘diálogo das fontes’ no combate às cláusulas abusivas”. **Revista de direito do consumidor n. 45**, São Paulo, 2003, p. 76); para Delgado, “a adoção de cláusulas gerais pelo Código Civil de 2002 contribui para mitigar as regras mais rígidas e fechadas do sistema e permite que haja concretização dos princípios gerais de direito e dos conceitos legais indeterminados” (DELGADO, José Augusto. **O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988: cláusulas gerais e conceitos indeterminados**. Disponível em <http://www.classecontabil.com.br/print_art.php?id=118>. Acesso em 05.11.2005). Enfim, é amplamente dominante o entendimento de que as cláusulas gerais representam um inegável “avanço” em termos de técnica legislativa.

¹¹⁸ Pertinente a lição de Castanheira Neves: “É que, se intencional e normativamente o direito deixou de identificar-se com a lei, também metodologicamente a realização do direito deixou de ser mera aplicação das normas legais e manifesta-se como o acto judicativamente decisório através do qual, pela mediação embora do critério jurídico possivelmente o referido por essas normas, mas com ampla actividade normativamente constitutiva, se cumprem em concreto as intenções axiológicas e normativas do direito, enquanto tal. Dir-se-á que, nestes termos, o pensamento jurídico recuperou o *concreto*, que vai na essencial vocação do direito, depois que o positivismo legalista, com o seu normativismo analítico-dedutivo, o levara a refugiar-se no alienante *abstracto*”. (CASTANHEIRA NEVES, António. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 11 – 12).

Segundo Wieacker, as cláusulas gerais determinam linhas de orientação ao magistrado, de modo que “o vinculam e, ao mesmo tempo, lhe dão liberdade”;¹¹⁹ para Canaris, as cláusulas gerais caracterizam-se como “pontos de erupção de equidade”.¹²⁰ Na definição de Wieacker, transparece o caráter positivista na relação entre vinculação e liberdade. Que vinculação é esta? À evidência, o juiz mantém-se vinculado à sistematização axiomática do Código. Que liberdade é essa? A liberdade, por sua vez, somente pode ser com relação aos preceitos axiomatizados do Código. Mas como o juiz liberta-se se está vinculado? Liberta-se com a inserção de corretivos externos, metajurídicos ou extrajurídicos, para dentro do sistema da codificação; para tanto, os corretivos devem estar em consonância plena com os axiomas do Código, sob pena de contradição o que, para a doutrina positivista, é inaceitável.¹²¹

No mesmo sentido é a definição de Canaris. Se as cláusulas gerais são pontos de erupção de equidade, significa que o sistema não contempla soluções equânimes, o que seria o mesmo que afirmar que o Direito não contempla, intrinsecamente, soluções equânimes. Assim, também é necessário um corretivo externo, o qual, da mesma forma que no caso anterior, deverá estar em consonância com os preceitos axiomatizados do Código: a equidade não é tão equânime, afinal.

As cláusulas abertas, pois, representam o que Taylor considera um “modelo ruim de raciocínio prático”, baseado na tradição epistemológica: “Ele quer que busquemos ‘critérios’ para decidir a questão, isto é, algumas considerações que possam ser estabelecidas mesmo fora das perspectivas em disputa e que, ainda assim, fossem decisivas”.¹²²

Esse modelo das cláusulas abertas, dando um espaço completamente livre de discricionariedade ao juiz, está, na verdade, em consonância com o paradigma positivista do modelo interpretativo kelseniano, assim como elaborado no Capítulo VIII de sua *Teoria pura*,¹²³ questão que será analisada detidamente no item 5.1 deste trabalho. De qualquer sorte, cabe desde logo a constatação, com Streck, de que, nos “casos difíceis”, o positivismo é identificado pela pluralidade de respostas possíveis, o que, no sistema, é a tese da

¹¹⁹ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno...** p. 545.

¹²⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 142.

¹²¹ “Em um código os artigos se interpretam uns pelos outros”, eis a primeira regra de Hermenêutica Jurídica estabelecida pelo Jurisconsulto Jean Portalis, um dos principais elaboradores do Código Napoleão”. (REALE, Miguel. **Estudos preliminares do novo Código Civil...** p. 61).

¹²² TAYLOR, Charles. **As fontes do self: a construção da identidade moderna.** Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Edições Loyola, 1997, p. 102.

¹²³ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre.** Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992.

discricionariedade judicial,¹²⁴ ou seja, é o paradigma das cláusulas abertas do Código Civil brasileiro.

No limiar do século XXI, já não se mostra mais adequado o paradigma que enxerga o Direito pelas lentes do privado. Os sistemas jusnaturalistas e o racionalismo positivista institucionalizado pela ditadura das codificações já demonstraram suas insuficiências e deficiências. A persistência em um modelo falido, revitalizado por meio de formulismos tecnicistas não promove alteração alguma de paradigma; ao revés, é o modo como se constitui e como é praticada a “ciência normal”. E a ciência normal do Direito brasileiro ainda é a ciência dos oitocentos, de inspiração setecentista. Foi descoberta no Direito brasileiro, no dizer de Kuhn, apenas uma nova forma de a ciência normal solucionar seus “quebra-cabeças”. Sabe-se antecipadamente qual é o resultado que será apresentado, em consonância com o paradigma oitocentista: é o da inefetividade e aplicação indireta das normas e princípios constitucionais, por meio das cláusulas abertas.¹²⁵

Em uma democracia que apresenta as características da democracia brasileira, considerando-se os valores consolidados com o advento da Constituição de 1988, uma real superação de paradigmas somente será possível adotando-se uma perspectiva diversa da tradicionalmente apregoada pela doutrina pátria.¹²⁶ Abre-se, pela hermenêutica filosófica, uma senda em direção ao dirigismo constitucional, temática que será abordada a partir do próximo item deste trabalho.

2.3 CAMINHOS PARA SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO POR MEIO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA: O DIRIGISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

¹²⁴ Conforme STRECK, Lenio Luiz. “A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo”... p. 156.

¹²⁵ “A maioria dos cientistas, durante toda a sua carreira, ocupa-se com operações de acabamento. Elas constituem o que chamo de ciência normal. Examinado de perto, seja historicamente, seja no laboratório contemporâneo, esse empreendimento parece ser uma tentativa de forçar a natureza a encaixar-se dentro dos limites preestabelecidos e relativamente inflexíveis fornecidos pelo paradigma (...). Pelo menos para os cientistas, os resultados obtidos pela pesquisa normal são significativos porque contribuem para aumentar o alcance e a precisão com os quais o paradigma pode ser aplicado (...). Embora seu resultado possa, em geral, ser antecipado de maneira tão detalhada que o que fica por conhecer perde todo o interesse, a maneira de alcançar tal resultado permanece muito problemática. Resolver um problema de pesquisa normal é alcançar o antecipado de uma nova maneira. Isso requer a solução de todo o tipo de complexos quebra-cabeças instrumentais, conceituais e matemáticos”. (KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**... pp. 44, 58 e 59).

¹²⁶ “É evidente, pois, que em países como o Brasil, em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda a política social deve ser o Estado”. (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**... p. 78).

2.3.1 A hermenêutica filosófica e a construção de uma teoria da Constituição constitucionalmente adequada

O grande problema do pensamento moderno é, segundo Eagleton, crer que exista uma forma inerente a tudo, quando “o mundo não existe de nenhuma maneira específica”.¹²⁷ É, pois, impositivo o repensar das categorias jurídicas abstratas forjadas pela modernidade, aceitando o Direito, no dizer de Canotilho, o desafio da sociedade: uma teoria democrática do Estado — e da Constituição — não pode assentar-se apenas na vontade formal do Estado, mas, sim, “no homem, na sua situação social e política, no problema do que é que lhe pode ser oferecido e do que é que dele se pode esperar”.¹²⁸

Logo na parte introdutória de *Verdade e método*, Gadamer anuncia que, em sua origem, o fenômeno hermenêutico não é um problema de método; por isso, não está correlacionado com a construção de um conhecimento seguro que satisfaça os ideais metodológicos da ciência.¹²⁹ Isso significa que as estruturas lógicas da dogmática jurídica e a sistematização racionalista de conceitos abstratos não são modos adequados de se conceber o Direito em um contexto democrático; mister é a introdução de um novo elemento, a interpretação. E, sendo a interpretação hermenêutica, o acesso aos objetos (normas jurídicas) é possível não via significado, “mas via significado num mundo histórico determinado, numa cultura determinada (...). Ao lado da forma lógica dos processos cognitivos precisamos colocar a interpretação”.¹³⁰ Os enunciados ditos puros e objetivos do positivismo não se sustentam, pois são, ao contrário, sempre motivados e interessados; e com eles sucumbem o conceptualismo da Pandectística e o paradigma ordenador do direito brasileiro.

Assim, a hermenêutica filosófica apresenta um caminho para a superação do positivismo jurídico, em consonância com os ditames constitucionais de um Estado Democrático. O saber hermenêutico não está comprometido com a ciência como um fim em si, mas com os reflexos das implicações científicas na sociedade, alimentando-se, pois, de um saber prático.¹³¹ E saber prático significa que não possuímos a verdade absoluta; ao revés, que

¹²⁷ EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo*. Tradução de Elisabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 39.

¹²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*... p. 31.

¹²⁹ Conforme GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*... p. 29.

¹³⁰ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996, p. 18.

¹³¹ Conforme ROHDEN, Luis. “Hermenêutica e linguagem”. In ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; ‘et al.’. *Hermenêutica filosófica*... p. 189. A hermenêutica filosófica, dessa forma, não está reduzida a uma epistemologia, tendo a pretensão de erigir-se em ontologia, “enquanto um saber atento, sensível e responsável com o agir humano, sem pretender desvencilhar-se deste”. (Ibidem).

ela nos falta. Se formos portadores de um saber definitivo, é o saber de nossa finitude universal,¹³² e o Direito precisa ser concebido nesse cenário, como realidade da finitude.

Nesse contexto, a problemática da superação do positivismo está intimamente relacionada com a conciliação da lógica de um Estado de Direito com a lógica de uma sociedade democrática, exigindo uma nova compreensão da Constituição, a partir da reconstrução da teoria da Constituição, condicionada por uma interdependência teórico-jurídica e teórico-social, como uma “teoria material da constituição concebida como teoria social”.¹³³ Na construção dessa teoria material a hermenêutica filosófica tem papel de destaque, pois lhe é inerente uma responsabilidade com os caminhos da sociedade, ao afirmar que não existem conhecimentos puros e objetivos, explicitando os compromissos existentes e repensando os projetos implícitos que os condicionam, a partir de uma concepção ética¹³⁴ que, no Estado Democrático brasileiro, condiz com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF). Com Canotilho, pode-se afirmar que o imperativo é “colocar a cabeça hermenêutica dos juristas nos pés constitucionais e reproblematicar renovadamente a ‘arquitectónica’ e ‘ordenação funcional’ de um Estado Democrático”.¹³⁵

A epistemologia lógico-semântica natural apresenta como deficiência estrutural o fato de não perceber que a verdade das proposições não é inteiramente fundamentada na sua forma lógica, dependendo do contexto histórico, cultural e até mesmo subjetivo em que estão as proposições situadas.¹³⁶ Como consequência, na transição histórica da modernidade para contemporaneidade, tem-se que o Estado de Direito burguês não foi sucedido pela construção racional de um Estado Democrático Constitucional.¹³⁷ Por isso, deve a hermenêutica assumir seu posto privilegiado na construção de uma teoria da Constituição constitucionalmente adequada a um país como o Brasil, que procura consolidar suas instituições democráticas.

A construção de uma teoria da Constituição constitucionalmente adequada depende de uma concepção de nosso acesso ao mundo como totalidade. Em outras palavras, isso significa

¹³² Conforme GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 202.

¹³³ Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**... pp. 13 – 14.

¹³⁴ Conforme ROHDEN, Luis. “Hermenêutica e linguagem”... p. 190.

¹³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **op. cit.** p. 10.

¹³⁶ Conforme STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**... p. 19.

¹³⁷ Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. **op. cit.** p. 09. Nesse aspecto, pertinente a lição de Bourdieu: “A proximidade dos interesses e, sobretudo, a afinidade dos *habitus*, ligada a formações familiares e escolares semelhantes, favorecem o parentesco das visões do mundo. Segue-se daqui que as escolhas que o corpo deve fazer, em cada momento, entre interesses, valores e visões do mundo diferentes ou antagonistas têm poucas probabilidades de desfavorecer os dominantes, de tal modo o *etos* dos agentes jurídicos que está na sua origem e a lógica imanente dos textos jurídicos que são invocados tanto para os justificar como para os inspirar estão adequados aos interesses, aos valores e à visão do mundo dos dominantes”. (BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 7.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, p. 242).

que depende de nossa compreensão do mundo como totalidade: se o contexto não for compreendido, não há compreensão.¹³⁸

Essa é uma relação em que sujeito e objeto não se separam inteiramente, sendo a compreensão trazida pelo ser-no-mundo, estando ligada a um projeto de sentido.¹³⁹ Assim, uma teoria da Constituição constitucionalmente adequada a um Estado Democrático não substitui, simplesmente, a Constituição positiva no seu papel de organização, regulação jurídica e distribuição de tarefas; a complementa, impondo limites e aclarando possibilidades, estabelecendo sua força atuante. Essa teoria da Constituição se defronta com os problemas constitucionais de uma sociedade democrática, ao conceber a Constituição como uma ordem fundamental, no sentido de um programa de ação “através do qual a sociedade se constitui em unidade socioeconômica e política”: em uma sociedade democrática, a Constituição é o projeto que determina sua identidade.¹⁴⁰

Daí retira-se a importância da hermenêutica da faticidade de Heidegger,¹⁴¹ pois a noção de faticidade abriga em si o ser-no-mundo, como algo ligado ao ser daquele ente que lhe vem ao encontro dentro do seu próprio mundo.¹⁴² A Constituição, pois, não é mera “Lei Maior”; é, antes, um evento¹⁴³ — *Dasein* é sempre *Mitsein*; assim, *Dasein* e *Mitsein* são modos de ser-no-mundo.¹⁴⁴ Não existe, simplesmente, a verdade das proposições; há também a verdade que é fundamento das proposições: essa verdade é o sentido, e o sentido sustenta a verdade das proposições.¹⁴⁵ Rompe-se, assim, com a cadeia lógica de competências do

¹³⁸ Conforme STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica...** p. 25.

¹³⁹ Idem, pp. 25 – 26.

¹⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador...** pp. 101 – 102.

¹⁴¹ “A questão ‘hermenêutica da faticidade’ tomará seu lugar definitivo na analítica existencial de *Ser e tempo*. Para seu uso convergirem, primeiro negativamente: a) a crítica ao projeto da redução transcendental de Husserl; b) o diagnóstico da insuficiência ontológica dessa fenomenologia; c) e a pretensão da fundamentação última do conhecimento do autor de *Idéias*, que Heidegger recusava. E, positivamente: a) a busca de uma nova base para a questão do sentido do ser; b) a escolha do *Dasein* como nova base para a problematização da ontologia; c) o estabelecimento da *compreensão* como a originária forma de realização do *Dasein*, tendo como estrutura o ser-no-mundo como base de qualquer teoria do conhecimento; d) ‘antes de toda diferenciação da compreensão nas diversas direções do interesse pragmático ou teórico, compreender é o modo de ser do *Dasein*, na medida em que é poder-ser e possibilidade’ (Gadamer, 1972, p. 245) e) e a faticidade faz parte da tríplice estrutura do cuidado já-ser-em (faticidade), ser-adiante-de-si-mesmo (existência), junto das coisas (decaída), cujo elemento constituinte é a temporalidade”. (STEIN, Ernildo. “É a hermenêutica filosófica filosofia?”. **Filosofia Unisinos v. 3 n. 4**. São Leopoldo, 2002, p. 74).

¹⁴² Conforme HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit...** p. 52.

¹⁴³ Gadamer afirma que *Da* não é somente um estar presente; antes, significa um evento. (Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Heidegger’s ways**. Translated by John Stanley. Albany: New York State University Press, 1994, p. 23).

¹⁴⁴ Idem, p. 127.

¹⁴⁵ Conforme STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica...** p. 27.

positivismo¹⁴⁶ desvelando-se o fundamento que sustenta os enunciados prescritivos em um Estado Democrático: o sentido de Constituição.

Isso significa dizer, com Heidegger, que aquilo que se interpreta possui a estrutura de “algo como algo”.¹⁴⁷ O nosso acesso aos objetos é sempre indireto, pois nós chegamos a algo somente como algo; o nosso acesso pleno aos objetos se dá apenas pela via do significado, isto é, conhecemos algo como algo. O mundo também possui a estrutura de algo como algo, o que significa que sempre temos de interpretar de alguma maneira, sempre chegamos a algo como algo. Dessa forma, a linguagem como tal, que fala sobre o mundo, assim como a linguagem que é o mundo, também é apanhada como tal, como linguagem.¹⁴⁸ Portanto, essa articulação do que foi compreendido na aproximação interpretativa, no algo como algo, antecede qualquer proposição temática a respeito, ou seja, o “como” não ocorre primeiramente na proposição.¹⁴⁹ A experiência prática de mundo que é anterior à linguagem, mas que se expressa somente pela linguagem, é o “como hermenêutico”. O “como hermenêutico” é o “como” do mundo prático, onde as coisas sempre já foram compreendidas, razão pela qual é possível falar delas por meio de enunciados e proposições. A enunciação predicativa daquilo que já foi compreendido é o “como” do discurso, o “como apofântico”.¹⁵⁰

O problema que resulta do paradigma positivista do esquema metafísico sujeito-objeto é uma inversão entre o “como hermenêutico” e o “como apofântico”. A racionalidade discursiva não é condição de possibilidade para a compreensão, apenas uma ferramenta lógica que possui a função de explicitar aquilo que já foi compreendido; por baixo da retórica e da argumentação há sempre algo que a sustentam, como a historicidade do Direito.¹⁵¹

No Estado Democrático, há sempre algo que sustenta os enunciados legais: o sentido de Constituição. A racionalidade, pois, se constitui sempre de uma forma ambígua, de onde

¹⁴⁶ De acordo com Kelsen, a validade de uma norma jurídica não é condicionada em razão de seu conteúdo, mas pela sua produção de acordo com a forma determinada pela norma fundamental pressuposta. (Conforme KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**... pp. 200 – 201).

¹⁴⁷ Conforme HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit**... p. 149.

¹⁴⁸ Conforme STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**... p. 19 – 20.

¹⁴⁹ Conforme HEIDEGGER, Martin. **op. cit.** p. 149.

¹⁵⁰ Conforme STEIN, Ernildo. **op. cit.** p. 20.

¹⁵¹ Conforme STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *Ontological Turn*”. In _____; ROCHA, Leonel Severo. **Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos**, São Leopoldo, 2003, pp. 240 – 241. Afirma ainda o autor que o “como” de primeiro grau não resulta de operações de explicitação lógica ou argumentativa, justamente porque vem sempre pressuposto como condição de possibilidade. Nesse ponto é que reside o problema da teoria do discurso, entendida como teoria do procedimento. O processo de compreensão acaba por ser confundido com a fundamentação das regras do discurso. O equívoco, pois, é o de que não há teoria do conhecimento sem ser-no-mundo. A confusão entre os níveis de racionalidade, entre o “como hermenêutico” e o “como apofântico” leva, inevitavelmente, o processo interpretativo à objetificação. (Idem, pp. 242 e 244).

avulta o papel da hermenêutica: “Há uma ambigüidade fundamental no homem e por haver esta ambigüidade fundamental é que estamos condenados à hermenêutica”.¹⁵²

A Constituição é o espaço garantidor das relações democráticas entre Estado e sociedade, ou seja, em toda sua substancialidade, a Constituição, no dizer de Streck, é “o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico”, não como mero *topos* subsuntivo da atividade interpretativa, mas aquilo que o processo de produção de sentido estabelece como prevalecente.¹⁵³

O discurso racional, entretanto, possui sua utilidade. A Constituição dirigente possui a pretensão de ser uma forma racionalizada de política, “um meio de direcção social calculável”.¹⁵⁴ Há, pois, um sentido plúrimo de racionalidade, onde reconhecida a normatividade dos direitos fundamentais, garantias, definição de competências, controle do poder e solução de conflitos — racionalidade do Estado de Direito Liberal; mas, no mesmo passo, há também uma definição normativa dos direitos sociais, econômicos e culturais, com uma fixação dos fins e tarefas do Estado — racionalidade do Estado de Direito Democrático. Com isso, afirma Canotilho, “pretende-se introduzir ‘dialéctica na racionalidade’ e ‘racionalidade na dialéctica’ do Estado de Direito Democrático-Constitucional”.¹⁵⁵

Não se pode, entretanto, olvidar que é preciso chegar aos objetos através do significado, o que torna a idéia do sentido o tema principal da hermenêutica. Refletindo sobre o sentido, a hermenêutica fundamenta o significado e qualquer teoria semântica. Tanto no vocábulo “sentido” como no “significado”, vem implícita a idéia de linguagem como todo.¹⁵⁶

Assim, na totalidade de sentido da existência no mundo, destacam-se conteúdos de sentido que, ao serem compreendidos, são levados à linguagem. Dessa forma, para que não seja arbitrariamente limitado o fenômeno da compreensão, “sentido” deve ser entendido como o conteúdo de uma compreensão possível, isto é, como o “inteligível ou compreensível”: sentido é o que se apresenta à compreensão como conteúdo.¹⁵⁷

¹⁵² STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**... p. 20.

¹⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**... p. 245.

¹⁵⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**... p. 48.

¹⁵⁵ Idem, p. 49.

¹⁵⁶ Conforme STEIN, Ernildo. **op. cit.** p. 21. Prossegue o autor dizendo que, se “precisamos do sentido e do significado para conhecer, isto significa que precisamos da linguagem para podermos conhecer”. Torna-se, assim, absolutamente necessária a relação entre linguagem e pensamento. A questão, no entanto, é a de que o pensamento humano não é demasiadamente diluído, tendo em vista que a linguagem está mais preocupada com a questão do sentido e do significado. Sendo valorizados os elementos que se apresentam como condições de possibilidade de todo o discurso humano, sendo valorizada a linguagem, o sentido e o significado, “como é sustentado esse valor, esse sentido, esse significado no modo de ser do próprio homem?”. A resposta reside justamente no fato de não podermos falar da linguagem de um lugar de não-linguagem. (Idem, pp. 22 a 25).

¹⁵⁷ CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: Editora Pedagógica Universitária, 1973, p. 51.

O sentido, portanto, está intrinsecamente correlacionado com “compreensão”. O termo “compreensão” decorre do fato de que não podemos falar sobre a linguagem de um lugar ideal da não-linguagem. Só falamos sobre a linguagem de dentro da própria linguagem. O que há é uma concepção de acesso ao mundo como totalidade, que é uma concepção sobre o uso da linguagem. A “compreensão”, pois, não existe se não houver compreensão do contexto — sujeito e objeto não se separam inteiramente. O que é dito somente é compreendido porque antes já sempre se compreende o que significa pronunciar algo que tenha sentido; compreender, pois, é a capacidade de comunicação e, ao mesmo tempo, um modo de existir como o existencial “compreensão”. Se não houver uma compreensão anterior ao discurso, não há comunicação possível pela linguagem. A comunicação não produzida pela linguagem emerge quando produzida a comunicação pela linguagem, pelo discurso. A comunicação não produzida pelo discurso é trazida pelo ser-no-mundo, estando ligada ao projeto de sentido.¹⁵⁸ Portanto, quando se afirma que se compreende algo, isso significa a apreensão do “sentido”,¹⁵⁹ pois é o sentido daquela comunicação não produzida pelo discurso que se apresenta à compreensão como conteúdo. Essa comunicação é trazida pelo ser-no-mundo; e o ser-no-mundo projeta o mundo como horizonte de autocompreensão.¹⁶⁰ A Constituição é ser-no-mundo e, como tal, projeta sua totalidade de sentido que forma o horizonte de autocompreensão do intérprete: emerge, pois, da comunicação produzida pela linguagem, a comunicação não produzida pela linguagem, a compreensão do sentido de Constituição, sentido que sustenta os enunciados lógicos de racionalidade discursiva.¹⁶¹

E, ao contrário da hermenêutica pré-heideggeriana, que tinha na aplicação uma categoria meramente suplementar da compreensão, na hermenêutica filosófica a aplicação não ocupa um posto secundário com relação à compreensão. Compreender é aplicar o sentido a uma situação, de modo que não há, primeiramente, uma pura e objetiva compreensão de sentido, a qual, posteriormente, será aplicada a uma situação; nós já nos levamos conosco para

¹⁵⁸ Conforme STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**... p. 26.

¹⁵⁹ CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**... p. 50.

¹⁶⁰ Idem, p. 23.

¹⁶¹ Pertinente, nesse ponto, a lição de Streck: “Desse modo, sendo uma norma jurídica (texto normativo) válida tão-somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição dessa conformidade exige uma pré-compreensão (*Vorverständnis*) acerca do sentido de (e da) Constituição, *que já se encontra, em face do processo de antecipação de sentido, numa co-pertença ‘faticidade-historicidade do intérprete e Constituição — texto infraconstitucional’*. Não se interpreta, sob hipótese alguma, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei, etc.) *desvinculado da antecipação de sentido* representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição... o intérprete não se depara com um texto infraconstitucional ‘nu’, ‘carente’ do sentido da Constituição. Como veremos mais adiante, a Constituição é (também) um existencial. *Faz parte do modo-de-ser-no-mundo (autêntico ou inautêntico) do jurista/intérprete*”. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**... pp. 179 – 180. Grifos no original).

dentro de cada compreensão.¹⁶² Segundo Gadamer, não somente a compreensão e a interpretação perfazem um processo unitário, mas também a aplicação. O trabalho do intérprete não é simplesmente reproduzir o que diz o interlocutor interpretado, mas fazer valer a opinião daquele, como lhe parecer necessário, a partir de uma real situação de diálogo. Ao demais, apóia-se ainda Gadamer na história da hermenêutica, a qual demonstra que, juntamente com a hermenêutica filológica, existem também uma hermenêutica teológica e uma hermenêutica jurídica, de modo que somente as três, conjuntamente, perfazem o conceito pleno de hermenêutica. A hermenêutica jurídica e a teológica estavam em sua origem unidas justamente pelo reconhecimento da aplicação como momento integrante de toda a compreensão. Uma lei não quer ser entendida historicamente; assim, para se compreender adequadamente um texto, este deve ser compreendido a cada instante, ou seja, “compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre aplicar”.¹⁶³

Desse modo, quando se diz que compreender é *aplicar* o sentido a uma *situação*, a situação é fator determinante na construção de uma teoria material da Constituição. Como bem afirma Streck, uma teoria da Constituição deve ser entendida como “uma teoria que resguarde as especificidades histórico-factuais de cada Estado nacional”.¹⁶⁴ Isso significa, com Bercovici, que a Constituição deve ser compreendida em sua conexão com a realidade social, compreendida em suas relações com a teoria social, com a histórica, com a economia e com a política. Pode-se, por isso, dizer que uma teoria da Constituição deve ser compreendida como uma teoria *material* da Constituição constitucionalmente adequada¹⁶⁵ que, em face das especificidades do Estado brasileiro, onde é manifesto o déficit histórico do descumprimento das promessas da modernidade, uma teoria material da Constituição constitucionalmente adequada deve ser concebida, na lição de Streck, como uma *Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia*:

¹⁶² Grondin afirma que, na hermenêutica pré-heideggeriana, a determinação dos objetivos da compreensão vale, por si, como meramente epistêmica e até noética. Visava apenas à explicação de um significado estranho. A aplicação ocorria supletivamente, no melhor dos casos, “em disciplinas como a jurisprudência, na aplicação da lei ao caso particular, ou na teologia, por exemplo, na explicação homilética de um texto bíblico”. O autor diz ainda que Gadamer, ao afirmar que no fenômeno da compreensão a aplicação é tudo, menos algo secundário, segue a intuição de Heidegger, “segundo a qual compreender é sempre um compreender-se, incluindo um encontro consigo mesmo”. (GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**... pp. 192 – 193).

¹⁶³ Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**... pp. 407 – 408.

¹⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**... p. 134.

¹⁶⁵ Conforme BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 287.

Não podemos esquecer, destarte, que a tradição (no sentido gadameriano) nos lega a noção de Estado Democrático de Direito, representada pela idéia de que este se assenta em dois pilares: direitos fundamentais-sociais e democracia. Dito de outro modo, a Constituição dirigente-programática-compromissória é condição de possibilidade para a garantia do cumprimento dos direitos sociais-fundamentais previstos no texto constitucional. Sem a garantia da possibilidade do resgate desses direitos, através de mecanismos de justiça constitucional, como proteger o cidadão, o grupo, ou a sociedade, das maiorias eventuais que teimam em descumprir o texto constitucional?¹⁶⁶

No contexto da hermenêutica filosófica, onde *compreender é sempre aplicar*, a construção de uma teoria da Constituição constitucionalmente adequada exige a proteção das conquistas próprias do Estado Democrático e Social de Direito, como substrato “básico geral-universal”, no caso dos direitos humanos e direitos fundamentais-sociais, além dos substratos constitucionais derivados das especificidades regionais de cada Estado.¹⁶⁷

Dessa forma, a teoria da Constituição constitucionalmente adequada que se pretende construir neste trabalho remete, em sua essência, aos fundamentos teóricos da Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia, na medida em que visa à implementação da Constituição em sua materialidade.¹⁶⁸

2.3.2 A compreensão do sentido de Constituição

A compreensão do sentido de Constituição significa aplicação da Constituição. Não como uma lei superior reguladora da organização política do Estado, e tampouco como fundamento último de validade nos moldes da *Grundnorm*,¹⁶⁹ um texto somente será

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**... pp. 135 e 143.

¹⁶⁷ Idem, p. 134.

¹⁶⁸ Idem, p. 135.

¹⁶⁹ De acordo com Kelsen, o fundamento de validade de uma norma somente pode ser a validade de uma outra norma superior. Apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas. A competência para estabelecer normas válidas, por sua vez, somente pode se apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas, de modo que, a esta norma, encontrem-se sujeitos a autoridade dotada de poder legislativo, assim como os indivíduos que devem obediência às normas por ela fixadas. Por isso, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, superior. Entretanto, afirma Kelsen que a indagação pelo fundamento de validade de uma norma não pode perder-se no interminável. A investigação deve terminar em uma norma pressuposta como a última e mais elevada. Sendo norma mais elevada, ela deve ser pressuposta, uma vez que não pode ser posta por uma autoridade, pois, nesse caso, sua competência teria de ser fundada em outra norma ainda mais elevada. A sua validade, por ser norma pressuposta, não pode ser derivada de norma mais elevada, não se colocando em questão o fundamento de sua validade. Essa norma, pressuposta como mais elevada, é a *Grundnorm*. Dessa forma, todas as normas cuja validade possa ser reconduzida a mesma *Grundnorm* formam um sistema de normas. Para todas as normas pertencentes ao mesmo sistema normativo, a *Grundnorm* é o seu fundamento de validade comum. Essa norma pressuposta apenas fornece o fundamento de validade, não o conteúdo de validade das normas sobre ela fundadas, limitando-se a *Grundnorm* a fixar uma regra em conformidade com a qual devem ser criadas as normas de um sistema. Contudo, a norma que constitui o ponto de partida não vale por força de seu conteúdo, não podendo ser deduzida da norma fundamental. Deve ser posta pelo ato da autoridade competente, valendo porque foi posta desta maneira, ou seja, porque pressupõe

compreendido se, em cada caso, for compreendido de uma maneira diferente. O sentido de Constituição não está engessado como na sistemática jusnaturalista; ao revés, para que possa enfrentar os problemas de uma sociedade democrática, o sentido de Constituição é guiado pelas aspirações dessa sociedade, arrebatando o Direito do alheamento positivista. A compreensão, portanto, não é uma conduta meramente reprodutiva, mas produtiva.¹⁷⁰

A hermenêutica filosófica não se ocupa com a obsessão metafísica do supratemporal, dedicando-se, ao contrário, ao problema da temporalidade. Essa maneira de pensar está ligada à finitude, sendo, por isso, um pensamento crítico: o ser mergulhado no tempo dispõe de meios de crítica, e uma crítica confiável não decorre de uma instância ou norma supratemporal, como pretendido pela metafísica; decorre do fato de que o ser é sujeito ao tempo, de modo que somente pode agir, contra o que lhe é indesejável, pensando em seus interesses e aspirações, os quais também são temporais.¹⁷¹ Se o ser-no-mundo é temporal, o sentido (de Constituição), como evento, também é temporal, adequado ao contexto em que é

como válida uma norma fundamental que estatui o modo de fixar as normas. O conteúdo das normas que formam o sistema somente pode ser determinado por meio de atos pelos quais a autoridade, a quem a norma fundamental confere competência, assim como às demais autoridades que recebem daquela sua competência, estabelecer as normas positivas desse sistema. Portanto, uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, mas porque é criada por uma forma determinada, a qual remonta à forma fixada pela norma fundamental pressuposta. A *Grundnorm*, assim, é a norma que é pressuposta quando o costume, através do qual surgiu a Constituição, ou quando o ato constituinte posto por determinados indivíduos, é interpretado objetivamente como fatos produtores de normas, ou seja, a *Grundnorm* é a instauração do fato fundamental da criação jurídica. Nesses termos, pode ser designada como Constituição no sentido lógico-jurídico, distinguindo-se da Constituição em sentido jurídico-positivo. Portanto, não é a *Grundnorm* uma norma posta, seja pelo costume ou por um órgão jurídico. Não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, pois a instância constituinte é a mais elevada autoridade, não podendo, por isso, receber o poder constituinte através de outra norma, posta por autoridade superior. Como essa norma é a norma fundamental de uma ordem jurídica a proposição que descreve essa norma diz que devem ser postos atos de coerção sob os pressupostos e pela forma que estatuem a primeira Constituição histórica e as normas estabelecidas em conformidade com ela. Em outras palavras, a *Grundnorm* diz que devemos nos conduzir conforme o prescrito pela Constituição. Não entra em questão, no entanto, o conteúdo dessa Constituição, bem como a ordem jurídica erigida com base nela, isto é, se justa ou injusta. Na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao direito positivo. A fundamentação de validade de uma norma positiva é realizada por um processo silogístico. Nesse silogismo, a premissa maior é uma norma considerada objetivamente válida, por força da qual deve-se obedecer aos comandos de determinada pessoa; a premissa menor é a afirmação do fato de que essa pessoa ordenou que devemos nos conduzir de determinada maneira; e a conclusão é a afirmação de validade da norma, isto é, que devemos nos conduzir de determinada maneira. O exemplo que Kelsen traz é o de que devemos obedecer às ordens de Deus. Deus ordenou que obedecemos às ordens de nossos pais. Logo, devemos obedecer às ordens de nossos pais. A norma afirmada como objetivamente válida na premissa maior é uma norma fundamental se a sua validade objetiva não puder ser posta em questão. Ela não é mais posta em questão se a sua validade não pode ser fundamentada num processo silogístico, pois a norma posta como premissa maior não pode ser ela própria afirmada com conclusão de um silogismo que fundamente sua validade: é pressuposta como norma fundamental. (Conforme KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**... Capítulo V, "Rechtsdynamik", pp. 196 a 283).

¹⁷⁰ Conforme GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**... p. 193.

¹⁷¹ Idem, pp. 39 – 40.

aplicado. É isso que Gadamer entende por consciência histórica: ter consciência da historicidade do presente e da relatividade, nesse contexto, de todas as opiniões.¹⁷²

A questão central colocada pela hermenêutica é a de saber por que o sentido aparece na forma de estrutura da linguagem — na estrutura o sentido se dá de forma lógica. Mas, perquirindo-se pelo sentido da estrutura, ao invés de perquirir-se pela estrutura do sentido (característico do discurso apofântico e lógico), a questão não será baseada na estrutura, dominada pela análise lógico-semântica, mas baseada no sentido, o que caracteriza a hermenêutica. “No momento em que perguntamos pela estrutura do sentido, encontramos estruturas no mundo”, ou seja: “Enquanto a hermenêutica introduz a idéia de que não há proposição que seja feita no vácuo, mas que todas pressupõem uma determinada história, cultura, então toda a proposição, de certo modo, permite uma interpretação”.¹⁷³

Permitindo as proposições uma interpretação — que não é fixa ou limitada pelos axiomas de uma estrutura sistemática — sua compreensão e aplicação se dão no tempo, de acordo com o contexto histórico e social vigentes, pressupondo a apreensão do sentido de Constituição. Portanto, o sentido de Constituição, como proposta de legitimação material da Constituição, “aspira a uma prática e não apenas a uma teoria”.¹⁷⁴ Atrás do texto há o texto não escrito, o sentido que envolve e carrega a própria verdade do texto, pois a compreensão é compreensão do sentido, compreensão do que é, compreensão da totalidade.¹⁷⁵

A hermenêutica se ocupa com as duas faces do discurso, a face hermenêutica e a face apofântica, permitindo, assim, uma visão crítica, sem que isso implique na destruição da totalidade introduzida no funcionamento semântico do discurso.¹⁷⁶ Se, por um lado, pelo sentido de Constituição destrói-se a ditadura axiomática do positivismo legalista, isso não significa, por outro lado, simplesmente ignorar-se os limites traçados pelo texto. Como bem assevera Streck, “nem de longe pode significar a possibilidade deste — o intérprete — poder dizer ‘qualquer coisa sobre qualquer coisa’, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos”.¹⁷⁷ O texto não é despótico e tampouco a interpretação é arbitrária, pois o texto limita a concretização, não permitindo decidir em qualquer direção.¹⁷⁸

¹⁷² Conforme GADAMER, Hans-Georg. **El problema de la conciencia histórica**. Tradução de Agustín Domingo Moratalla. Madrid: Tecnos, 1993, p. 41.

¹⁷³ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**... pp. 30 e 43.

¹⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**... p. 22.

¹⁷⁵ Conforme STEIN, Ernildo. **op. cit.** pp. 52 e 57.

¹⁷⁶ Idem, p. 106.

¹⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. “A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo”... p. 166.

¹⁷⁸ Conforme ADEODATO, João Maurício. “Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites”... p. 176.

Pode-se, pois, dizer que o parâmetro de interpretação dos textos está na interpretação da própria Constituição, na medida em que a Constituição é o resultado de sua interpretação, não exurgindo abstrata, atemporal e a-historicamente: a Constituição é compreendida “como” Constituição quando confrontada com a sociedade para qual é dirigida¹⁷⁹ — essa é a temporalidade do sentido de Constituição.

Uma sociedade democrática guia-se de acordo com seu próprio *ethos*, não por coerção externa ou em razão de um corretivo externo. Essa é talvez a principal contribuição da hermenêutica filosófica, e aquilo que a distingue do saber técnico. A hermenêutica filosófica, como filosofia prática, é auto-implicativa, enquanto o saber técnico se pressupõe neutro. Isso significa que a sociedade democrática é plasmada pelos valores sobre os quais é erigida, sem que daí decorra a falsa concepção de imutabilidade ou ausência de postura crítica. Em sociedade, as vigências morais são constantemente reajustadas.¹⁸⁰ Por isso, no Estado Democrático não se mostra suficiente o ideal moderno da filosofia da consciência, pois já não é mais possível uma análise descomprometida. Como filosofia prática, a hermenêutica filosófica “não se refugia nem se fundamenta na absolutidade de princípios rígidos como também não se imiscui no puro pragmatismo, mas constitui-se no *entre (zwischen)* ambos e plenifica-se na relação dialética dialógica”.¹⁸¹ A hermenêutica é, no dizer de Gadamer, mais do que um método das ciências, pois designa uma capacidade natural do ser humano.¹⁸²

A tarefa hermenêutica imposta pela escrita, e aqui se pode dizer pelos textos legais, não se caracteriza como uma técnica que permite decifrar signos gráficos, como a “reta compreensão” do sentido fixado por escrito. A hermenêutica se baseia em uma práxis e é tarefa da hermenêutica explicitar o que ocorre nessa práxis. O sentido do texto, pois, não é determinado por uma compreensão supostamente neutra, mas “a partir da perspectiva de sua pretensão de validade”.¹⁸³

É ilusória a tentativa de derivar idéias normativas *in abstracto*, conferindo-lhes validade em razão de sua retidão científica. Gadamer acentua a pertença do intérprete ao objeto a ser interpretado: há uma antecipação que liga aquele que busca compreender algo, com aquilo que busca compreender, formando uma espécie de consenso de base. Assim, a

¹⁷⁹ Conforme STRECK, Lenio Luiz. “A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo”... p. 163.

¹⁸⁰ Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 367.

¹⁸¹ ROHDEN, Luiz. “Hermenêutica filosófica como filosofia prática”. **Filosofia Unisinos** v. 2 n. 3, São Leopoldo, 2001, p. 210. Grifos no original.

¹⁸² Conforme GADAMER, Hans-Georg. **op. cit.** p. 350.

¹⁸³ Idem, p. 359.

hermenêutica transforma tudo aquilo que as ciências podem conhecer em uma relação de consenso, onde todos nós estamos.¹⁸⁴

Por essa razão, a hermenêutica, vai dizer Gadamer, não é simples método, estando, antes, ligada a questões decisivas para o ser humano:

Uma vez que inclui a contribuição das ciências nessa relação de consenso que nos liga com a tradição legada a nós numa unidade vital, a própria hermenêutica não é um simples método nem uma série de métodos, como ocorreu no século XIX desde Schleiermacher e Boeckh até Dilthey e Emilio Betti. Nesse período, a hermenêutica se converteu em teoria metodológica das ciências filológicas. A hermenêutica é antes filosofia. Não se limita a prestar conta dos procedimentos que a ciência aplica. Trata igualmente das questões prévias à aplicação de qualquer ciência — como a retórica, tematizada por Platão. Trata-se das questões que determinam todo o saber e o fazer humanos, essas questões ‘máximas’ que são decisivas para o ser humano enquanto tal e para sua escolha do ‘bem’.¹⁸⁵

Considerando-se que o Estado Democrático está comprometido com a realização dos direitos fundamentais, a essa noção de Estado “se acopla o conteúdo das Constituições, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança no *status quo* da sociedade”.¹⁸⁶ A hermenêutica, assim, explicitando as questões prévias que determinam o ser humano na sua escolha do “bem”, explicita o sentido contextualizado a partir da perspectiva de pretensão de validade, que é a perspectiva da Constituição dirigente. O sentido, pois, explicitado hermeneuticamente, é o sentido de Constituição; dessa forma, tanto a hermenêutica como o próprio programa constitucional, não aspiram a uma metodologia ou a uma teoria, mas a uma prática. Por isso diz Gadamer que a compreensão, para Heidegger, tem um peso *ontológico*: “la comprensión no es sólo una operación en el sentido inverso y ulterior a la operación de la vida constituyente, sino *el modo de ser original de la vida humana misma*”.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II...** p. 369. Gadamer diz que pode ser aplicado à hermenêutica o resultado provocativo da discussão do *Fedro* sobre a retórica. Platão sugere a transferência do saber supremo para a dialética. Assim, aquele que possui os conhecimentos médicos e conhece as regras de conduta, mas não sabe quando e onde aplicá-los, não é um médico; o trágico ou o músico que aprendeu as regras e procedimentos gerais de sua arte, mas não criou uma obra, não é um literato ou um músico. O orador também deve conhecer o lugar e o tempo de todas as coisas. Dessa forma, nem o médico, nem o poeta e nem o músico conhecem ‘o bem’. O dialético e o filósofo que não são sofistas não possuem um saber especial, mas em sua pessoa se realiza a materialização da dialética ou da filosofia. Pretende assim Platão conferir à retórica um sentido mais profundo, dando-lhe uma justificativa filosófica, a ponto de essa retórica ampliada, que supera a estreiteza de uma mera técnica, “dissolver-se no final em filosofia, na globalidade do saber dialético. Essa demonstração interessa-nos aqui, pois o que disse o *Fedro* em favor da retórica, elevando-a de uma mera técnica para um verdadeiro saber (que Platão chamou de *tekhne*), deve poder estender-se também à hermenêutica como arte da compreensão”. (Idem, pp. 354 a 356 e 366).

¹⁸⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise...** p. 39.

¹⁸⁷ GADAMER, Hans-Georg. **El problema de la conciencia histórica...** p. 72. Grifou-se.

2.3.3 A superação da dicotomia metafísica sujeito-objeto

A compreensão está sempre em movimento, não chegando nunca completamente a um final; o sentido de Constituição também está, necessariamente, sempre em movimento, não havendo uma Constituição completa, perfeita e acabada: a Constituição é sempre o resultado de sua interpretação, porque a vida é “nebulosa” (*diesig*), isto é, pertence à própria essência da vida o fato de não ser possível obter-se um esclarecimento completo pela autoconsciência, pois a vida está sempre e constantemente envolta por uma “neblina”.¹⁸⁸ O horizonte de compreensibilidade, se reduzido a uma objetificação, é contrário às próprias relações entre os seres. A hermenêutica filosófica, por conseguinte, representa um golpe letal na dicotomia metafísica sujeito-objeto.

Como esclarece Vattimo, o termo “metafísica” em Heidegger assume uma conotação negativa, como o pensamento ocidental que não se manteve ao nível da transcendência constitutiva do *Dasein*, equiparando, como conseqüência, ser e ente.¹⁸⁹ Com efeito, o conhecimento do ente pressupõe no *Dasein* uma compreensão prévia (constitutiva) do ser, ou seja, uma transcendência do *Dasein* a respeito do ente. No entanto, ainda que desde os primórdios do pensamento ocidental refletir a transcendência no fato de a filosofia formular o problema do ser do ente, sua abordagem foi realizada de forma equivocada, sendo o ser concebido como uma característica geral e abstrata de todos os entes. Sendo os entes concebidos como simples presenças, o ser, por via de conseqüência, acabou também sendo concebido em toda a história da filosofia ocidental como simples presença, de modo a ser entendido de uma maneira derivada; a metafísica, pois, coincide com a compreensão do ser que tem existência inautêntica, isto é, o termo “metafísica” converte-se em sinônimo de “ser”.¹⁹⁰

¹⁸⁸ “Certainly every understanding is always ‘underway’; it never comes completely to a close. And nevertheless, a totality of meaning is present in the free execution of saying what is meant, and this includes what is meant by an interpreter. Any understanding that articulates itself in language finds itself surrounded by a free space – a space that reverberates with the continuous reply of the understanding to the words spoken to it, but a space that it is never completely filled up”. (GADAMER, Hans-Georg. **Heidegger’s ways**... p. 43).

¹⁸⁹ Conforme VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Tradução de João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 68.

¹⁹⁰ Idem, p. 69. De acordo com Stein, a história da metafísica é, para Heidegger, a história do encobrimento do ser. Essa história do encobrimento do ser dá início à história da metafísica ocidental, onde ocorre a entificação do ser, ou seja, o esquecimento do ser. Esse encobrimento do ser é uma história do ser em que o próprio ser simplesmente não é pensado. Os diversos momentos da história da metafísica são marcados por princípios epocais, em que um ser é identificado com um ente determinado. O ser é pensado de maneira metafísica, sendo, portanto, entificado: “Assim se constitui uma história do encobrimento do ser pela idéia em Platão, pela substância em Aristóteles, pelo *esse subsitens* no pensamento medieval, pelo *cogito* cartesiano, pelo *Ich denke* de Kant, pelo absoluto de Hegel, pela vontade de poder de Nietzsche e, afinal, pelo império do dispositivo da era da técnica, em que o ser desaparece no pensamento que calcula”. (STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**:

É no mundo da técnica que a tendência intrínseca à metafísica realiza-se, ao esquecer o ser e fazer aparecer o ente em primeiro plano, pois essa tendência é fundada na conexão essencial de verdade e não-verdade, não se buscando, nem ao menos remotamente, o ser do ente como algo mais além do ente, de modo a importar apenas a relação do ente com o sujeito em um sistema instrumental imposto pela vontade do sujeito.¹⁹¹ Segundo Gadamer, ao recuperar o sentido da palavra grega que designa a verdade (*αληθεια*), Heidegger proporcionou um conhecimento promissor, demonstrando o que significa para o pensamento do ser o fato de a verdade precisar ser arrebatada da ocultação e do velamento das coisas. Nesse ponto, há um nexos originário entre “ser verdadeiro” e “discurso verdadeiro”, pois a “desocultação do ente vem à fala no desvelamento da proposição”.¹⁹²

Entretanto, a ciência, e também as metodologias das ciências, reivindicam para si o posto de última e única instância portadora da verdade. Predomina no pensamento moderno, e este é o seu mais indesejável legado, a idéia do método, como um conceito unitário. O ideal metodológico consiste em sempre poder trilhar um caminho cognitivo de maneira tão consciente, que seja possível trilhá-lo sempre. “*Methodos* significa ‘caminho de seguimento’. Metódico é poder seguir sempre e de novo o caminho já trilhado e é isto o que caracteriza o proceder da ciência”.¹⁹³

Mas, se a verdade é alcançada somente pela possibilidade de sua verificação, então o parâmetro que mede o conhecimento deixa de ser a verdade, passando a ser a sua certeza, o que se verifica claramente em Descartes. Com a formulação dos princípios de certeza, é somente admitido como condição satisfatória de verdade o que satisfizer o ideal de certeza; conseqüentemente, quanto mais a ciência ampliar seus procedimentos sobre a realidade, mais

filosofia e conhecimento empírico. Ijuí: Unijuí, 2002, p. 81). Segundo Coreth, a interpretação temática do horizonte do ser é possível porque interroga a realização humana do mundo em seu todo, quanto às condições de sua possibilidade, requerendo, assim, uma reflexão transcendental. Essa reflexão deve necessariamente iniciar pela totalidade concreta do mundo humano, que é “historicamente mediado e lingüisticamente interpretado, para compreender a realização desse mundo a partir de suas condições”. Pela abertura do ser, demonstra-se nesse acontecimento que a realização humana é possibilitada *a priori*, de modo que em tudo em que nos relacionamos, como condição de realização, o ser nos vem ao encontro abrindo-se a nós. Portanto, se é possível ao ser tematizar-se e exprimir-se por um retorno transcendental às condições da realização do mundo, nesse caso, e somente nesse caso, pode-se dizer que a metafísica é possível: “Por isso, a metafísica só é possível com base em uma hermenêutica da existência humana no mundo e na história, compreendendo-se, porém, no ser e pelo ser. Entretanto, a hermenêutica como doutrina da compreensão que pretende compreender-se a si mesma só é possível transcendendo-se e terminando em uma metafísica, a qual procura compreender a compreensão humana pela condição última de sua possibilidade: pela abertura do ser. Isso mostra uma estreita relação essencial entre hermenêutica e metafísica. Elas se condicionam mutuamente e se remetem uma à outra. Assim, como a metafísica só é possível a partir de uma hermenêutica, também a hermenêutica só se pode completar numa metafísica, que fundamenta a partir do ser toda compreensão histórica e lingüística, que aí se manifesta”. (CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**... pp. 174, 181 e 182).

¹⁹¹ Conforme VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**... p. 101.

¹⁹² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**... p. 60.

¹⁹³ Idem, p. 61.

se tornará questionável se os próprios pressupostos das ciências permitem à questão pela verdade atingir, em última instância, toda sua envergadura. No procedimento da ciência existem questões que precisam ser respondidas, mas que a própria ciência impede de fazê-lo, porque, para ciência, somente “tem sentido o que satisfaz ao seu próprio método de mediação e de comprovação da verdade”. Nesse cenário, a hermenêutica presta um serviço, ainda que indireto, ao trabalho metodológico: traz à consciência o que realmente dispõe a metodologia para seu próprio progresso, que são, segundo Gadamer, as cegueiras e abstrações impostas pela própria ciência.¹⁹⁴

Heidegger, assim, vai dizer que a essência da verdade, entendida como correção do enunciado, é liberdade, pois o estado-de-aberto (*Offenständigkeit*) do comportamento, como condição de possibilidade interior da correção, é fundado na própria liberdade.¹⁹⁵

Essa conexão entre verdade e liberdade leva inexoravelmente à investigação acerca da essência do homem, visando a garantir a experiência de um oculto fundo essencial do homem (do *Dasein*). Desse modo, a liberdade descobre-se como o deixar-ser (*Seinlassen*) dos entes, ou seja, a liberdade, que se revela num aberto, deixa que cada ente seja o ente que é.¹⁹⁶ Deixar-ser significa confiar-se ao aberto e à sua abertura, na qual todo o ente se encontra e a qual cada ente traz consigo. O pensamento ocidental, em seu início, compreendeu esse aberto como o “não-velado” (*Unverborgene*); logo, ao traduzir *αληθεια* como “não-velamento” (*Unverborgenheit*), Heidegger indica uma forma de pensar “diferente e mais originária o conceito habitual de verdade como correção, no sentido, ainda não compreendido, de desvelamento ou desocultação”. Portanto, antes de qualquer coisa, a liberdade é a entrega à desocultação do ente como tal: “O próprio desvelamento é conservado no confiar-se *ek-sistent* [*ek-sistent*], através do qual a abertura do aberto, quer dizer, o ‘aí’, é aquilo que é”.¹⁹⁷

O homem, assim, não tem a liberdade como se sua propriedade fosse; ocorre o contrário: a liberdade, como *Da-sein* “*ek-sistente*” e desocultante, possui o homem de forma originária. Entendida dessa forma, a liberdade cumpre e realiza a essência da verdade, no sentido de desocultação do ente, pois a verdade não é uma característica de uma proposição

¹⁹⁴ Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**... pp. 59 e 289.

¹⁹⁵ Conforme HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência da verdade**. Tradução de Carlos Morujão. Porto: Porto Editora, 1995, p. 31. Heidegger diz que o fato de a essência da verdade ser liberdade causa estranheza, pois, colocar a essência da verdade na liberdade poderia significar deixar a verdade entregue a um capricho do homem, rebaixando-se a verdade ao nível da subjetividade do sujeito humano. Esse entendimento se apóia em preconceitos fundados na percepção errônea de que a liberdade seria uma propriedade do homem. Mas a “essência da liberdade não necessita nem tolera qualquer questionamento ulterior; toda a gente sabe o que é o homem”. A conexão essencial entre verdade como correção e liberdade vai exatamente abalar esses preconceitos, promovendo uma verdadeira “reviravolta no pensar”. (Idem, pp. 33 e 35).

¹⁹⁶ Idem, p. 35.

¹⁹⁷ Idem, p. 37.

correta, dita por um sujeito sobre um objeto; “a verdade, pelo contrário, é a desocultação do ente, por meio da qual a abertura acontece”. Por isso, o homem é segundo o modo da “ek-sistência”, de forma que o enunciado tem de buscar sua correção no próprio estado-de-aberto do comportamento: o que possibilita a correção, pois, vale, de um modo originário, como essência da verdade, caindo, com isso, a atribuição ao enunciado como o lugar essencial da verdade: “A verdade não reside originariamente na proposição”.¹⁹⁸

Não residir a verdade originariamente na proposição, significa que a verdade não reside na ditadura axiomática das codificações, mas no sentido que sustenta os textos legais, que é o sentido de Constituição, o qual se apresenta como conteúdo à compreensão, que o apreende em sua totalidade, estando sempre em movimento como o modo original da própria vida humana. Esse movimento originário da vida humana afasta o Direito do formalismo metodológico do positivismo, pois, sendo “ek-sistente”, o *Dasein* é “insistente” (*insistiert*).¹⁹⁹

Mesmo na segurança do método, o *Dasein* não só “ek-siste”, mas também “in-siste”. No dizer de Heidegger, o *Dasein* permanece “teimando” naquilo que o ente lhe oferece, “aberto como que por si mesmo e em si mesmo”. Essa é a crítica de Heidegger a Descartes, em cuja teoria toma forma o dualismo da metafísica ocidental, não apenas como o dualismo metafísico platônico, mas o dualismo gnosiológico: o “mundo” é correlato do “*sum*”; por isso, ser-no-mundo.²⁰⁰

Assim, vai dizer Gadamer que a tarefa de interpretação proposta com base nos preconceitos da teoria da ciência moderna constitui uma “perspectiva míope”, pois a tarefa do intérprete não se resume em mera mediação lógico-técnica do sentido de qualquer discurso, com o que se prescindiria da verdade do enunciado,²⁰¹ tendo como nefasta conseqüência a objetificação.

A redução da totalidade do ente a um sistema organizado como o fim estabelecido pela metafísica guia ao esquecimento do ser, de modo a não poder o próprio esquecimento da metafísica ser esquecido. A superação da metafísica está em enxergá-la como história, mas não de modo que o fim da metafísica signifique o fim do esquecimento do ser, no sentido de uma transformação final do ser em objeto de pensamento explícito, com o que apenas repetir-

¹⁹⁸ HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência da verdade** pp. 29 e 39.

¹⁹⁹ Idem, p. 51.

²⁰⁰ “Antes da evidência de qualquer teoria e ponto de partida da ‘teoria do conhecimento’ e antes de qualquer subjetividade fundante, há uma evidência operando na situação de ser-no-mundo. Esta evidência está encoberta pelo óbvio do cotidiano, da separação consciência-mundo, pelo modelo da relação sujeito-objeto. É por isso que a analítica existencial recoloca a questão da ‘teoria do conhecimento’ ao fazer a crítica radical do modelo das teorias da consciência, a começar por Descartes”. (STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre ‘Ser e tempo’**. Petrópolis: Vozes, 1988, pp. 22 – 23).

²⁰¹ Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**... p. 331.

se-ia o erro da própria metafísica, reduzindo o ser a ente. Ver a metafísica como história significa sair da metafísica, por meio de uma compreensão diferenciada do ser; significa, como afirma Vattimo, “ver o sistema do raciocínio de fundação como algo situado dentro de um âmbito que o transcende e que, por sua vez, não pode conceber-se como fundamento”.²⁰²

A crítica de Heidegger à metafísica e a conseqüente recusa da subjetividade e das teorias da representação e, portanto, da relação sujeito-objeto, estabelecem um novo ponto de partida para a filosofia — que, na verdade, é a própria recusa de um fundamento último —, possibilitando a concepção de um círculo hermenêutico produtivo, capaz de justificar a tarefa teórica até então empreendida.²⁰³ Heidegger não chegou a um conceito de círculo hermenêutico, mas demonstrou a estrutura circular da compreensão.²⁰⁴ Para realizar a projeção de sentido e possibilitar a abertura do conteúdo individual em seu sentido, o sujeito toma sempre consigo o todo de seu mundo, sem que isso signifique lançar, posteriormente, uma significação sobre o dado apreendido anteriormente, pois, primeiramente, aquilo que vem ao encontro abre-se numa totalidade da situação.²⁰⁵ Esse “encurtamento hermenêutico”, que exclui a fundação-justificação, faz com que as proposições somente possam ser produzidas com sentido, ou seja, através da circularidade virtuosa da antecipação de sentido.²⁰⁶

Toda a compreensão baseia-se no projeto de uma totalidade de sentido, ou seja, o que deve ser compreendido é “algo como algo”, fundindo-se essa compreensão em um projeto prévio de uma totalidade de sentido. A interpretação de “algo como algo” funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia, de modo que jamais a interpretação será mera apreensão de dados preliminares, isenta de pressuposições. A interpretação sempre se movimenta no já compreendido, nele alimentando-se, produzindo, por isso, um movimento circular.²⁰⁷

²⁰² VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**... 104 – 105.

²⁰³ Conforme STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre ‘Ser e tempo’**... p. 50.

²⁰⁴ Conforme CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica**... p. 81. Afirma o autor que a concepção de Heidegger não era propriamente uma novidade, pois desde que a compreensão passou a ser pensada em sua peculiaridade, sempre se viu nela uma estrutura circular. Schleiermacher já falava expressamente em um círculo (*Kreis* e *Zirkel*), no qual se move toda a compreensão, significando a relação recíproca do singular e do todo. Da mesma forma, em Droysen e Dilthey, mostra-se no domínio da compreensão histórica, ou das ciências naturais, uma estrutura circular, devendo o particular ser compreendido no todo, mas o todo a partir do singular. Heidegger inovou ao tomar como princípio o círculo hermenêutico como lei básica da compreensão. (Idem, pp. 81 a 83).

²⁰⁵ Idem, p. 84.

²⁰⁶ Conforme STEIN, Ernildo. **op. cit.** p. 60. “Isso quer dizer que a totalidade é presumida – no contexto de descoberta – e explicitada no momento da situação hermenêutica – no contexto de justificação”. (Ibidem).

²⁰⁷ “*Die Auslegung von Etwas als Etwas wird wesentlich durch Vorhabe, Vorsicht und Vorgriff fundiert. Auslegung ist nie ein voraussetzungsloses Erfassen eines Vorgegebenen. Wenn sich die besondere Konkretion der Auslegung im Sinne der exakten Textinterpretation gern auf das beruft, was ‚dasteht‘, so ist das, was*

Contudo, esse círculo não é vicioso. O círculo não é uma espécie de cerco onde se movimenta qualquer tipo de conhecimento; o círculo exprime a estrutura prévia existencial, própria do *Dasein*, onde, na elaboração da posição prévia, da visão prévia e da concepção prévia, é assegurado o tema científico, a partir das coisas elas mesmas, isto é, a estrutura circular possui significação de conteúdo.²⁰⁸ Por isso, vai dizer Gadamer que a importância da reflexão hermenêutica de Heidegger não se encontra na demonstração de que o movimento de compreensão realiza-se em círculo, mas no fato de o círculo possuir um sentido ontológico positivo: “Toda interpretação correta deve guardar-se da arbitrariedade dos ‘chutes’ e do caráter limitado de hábitos mentais inadvertidos, de maneira a voltar-se para as ‘coisas elas mesmas’”.²⁰⁹

Determinar-se pelas “coisas elas mesmas” é, no círculo, a “primeira, única e última tarefa”, como meio de superação das “errâncias” que atingem o processo do intérprete, a partir de sua própria posição.²¹⁰ Para se compreender um texto, deve-se projetar de antemão um sentido do todo, tão logo se mostre um primeiro sentido, o qual se mostra porque o texto sempre já é lido com determinadas expectativas, na perspectiva de um determinado sentido.²¹¹

A totalidade é uma construção antecipadora de sentido, a qual é articulada como circularidade.²¹² Esse sentido, no Estado Democrático, é o sentido de Constituição.

Diz Streck que, estando a validade de uma norma jurídica condicionada à sua conformidade com a Constituição, exige-se uma pré-compreensão acerca do sentido de Constituição para aferição dessa conformidade, pois o sentido de Constituição, em razão do processo de antecipação de sentido, já se encontra “numa co-pertença faticidade-historicidade do intérprete e Constituição — texto infraconstitucional”.²¹³

zunächst ‚dasteht‘, nichts anderes als die selbstverständliche, undiskutierte Vormeinung des Auslegers, die notwendig in jedem Auslegungsansatz liegt als das, was mit Auslegung überhaupt schon ‚gesetzt‘, das heißt in Vorhabe, Vorsicht, Vorgriff vorgegeben ist”. (HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit**... p. 150).

²⁰⁸ Idem, p. 153.

²⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**... pp. 74 – 75.

²¹⁰ De acordo com Heidegger, o homem possui uma agitação que o leva ao acessível, afastando-o do mistério, de modo a aproximar-se de objetos correntes. Esse aproximar do que está próximo, passando ao lado do mistério, é errar. O homem erra, mas não cai uma primeira vez na errância; o homem cai constantemente na errância porque, “ek-sistente, in-siste e, portanto, está já na errância”. (HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência da verdade**... p. 53).

²¹¹ Conforme GADAMER, Hans-Georg. **op. cit.** p. 75.

²¹² Conforme STEIN, Ermildo. **Seis estudos sobre ‘Ser e tempo’**... p. 60.

²¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**... p. 179.

Assim, não se interpreta um texto jurídico desvinculado da antecipação do sentido de Constituição; daí se pode retirar, ao cabo, a grande contribuição da hermenêutica filosófica ao dirigismo constitucional: o sentido de Constituição constitui o sentido do ordenamento jurídico.²¹⁴

²¹⁴ “A superação do positivismo dá-se pelo constitucionalismo instituído pelo e a partir do Estado Democrático (e Social) de Direito. Em síntese, o fenômeno do neoconstitucionalismo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, a partir de uma característica especial: a existência de uma Constituição ‘extremamente embebedora’ (pervasiva), invasora, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais”. (STRECK, Lenio Luiz. “A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo”... p. 161).