

3 A FORÇA DO JOGO

3.1 O JOGO COMO ELEMENTO VINCULATIVO NA FORMAÇÃO DOS JUÍZOS AUTÊNTICOS

3.1.1 A estrutura do jogo

A tarefa da compreensão consiste em ampliar, no movimento de círculos concêntricos, a unidade do sentido compreendido, do todo para a parte e novamente ao todo, fixando-se o intérprete nas “coisas elas mesmas”, razão pela qual o círculo possui um sentido ontologicamente positivo.

Aquele que está disposto a compreender um texto deve deixar que o texto lhe diga algo. Isso, no entanto, não implica a tomada de uma posição passiva de neutralidade pelo intérprete, mas em uma “apropriação seletiva das próprias opiniões e preconceitos”.²¹⁵ Quem pretende compreender está sujeito a confundir-se com as próprias opiniões que não estejam adequadas às coisas mesmas. Dessa forma, para que o intérprete fixe-se nas coisas mesmas, as hipóteses que aventar, com base em seus preconceitos prévios, deverão contrastar com as coisas, de modo a não ser o texto abordado a partir da inserção do intérprete em um preconceito prévio; o intérprete deve pôr “expressamente à prova o preconceito no qual está instalado, isto é, põe à prova sua origem e validade”.²¹⁶

Essa é a razão pela qual Gadamer utilizou-se do conceito de jogo como fio condutor da explicação ontológica. A compreensão só acontece quando o intérprete deixa-se envolver por esse processo dialógico, o qual possui uma certa autonomia. O jogo é condicionado por uma estrutura semelhante à experiência ontológica da compreensão, de modo que, no jogo, ainda que sejam impostas regras restritivas, é dado aos jogadores abandonar a habitualidade do comportamento diário. É nessa interação entre jogo e jogadores que Gadamer encontra seu fio condutor para a explicação ontológica: os jogadores se vêem jogados em um espaço de agir

²¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. “Sobre o círculo da compreensão”. Tradução de Custódio Luis Silva de Almeida. In ALMEIDA, Custódio Luis Silva de; ‘et al.’. **Hermenêutica filosófica**... p. 145.

²¹⁶ Idem, *ibidem*.

aberto, marcado pela interdependência social.²¹⁷ Desse modo, colocar à prova os próprios preconceitos significa, como ser-no-mundo, colocar em jogo seu próprio ser.²¹⁸

O jogo não é um método destinado à realização de um caminho para se alcançar determinado fim; é um modelo estrutural pelo qual se pode explicar e explicitar o saber filosófico,²¹⁹ modelo que, neste trabalho, é utilizado para justificar, filosoficamente, a dinâmica do ordenamento jurídico em face do dirigismo constitucional.

Essa tarefa é desenvolvida com base no fato de que a hermenêutica filosófica não propõe a subsunção de experiências a parâmetros de uma lógica supostamente dominadora; ao revés, é determinada pelo processo de instauração de sentido, a partir do relacionamento do ser com o mundo.²²⁰ No ordenamento constitucional, esse sentido é o sentido de Constituição, que vem à tona por meio da experiência hermenêutica, a qual abarca sempre algo que está além daquilo que é explicitamente articulado nas proposições e enunciados – as coisas elas mesmas –, sem, no entanto, “renunciar à pretensão de validade enquanto saber”.²²¹ Daí a importância do jogo como instrumento metodológico, o qual, possibilitando uma ordem racional, não é reduzido a critérios de racionalidade lógica.

No movimento do jogo, o intérprete experimenta um verdadeiro “choque hermenêutico”, estranhando o que lhe era familiar e tornando familiar o que lhe era estranho. Esse movimento exige uma abertura interpretativa, a qual não é confundida com neutralidade, pois no movimento do jogo há uma tomada de consciência acerca dos pré-juízos até então não percebidos, a ponto de provocar uma revisão no projeto inicial, visando a uma aproximação com as coisas mesmas.²²² O sentido verdadeiro (sentido de Constituição) não é algo esgotável,

²¹⁷ Conforme FLICKINGER, Hans-Georg. “Da experiência da arte à hermenêutica filosófica”. In ALMEIDA, Custódio Luis de; ‘et. al.’. **Hermenêutica filosófica**... pp. 46 a 48. Salienta o autor que Gadamer não identifica a experiência hermenêutica com a atividade de jogar. Apenas aponta uma analogia estrutural, pela qual é possível diferenciar o caminho hermenêutico do caminho traçado pela razão experimental objetificadora. (Ibidem).

²¹⁸ Conforme HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit**... p. 123. Diz Heidegger que o *Dasein*, como *Mitsein*, é em função dos outros, como uma proposição existencial. Ainda que o *Dasein* não se volte para os outros ou acredite não precisar dos outros, ele ainda é no modo de *Mitsein*. A abertura do *Mitdasein* dos outros pertence ao *Dasein*, isto é, na própria compreensão do *Dasein* subsiste a compreensão dos outros, pois seu ser é *Mitsein*. (Ibidem).

²¹⁹ Conforme ROHDEN, Luiz. **Verdade contra o método**. Disponível em <<http://www.dialetica-brasil.org/novidades-rohden.htm>>. Acesso em 07.11.2005.

²²⁰ Segundo Streck é nesse sentido que Gadamer diz que o caráter da interpretação é sempre produtivo: “A partir da viragem linguística e do rompimento com o paradigma metafísico aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade. Ao mesmo tempo, o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo (*Auslegung*) e passa a ser produtivo (*Sinngebung*)”. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**... p. 169).

²²¹ FLICKINGER, Hans-Georg. **op. cit.** p. 29.

²²² Conforme ALMEIDA, Custódio Luis Silva de. “Hermenêutica e dialética: Hegel na perspectiva de Gadamer”. In _____; ‘et al.’. **op. cit.** p. 65.

não chega nunca a um ponto final, pois o processo de compreensão não possui um ponto final; é, antes, um processo que, na abertura histórica, está em constante movimento.²²³

É a experiência do choque causado pelo texto que possibilita uma parada, a fim de se perceber que o seu sentido pode não concordar com as expectativas do intérprete. Nesse ponto, coloca-se a questão de como escapar do circuito fechado das opiniões prévias – leitura comum do círculo hermenêutico –, já que o dito por um texto não se encaixa, simplesmente, “sem quebras nas próprias opiniões e expectativas”.²²⁴

As opiniões não podem ser entendidas de maneira arbitrária. A leitura compreensiva de um texto irá exigir uma abertura para a opinião do texto. Essa abertura implica na colocação das opiniões prévias em relação à opinião do texto, de modo a converter-se a tarefa hermenêutica, por si mesma, em um “questionamento pautado na coisa em questão”, questionamento que já se encontra sempre determinado pela coisa,²²⁵ aquele que deseja compreender um texto não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões, como acentua Gadamer:

Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nenhuma “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais.²²⁶

Somente no reconhecimento desse caráter “preconceituoso” da compreensão que o problema hermenêutico se expõe em toda sua radicalidade, pois existem preconceitos legítimos. Logo, a questão fundamental passa a ser “qual é a base que fundamenta a

²²³ Conforme ALMEIDA, Custódio Luis Silva de. “Hermenêutica e dialética: Hegel na perspectiva de Gadamer”... p. 65. Nesse sentido, diz Rohden que a leitura compreensiva de um texto não é uma atividade que consista na repetição de conteúdo passado, mas “participação em um sentido presente”. (ROHDEN, Luiz. “Hermenêutica e linguagem”... p. 169).

²²⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**... p. 357.

²²⁵ Idem, p. 358. O questionamento é sempre pautado pela coisa, pois um texto, ao ser convertido em objeto de interpretação, coloca uma pergunta ao intérprete, de modo que a interpretação contém uma referência essencial à pergunta que é dirigida ao intérprete. Para compreender o texto, faz-se, então, necessário compreender a pergunta. Essa estreita relação entre perguntar e compreender confere à experiência hermenêutica sua real dimensão. Quem deseja compreender deve suspender “a verdade do que tem em mente”; essa suspensão é a essência original do perguntar, pois o perguntar permite enxergar as possibilidades que ficam em suspenso. Compreender, assim, é sempre algo mais do que mera reprodução de opinião alheia. No perguntar, possibilidades de sentido são abertas, passando para a opinião pessoal aquilo que tem sentido. “Compreender uma pergunta significa colocar essa pergunta. Compreender uma opinião significa compreendê-la como resposta a uma pergunta”. (Idem, pp. 482, 488 e 489).

²²⁶ Idem, p. 358.

legitimidade dos preconceitos?”.²²⁷ Essa base é o sentido de Constituição, sem que, no entanto, consista a Constituição em um “objeto em si”. No movimento histórico em que se encontra a própria vida não há como se compreender teleologicamente a partir do objeto a que se orienta a investigação, já que, em si, o “objeto” não existe de modo algum; essa é a razão pela qual não faz sentido falar em um conhecimento completo. Não se pode olvidar que à tarefa hermenêutica subjaz uma estrutura circular, sendo imperiosa a concordância de cada particularidade com o todo: “Se não houver tal concordância, significa que a compreensão malogrou”. O círculo, portanto, não possui natureza formal, descrevendo a compreensão como o jogo no qual há um intercâmbio entre os movimentos da tradição e do intérprete.²²⁸

3.1.2 O jogo e os preconceitos

Os preconceitos não se encontram à livre disposição do intérprete, porque o intérprete não possui condições, por si mesmo, de distinguir de antemão os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, daqueles que constituem óbices e levam a um mal-entendimento. Não se considera, pois, a individualidade de uma opinião, mas, essencialmente, a verdade da coisa: o texto deve ser levado a sério na sua pretensão de verdade, de modo a ser o verdadeiro sentido de um texto determinado pela situação histórica do intérprete. Assim, “ganhar um horizonte” é aprender a enxergar além do que está próximo, não para dele abstrair, mas justamente para melhor enxergá-lo, em um todo mais amplo.²²⁹

Esse é momento em que os preconceitos são colocados em jogo. Uma situação hermenêutica é determinada pelos preconceitos, formando um horizonte presente além do qual já não se consegue enxergar. Contudo, esse horizonte não é mantido por um conjunto fixo e imutável de opiniões e valores, pois está em um processo de constante transformação, justamente porque o intérprete tem de pôr à prova todos os seus preconceitos, tarefa que consiste no encontro com o passado, como a compreensão da tradição de onde o intérprete procede. Assim, “compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos”. Essa alteridade significa uma abertura em que o intérprete deve, por si mesmo, deixar valer algo contra seus preconceitos. Isso ocorre num

²²⁷ Afirma Gadamer que foi com a *Aufklärung* que o preconceito recebeu uma conotação negativa, pois o preconceito (*Vorurteil*), em si mesmo, significa um juízo (*Urteil*) formado anteriormente ao exame definitivo de “todos os momentos determinantes da coisa em questão. (...). Por isso, os preconceitos de um indivíduo, muito mais do que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser”. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I...** pp. 367 – 368. Grifos no original).

²²⁸ Idem, pp. 377 a 388.

²²⁹ Idem, pp. 388 a 393.

processo infinito, onde o verdadeiro sentido de um texto não se esgota ao chegar a um ponto final, pois o movimento que é jogo não possui nenhum alvo em que termine, renovando-se em constante repetição.²³⁰

Desse modo, a abertura da compreensão diz respeito de forma originária a todo o ser-no-mundo, como abertura de sentido, isto é, como a perspectiva em função da qual o mundo abre-se como tal.²³¹ o conhecimento não é a relação de um sujeito com um objeto exterior, mas a articulação da compreensão que o *Dasein* sempre dispõe e na qual sempre já se encontra em relação ao mundo.²³²

Entretanto, na convivência cotidiana o *Dasein* está sempre sob a tutela dos outros (*in der Botmäßigkeit der Anderen*) que vêm ao seu encontro no mundo; deixa de ser, na medida em que os outros lhe tomam o ser, pois o arbítrio dos outros dispõe sobre as possibilidades cotidianas do *Dasein*. Ocorre um nivelamento de todas as possibilidades de ser, nivelamento que constitui, como modo de ser do impessoal, o que Heidegger chama de publicidade (*Öffentlichkeit*), que rege, desde sempre, toda a interpretação do mundo, não por penetrar nas “coisas elas mesmas”, mas exatamente por não fazê-lo, por ser insensível e contrária a todos os níveis de autenticidade.²³³

O impessoal retira o encargo do *Dasein* em sua cotidianidade, instaurando uma tendência de superficialidade e facilitação, dispensando o *Dasein* de ser. Essa relação do *Dasein* com os outros caracteriza a inautenticidade. É a incapacidade de alcançar uma abertura em direção das coisas, o que implica na impossibilidade de uma verdadeira

²³⁰ Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I...** pp. 156, 395, 404 e 472.

²³¹ Conforme HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit...** p. 143. Isso significa, segundo o autor, dizer que o *Dasein* é o ente em que, como ser-no-mundo, ele próprio está em jogo, pois o que na compreensão é possível, como existencial, não é uma “coisa”, mas o próprio ser, como “existir” (*Existieren*). Existencialmente, na compreensão subsiste o modo de ser do *Dasein* como poder-ser (*Seinkönnen*), já que o *Dasein* não é algo simplesmente dado, por possuir a possibilidade de ser. Assim, o *Dasein* é o que pode ser, bem como o modo em que é a sua possibilidade. Essa possibilidade condiz com os modos caracterizados de ocupação com o mundo; dessa forma, a possibilidade de ser distingue-se de uma possibilidade lógica e vazia, sendo a determinação ontológica mais originária e positiva do *Dasein*. A compreensão, pois, é o poder-ser capaz de propiciar aberturas (*erschließendes*). (Ibidem).

²³² Conforme VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger...** p. 46.

²³³ Conforme HEIDEGGER, Martin. **op. cit.** p. 126. Mostra-se como decisivo o fato de que o domínio dos outros ocorra sem que o *Dasein* se dê conta. Os “outros” são “ser-com-um-outro” (*Miteinandersein*) na convivência cotidiana, de modo que o “impessoal” (*man*: na edição brasileira – **Ser e tempo**: parte I. Tradução de Márcia S. C. Schuback. 12.ed. Petrópolis: Vozes, 2002 – *man* foi traduzido como “impessoal”, pois exprime impessoalidade no sentido de “despersonalização de pessoas”. Em português corresponderia a “a gente”. Em razão de construções gramaticais, optou-se, assim, por “impessoal”, tradução que será adotada neste trabalho) aos outros pertence, consolidando seu poder. Assim, “quem” não é este ou aquele; “quem” é neutro, é justamente o impessoal. Na manipulação das coisas o *Dasein* está sempre junto com os outros, assumindo uma tendência de compreender o mundo de acordo com a opinião comum, projetando-se na impessoalidade da mentalidade pública. São partilhadas opiniões comuns, não porque tenham sido verificadas, mas simplesmente porque são comuns. Não há apropriação originária da coisa, mas mera repetição do já dito. (Conforme VATTIMO, Gianni. **op. cit.** p. 44).

compreensão, pois, ao invés de entrar na própria coisa, o *Dasein* atém-se nas opiniões comuns.²³⁴

Mas no movimento do jogo subsiste o verdadeiro.²³⁵ Ao apropriar-se de si, torna-se o *Dasein* autêntico, apropriando-se das coisas na medida em que se relaciona diretamente com elas, o que é testemunhado pela experiência comum: o que se relaciona na experiência não é um mero encontro entre sujeito e objeto; o encontro direto com a coisa está vinculado à apropriação da coisa como tal. Na inautenticidade, ao revés, as coisas dão-se como uma “derivação empobrecida” da relação autêntica, pois as coisas do impessoal não se encontram no âmbito de um projeto concreto, escolhido por alguém.²³⁶ No modo originário, o projeto é decidido pela existência autêntica, noção explicitada por Heidegger como “cuidado” (*Sorge*), que deve ser entendido justamente como “assumir responsabilidades”: o cuidado leva à descoberta das estruturas autênticas da existência.²³⁷

O jogo, pois, desempenha uma função elementar na vida do homem. Quando se fala em jogo, tem-se em mente um movimento constante de ir e vir, movimento que não está ligado a uma finalidade última. Essa liberdade de movimento refere-se à forma do “auto-mover-se”, sendo o “auto-movimento” característica básica do que está vivo. “O jogo aparece então como um auto-mover-se que por seu movimento não pretende fins nem objetivos, mas o movimento como movimento, que quer dizer um fenômeno de redundância, de auto-representação do estar vivo”. O jogo apresenta-se como um fazer comunicativo, desconhecendo a distância entre o que joga e o que se vê colocado em frente ao jogo; o espectador participa do jogo, sendo parte do jogo. Esse é o primeiro passo para a comunicação humana, pois no jogo “algo quer dizer algo”, o que importa no fato de o espectador, como participante do jogo, também querer dizer algo.²³⁸

²³⁴ Conforme HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit**... p. 127 – 128. Ninguém, pois, é si próprio, mas sempre outro. O impessoal que responde à pergunta “quem?” do *Dasein* cotidiano é “ninguém”. O impessoal não é algo simplesmente dado; quanto mais visivelmente gesticula, mais difícil torna-se percebê-lo. Mas também não é uma espécie de sujeito universal; é um fenômeno originário pertencente à constituição positiva do *Dasein*. Isso significa que o impessoal prelineia a primeira interpretação do mundo e do ser-no-mundo. (Idem, p. 129).

²³⁵ Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**... p. 166.

²³⁶ Conforme VATTIMO, Gianne. **Introdução a Heidegger**... pp. 47 – 48.

²³⁷ Idem, p. 49. Daí Heidegger afirmar que a essência do agir é o consumir: “Consumar significa: desdobrar alguma coisa até à plenitude de sua essência; levá-la à plenitude, *producere*. Por isso, apenas pode ser consumado, em sentido próprio, aquilo que já é. O que, todavia, ‘é’, antes de tudo, é o ser”. (HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. Tradução de Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães Editores, 1985, p. 33).

²³⁸ Conforme GADAMER, Hans-Georg. **A atualidade do belo: a arte como jogo, símbolo e festa**. Tradução de Celeste Galeão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 38. Aduz Gadamer que a característica especial do jogo humano é a de tanto poder incluir a razão, própria do homem, de modo que objetivos possam ser determinados a fim de, conscientemente, ser alcançados, como também pode anular a característica distintiva da razão. Assim, no jogo do movimento, o homem disciplina e ordena por si mesmo os seus chamados movimentos de jogo, como se aí existissem objetivos. Essa racionalidade livre de objetivos do jogo humano indica um traço essencial do fenômeno: o alvo a ser atingido é, na verdade, um comportamento sem objetivos; mas o

É no jogo que as referências que determinam o *Dasein* atuante e cuidadoso permanecem suspensas. Assim, o modo de ser do jogo não permite ao jogador comportar-se, em relação ao jogo, como se um objeto fosse; o jogar cumpre sua finalidade própria quando aquele que joga entra no jogo. Não há, pois, uma referência externa ao jogo que determine sua seriedade, mas é a própria seriedade do jogo que permite ao jogo ser inteiramente jogo. Por isso, não há como se indicar a natureza do jogo a partir da subjetividade de quem joga, razão pela qual perquire-se pelo modo de ser do jogo como tal.²³⁹

Gadamer fala sobre o jogo no contexto da experiência da arte. A noção de jogo é relevante, pois a contraposição entre uma consciência estética e um objeto não corresponde ao estado das coisas, não corresponde ao “algo como algo”. O jogo, no contexto da experiência da arte, não se refere à subjetividade daquele que joga o jogo, mas, sim, ao modo de ser da própria obra de arte.²⁴⁰ A obra de arte não é um objeto posto em frente a um sujeito que é em si; a obra de arte ganha seu verdadeiro ser na experiência que transforma o sujeito que a experimenta. Daí tornar-se o jogo significativo, em razão de sua natureza própria, independente da consciência dos jogadores: “O ‘sujeito’ da experiência da arte, o que fica e permanece, não é a subjetividade de quem a experimenta, mas a própria obra de arte”. O sujeito do jogo não são os jogadores; o jogo apenas ganha representação por meio deles. No movimento de ir e vir do jogo, é indiferente quem ou o quê executa o movimento, pois é o jogo a realização do movimento como tal.²⁴¹

O jogar, assim, não é entendido como uma espécie de atividade. O modo de ser do jogo não exige um sujeito que se comporte como jogador, de maneira que seja o jogo jogado. O sentido mais original de jogo é o que se expressa na forma *medial*. Há um primado do jogo face à consciência do jogador, na medida em que o jogo produz por si mesmo o movimento

comportamento é intencionado como tal, isto é, é “aquele que o jogo quer dizer”. Por isso, possui o jogo uma função de representação. Ao seu final, não está um algo qualquer, mas o movimento de jogo definido e determinado. Em última instância, o jogo é a auto-representação de seu próprio movimento: “Posso acrescentar de imediato: tal definição do movimento do jogo significa ao mesmo tempo que o jogar exige sempre aquele que vai jogar junto”. (GADAMER, Hans-Georg. **A atualidade do belo...** p. 39).

²³⁹ Idem. **Verdade e método I...** p. 155.

²⁴⁰ Segundo Flickinger, a experiência da arte, como proposta por Gadamer, não se confunde com as teorias estéticas, as quais procuram apenas legitimar critérios de julgamento ou a pretensão de verdade da arte, não tomando conhecimento do papel da experiência ontológica no encontro do indivíduo com a obra de arte, quando o indivíduo é exposto ao impulso “inquietador” proveniente da própria obra. (Conforme FLICKINGER, Hans-Georg. “Da experiência da arte à hermenêutica filosófica”... p. 31).

²⁴¹ “Se considerarmos o uso da palavra ‘jogo’ dando preferência ao chamado significado figurado, resultará o seguinte: falamos do jogo das luzes, do jogo das ondas, do jogo da peça da máquina no rolamento, do jogo articulado dos membros, do jogo das forças, do jogo das moscas, até mesmo do jogo das palavras. Nisso sempre está implícito o vaivém de um movimento que não se fixa em nenhum alvo, onde termine (...). Assim falamos, por exemplo, do jogo das cores e com isso não nos referimos ao jogo de uma única cor com outra mas estamos aludindo ao processo ou à visão unitários onde se mostra uma multiplicidade variável de cores”. (GADAMER, Hans-Georg. **op. cit.** pp. 155 a 157).

do ir e vir. Esse movimento faz parte de sua essência, a ponto de ser impossível um “jogar-para-si-somente”. É preciso sempre que haja um outro elemento com o qual o jogador jogue e que, por si mesmo, responda ao jogador. Por isso, diz-se que o jogador joga com possibilidades, pois tem a liberdade de decidir de uma forma ou de outra. Entretanto, essa liberdade não é livre de riscos, constituindo-se o próprio jogo em um risco para o jogador. O risco é um atrativo ao jogador, pois, se somente é possível jogar com possibilidades sérias, o jogador engaja-se no jogo a ponto de permitir que elas se imponham. A liberdade que goza o jogador está sempre correndo riscos e, por conseguinte, sendo sempre, de alguma forma, restringida.²⁴²

É, portanto, da natureza do jogo que *todo o jogar seja um ser-jogado*. A fascinação que o jogo exerce reside exatamente no fato de que o jogo apossa-se do jogador:²⁴³ “É o jogo que mantém o jogador a caminho, que o enreda no jogo e que o mantém nele”. O jogo possui um espírito próprio e especial, não dependendo do estado de espírito dos jogadores, mas, ao contrário, o estado anímico dos jogadores é consequência do próprio jogo.²⁴⁴

Diante dessas características, Gadamer diz que o aspecto peculiar do jogo humano é o fato de que ele joga “algo”, de modo a necessitar seu próprio espaço de jogo. O jogo impõe tarefas ao jogador, mas sem que essas tarefas consistam no fim do jogo; o verdadeiro fim do jogo é a *ordenação e configuração* de seu *próprio movimento*.²⁴⁵ A subjetividade, pois, não é senhora daquilo que se revela como significativo, ou mesmo insensato, o que exclui, no dizer de Grondin, “a representação de um ponto zero da compreensão. A compreensão é sempre a continuação de uma conversação já iniciada antes de nós”.²⁴⁶

²⁴² Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I...** pp. 158 a 160. O indivíduo que evita decisões que de alguma forma impõem-lhe coação, ou se ocupa com possibilidades que, na verdade, não leva a sério, como forma de gozar sua própria liberdade de decisão, não correndo, por isso, nenhum risco, já que não há a menor possibilidade de ver-se limitado por essas decisões, é aquele ao qual Gadamer chama de “frívolo”. (Ibidem).

²⁴³ Afirma Heidegger que, no círculo da compreensão, esta se apropria do que compreende, tornando-se a compreensão ela mesma, e não outra coisa, no modo de sua autenticidade. (Conforme HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit...** p. 148).

²⁴⁴ GADAMER, Hans-Georg. **op. cit.** p. 160.

²⁴⁵ O jogo limita a representar-se, seu modo de ser é auto-representação. Daí repousar a auto-representação do jogo em um comportamento vinculado aos fins aparentes do jogo, sem que, no entanto, seu sentido seja determinado por esses fins. Entregar-se à tarefa do jogo é identificar-se com o jogo. Por conseguinte, a auto-representação do jogo faz com que o jogador, jogando, alcance sua própria auto-representação. O jogador experimenta o jogo como uma realidade que o sobrepuja, pois o ser do jogo não está na consciência ou no comportamento dos jogadores, mas no próprio jogo que atrai os jogadores para sua esfera, preenchendo-os com seu sentido. (Idem, pp. 163 – 164).

²⁴⁶ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica...** p. 194.

3.1.3 Jogo e compreensão

No compreender ocorre o momento de desprendimento de si mesmo, pois o jogo não depende de um comportamento subjetivo – é um todo dinâmico *sui generis* que engloba a subjetividade de quem está jogando.²⁴⁷ Os esboços de pré-compreensão do indivíduo não são de sua livre escolha; antes, o indivíduo é neles jogado, como característica indelével da faticidade. A hermenêutica ergue-se contra o auto-equívoco, contra a inautenticidade do *Dasein*. A hermenêutica crítica da faticidade chama o *Dasein* de volta a si próprio, exercendo sua tarefa por meio da destruição positiva, ou seja, destrói o que não é questionado pelo *Dasein* na tradição, aquilo que oculta a existência impedindo o auto-apossamento.²⁴⁸

O estabelecimento radical no nível da finitude importa o abandono do fundamento último, o qual se caracteriza como uma fuga do homem de sua própria temporalidade. No nível da finitude, a estrutura da pré-compreensão é elaborada como estrutura positiva, permitindo ao *Dasein* perceber, a partir de sua situação existencial, suas próprias possibilidades. Compreender é sempre autocompreensão, o que significa aplicação de sentido a uma situação.²⁴⁹

Mas a alternância viva do movimento em que se desenrola o jogo, se não pode ser deduzida de um fundamento último, tampouco o pode de um comportamento meramente subjetivo. No jogo, a subjetividade rende-se àquilo que predomina como algo que obedece às suas próprias leis. A consciência do jogador é determinada pelo fato de que a alternância do movimento do jogo, onde um movimento em determinada direção corresponde a um movimento em direção oposta, é formado por uma leveza e uma liberdade. Isso quer dizer que o que entra ou está em jogo não depende de si mesmo, sendo dominado pelo jogo, como uma adaptação. O indivíduo “se ajusta ou se submete ao jogo, isto é, recusa-se à autonomia da própria vontade”. Por isso, o que constitui o jogo é o movimento, não a subjetividade dos indivíduos, cujo comportamento é subordinado por uma teleologia inconsciente, o que, por

²⁴⁷ Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**... p. 151 a 153.

²⁴⁸ Conforme GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**... pp. 163, 168 e 169. Diz o autor que essa tarefa pretende descerrar as experiências originárias do *Dasein*, as quais estão apenas espreitando por detrás das categorias transmitidas pela tradição ontológica. (Idem, p. 169). A propósito, cabe a ressalva de que Heidegger, ao estabelecer o primado ontológico da questão do ser, não se refere à tradição ontológica, a qual, por mais estruturado que tenha seu sistema de categorias, permanece cega por não compreender ser sua tarefa fundamental o esclarecimento do sentido do ser. Assim, Heidegger diz que, na analítica existencial do *Dasein*, está a ontologia fundamental, de onde os demais podem originar-se. (Conforme HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit**... pp. 8 a 12).

²⁴⁹ Conforme GRONDIN, Jean. **op. cit.** pp. 180 e 193. Complementa o autor dizendo que a busca por uma verdade universalmente válida encobre a realidade da compreensão, tornando-se uma busca por um ideal de conhecimento que jamais se concretizará. (Idem, p. 180).

sua vez, não significa uma perda da posse de si. O significado positivo do “mergulhar no jogo” é como a “leve liberdade de elevar-se sobre si mesmo”. A autocompreensão não significa uma posse de si mesmo; realiza-se quando algo é compreendido sem o caráter de uma *livre* auto-realização. O si-mesmo não possui a si-mesmo; antes, ele acontece.²⁵⁰

A compreensão de um texto não inicia enquanto o próprio texto permanecer mudo. Mas o texto pode começar a falar. Nesse momento, o texto não se limita a dizer sua palavra em uma rigidez inerte; o texto dá sempre e de novo respostas renovadas a quem lhe faz perguntas, apresentando novas perguntas a quem lhe propõe respostas. Para se compreender um texto é preciso, pois, manter com ele uma espécie de diálogo. Segundo Gadamer, o diálogo é confirmado pelo fato de que “no trato concreto com um texto a compreensão só se dá por completo quando o que se diz no texto pode ser traduzido para a própria linguagem do intérprete”.²⁵¹

Tome-se, como exemplo, a compreensão do anúncio das Escrituras. A interpretação pertence à unidade essencial da compreensão, de modo que, o que se diz a alguém, deve dentro de si mesmo ser acolhido, sendo as respostas encontradas em sua própria linguagem. O texto evangélico, diz Gadamer, somente pode ser compreendido quando aparece como o que se diz a si mesmo. Assim, somente na pregação a compreensão alcança sua realidade plena. O que está a serviço do anúncio não é o trabalho exegético do teólogo, mas, sim, a pregação, que não se limita à transmissão da compreensão da Escritura, mas a testemunhá-la. Assim, a “plenitude própria da compreensão não se encontra na pregação como tal, mas no modo de acolher a pregação como chamado que se dirige a todos”.²⁵²

A autocompreensão do intérprete e do interpretado são abrangidas pela verdadeira realidade do exercício hermenêutico. Por essa razão, Gadamer diz que a “desmitologização”

²⁵⁰ Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II...** pp. 154 – 155. O entendimento que se dá conversação é também jogo, onde se joga a convivência dos seres humanos. O diálogo é jogo, no contexto determinado em que ocorre e é compreendido, o que aponta para a estrutura comum entre o compreender e o jogar. Isso não significa que a fala não seja levada a sério. Ao revés, as palavras mobilizam as opiniões próprias, a ponto de integrá-las em uma relação que ultrapassa o caráter momentâneo de uma opinião própria. A vida da linguagem se dá na alternância viva do movimento do jogo. A vida da linguagem consiste no progresso constante do jogo. O diálogo é a continuidade do jogo da linguagem. Há compreensão porque no jogo tem lugar um discurso contra discurso, sem que, no entanto, torne-se esse lugar fixo. “Assim, alternamos mutuamente o jogo até que tenha início o verdadeiro diálogo, o jogo de dar e receber”. O lugar não é fixo, pois nesse diálogo ocorrem também o acaso e a surpresa, partes essenciais do jogo. (Idem, pp. 156 – 157). Cirne-lima diz que Heidegger, assim como Nietzsche e o segundo Wittgenstein, depois do colapso dos sistemas de Espinosa e do Idealismo Alemão, do sistema teórico de Hegel e do sistema prático-político de Marx, apontam para a ausência do historicismo, da contingência, do acaso. Há dentro das coisas a contingência e o acaso. Por isso que, com Heidegger e Gadamer, no século XX deu-se tanta ênfase aos horizontes do tempo: “(...) a Natureza joga dados. Isso, aliás, Platão já sabia”. (CIRNE-LIMA, Carlos Roberto. **Dialética para iniciantes**. 3.ed. 2.reimp. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 81).

²⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. **op. cit.** p. 157.

²⁵² Idem, p. 158.

não ocorre apenas na atividade do teólogo; ela se dá na própria Bíblia, a ponto de o verdadeiro evento da compreensão ultrapassar o que pode ser produzido metodologicamente, ultrapassando também aquilo que os próprios indivíduos podem ter consciência. De todo o diálogo, algo diferente surge:

A palavra de Deus que convoca para a conversão e nos promete uma melhor compreensão de nós mesmos não pode ser compreendida como um objeto que se encontra ali, à nossa frente. Não somos nós mesmos que compreendemos, ali. É sempre um passado que nos permite dizer: compreendi.²⁵³

O mesmo movimento ocorre na interpretação da Constituição. A vida da tradição consiste nesse jogo da compreensão. O passado não existe primariamente na recordação, mas no esquecimento. É em razão da natureza de esquecido do passado que se faz possível reter e recordar algo. É o esquecer que permite reter e conservar o que se perdeu no esquecimento. Para o homem, que vive na história, “a recordação capaz de conservar algo quando tudo perece constantemente não é a atualização de um sujeito cognoscente, mas a realização vital da própria tradição”. Essa é a sua tarefa de dar continuidade à história. Sua missão consiste em formular perguntas e encontrar as respostas a partir do que se torna, ou seja, a partir das possibilidades de seu próprio futuro.²⁵⁴

A hermenêutica parte do princípio segundo o qual quem pretende compreender deve estar ligado à coisa transmitida, mantendo ou adquirindo um nexos com a tradição da qual fala o texto transmitido. O intérprete está ligado à tradição, não como ocorre com a continuidade ininterrupta de uma tradição, pois há uma polaridade entre familiaridade e estranheza, na qual é baseada a tarefa hermenêutica. Esta, no entanto, não deve ser entendida como o âmbito que guarda o segredo da individualidade, mas, sim, hermeneuticamente, em direção a algo dito: “a linguagem com a qual nos interpela a tradição, a ‘lenda’ que ela nos conta”. A tradição ocupa um posto entre estranheza e familiaridade, que se caracteriza como um estado intermediário entre a objetividade distante, contemplada na história, e o pertencimento a uma tradição: “Nesse estado intermediário está o verdadeiro lugar da hermenêutica”.²⁵⁵

No centro desse posto intermediário ocupado pela hermenêutica está a distância temporal e o seu significado para a compreensão. “O tempo não é primariamente um abismo que deve ser vencido porque separa e afasta, mas é a base do acontecer no qual se radica a atual compreensão”. A distância temporal não é algo que se deva superar, mas uma

²⁵³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II...** pp. 158 – 159.

²⁵⁴ Idem, p. 173.

²⁵⁵ Idem. “Sobre o círculo da compreensão”... p. 148.

possibilidade positiva e produtiva da compreensão, que é vencida pela continuidade da origem e da tradição, “a cuja luz se nos mostra tudo aquilo que nos é transmitido”.²⁵⁶

Permitindo a apuração do autêntico sentido de um texto, a distancia temporal é um processo infinito. Encontra-se, portanto, em constante movimento, sendo este o seu lado produtivo que contribui para a compreensão: “Essa distância permite eliminar os preconceitos de natureza específica e faz emergir aqueles outros que possibilitam uma verdadeira compreensão”.²⁵⁷

A distância temporal, assim, pode distinguir entre preconceitos verdadeiros e falsos, razão pela qual a consciência formada hermeneuticamente incluirá uma consciência histórica, a qual traz à tona os preconceitos que orientam a compreensão.²⁵⁸

Desmascarar um preconceito significa a anulação de sua validade, pois, enquanto o intérprete é dominado pelo preconceito, não o conhece e nem o repensa como conceito. Um preconceito não pode ser desvelado se atuar inconscientemente, mas somente quando for “suscitado”. É o encontro com a tradição que permite suscitá-lo, já que, o que leva à compreensão, manifesta-se anteriormente em sua alteridade.²⁵⁹ A compreensão inicia quando algo chama a atenção; para tanto, é necessária uma suspensão dos pré-juízos, suspensão que possui a estrutura lógica da pergunta.²⁶⁰

Esse movimento é jogo. A vontade do indivíduo não é determinante para que entre em diálogo ou que por ele seja levado.²⁶¹ O determinante é a coisa em questão no diálogo, a qual provoca a fala e a réplica, conjugando ambas; quando se dá o diálogo, alcança-se a plenitude.

²⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. “Sobre o círculo da compreensão”... p. 148.

²⁵⁷ Idem, p. 149.

²⁵⁸ Esta é, segundo Gadamer, a tarefa propriamente crítica da hermenêutica: distinguir entre os pré-juízos que obscurecem e os pré-juízos que aclaram, entre os falsos e os verdadeiros. É preciso limpar a compreensão dos pré-juízos que a orientam, possibilitando que outras perspectivas da tradição se desprendam, isto é, “*la realización de la posibilidad de que algo pueda ser comprendido como otro*”. (Idem. **El problema de la conciencia histórica**... p. 111).

²⁵⁹ “*Denunciar algo como prejuicio es suspenderle en su presunta validez; en efecto, un prejuicio no puede actuar sobre nosotros como juzgado en lo sentido propio del término más que en tanto que nosotros seamos suficientemente conscientes. Pero caer en la cuenta de un prejuicio es algo que no puede lograrse mientras esté actuando: es preciso que en alguna medida sea provocado. Ahora bien, esta provocación de nuestros prejuicios es precisamente el fruto del encuentro renovado con una tradición que estuvo quizá ella misma en su origen. Y, en efecto, esto que reclama nuestros esfuerzos de comprensión es esto que se manifiesta en principio y por él mismo en su carácter de diferente. Esto nos trae de nuevo a una constatación que ya hemos hecho más arriba, a saber, que toda comprensión comienza por el hecho de que algo nos interpele. Ya que conocemos ahora el significado preciso de esta afirmación, reclamamos ipso facto la puesta entre paréntesis de los prejuicios. Y aquí llegamos a nuestra primera conclusión: la puesta entre paréntesis de nuestros juicios en general, y naturalmente de nuestros prejuicios en particular, acabara imponiéndonos la exigencia de una reflexión radical sobre la idea de interrogación como tal*”. (Idem, pp. 111 – 112).

²⁶⁰ Idem. “Sobre o círculo da compreensão”... p. 149.

²⁶¹ Conforme FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1992, p. 71.

O jogo não se desenrola em um mundo fechado, mas se realiza com um constante posicionar no tempo, tornando-se, a cada vez, um novo evento.²⁶²

Esse também é o diálogo que o intérprete mantém com o texto legal. A hermenêutica jurídica, diz Gadamer, possui condições de recordar, em si mesma, o procedimento autêntico das ciências do espírito, como um modelo de relação entre passado e presente. A aplicação de uma lei, elaborada no passado, às necessidades presentes, constitui uma tarefa prática, a qual, no entanto, não significa uma tradução arbitrária pelo intérprete. A compreensão e a interpretação significam conhecer e reconhecer *um sentido vigente*, não o mero significado histórico de uma lei. Toda a compreensão pressupõe uma relação prévia do intérprete com o texto e com o próprio tema mediado pelo texto. Essa pressuposição hermenêutica é justamente a pré-compreensão, a qual não é produto do movimento compreensivo, mas anterior a ele.²⁶³

O leitor não lê simplesmente o que está em um texto; aquele que lê um texto encontra-se dentro do sentido que percebe, a ponto de o próprio leitor pertencer ao texto que compreende. E a “linha de sentido” que se mostra a ele ao longo da leitura inevitavelmente terminará em uma indeterminação aberta, isto é, “as gerações vindouras compreenderão de uma forma diferente o que ele leu nesse texto”.²⁶⁴ O positivismo é então superado, como saber dogmático acerca de um texto normativo, em razão da inserção histórica e circunstanciada do intérprete na tradição normativa,²⁶⁵ no movimento do jogo. Forma-se uma relação dialética entre o antigo e o novo: entre o pré-juízo formado organicamente, como parte integrante do sistema particular de convicções e opiniões do intérprete, e o novo elemento que o denuncia, que o provoca, que o interpela. Esse novo elemento está, por um instante, no exterior do sistema de opiniões do intérprete; mas está a ponto de tornar-se uma opinião própria do

²⁶² Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**... pp. 180 e 442.

²⁶³ Idem. **Verdade e método I**... pp. 430 a 434. Flickinger diz que a expressão “hermenêutica filosófica” refere-se a uma experiência ontológica que se dá antes de toda a atividade reflexionante. A reflexão humana manifesta-se como uma reação ao que acontece no mundo: “Trata-se, aqui, sempre, de algo ou de alguém que se encontra à nossa frente e, como tal, dirige-se a nós e inquieta-nos, devido única e exclusivamente ao fato de ser outro que nós mesmos”. Esse acontecimento, entretanto, escapa à reflexão. O que se tem, pois, não é uma atividade reflexionante, mas um impulso subjacente à reflexão. Há, por isso, um fundamento pré-reflexivo a todo o saber objetivo. A hermenêutica filosófica ocupa esse espaço de tensão entre a experiência de caráter ontológico e as pretensões determinantes, inerentes a toda reflexão. “Dessa perspectiva, o *pensum* propriamente dito da ‘hermenêutica filosófica’ seria aquele de denunciar e desvelar a falsa soberania do conceito”. Por essa razão, o questionamento hermenêutico não pretende realizar a subsunção de experiências a parâmetros lógicos, mas descobrir o processo de instauração de sentido, nascido do relacionamento do homem com o mundo. (Conforme FLICKINGER, Hans-Georg. “Da experiência da arte à hermenêutica filosófica”... pp. 28 – 29).

²⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. **op. cit.** p. 446.

²⁶⁵ Conforme FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**... p. 106. Diz também o autor que, em si, o texto legal é inalterável; é a historicidade que intervém, determinando uma pré-compreensão diversa do mesmo texto legal. O Direito, pois, é sempre compreendido de maneira nova e distinta. (Ibidem, p. 107).

intérprete, perdendo o pré-juízo sua força de persuasão implícita.²⁶⁶ Há, portanto, uma relação dialética entre o “meu” inautêntico e o “meu” autêntico, como afirma Gadamer:

(...) entre lo prejuzgado implícito que está a punto de denunciar-se como prejuicio (o todavía entre lo mío a punto de llegar a ser auténtico por la nueva aportación hermenéutica que lo había provocado) y la aportación hermenéutica misma (la aportación a punto de entrar en mi sistema de opiniones y de convicciones – de llegar a ser ‘mía’), es decir, la aportación que entra allí por la oposición que manifiesta en el prejuicio denunciado y se desvela por esta oposición *como extrañamente ‘otro’*.²⁶⁷

Denunciar um pré-juízo ao desvelar (*αληθεια*) o verdadeiramente diferente é tornar o “outro” inassimilável em verdadeiramente “outro” e, por conseguinte, assimilável: é tornar o “meu” implícito em “meu” autêntico. Toda a compreensão hermenêutica inicia e termina na coisa mesma. Conseqüentemente, o objeto histórico, em um sentido autêntico, não é propriamente um “objeto”, mas uma *unidade entre “meu” e “outro”*.²⁶⁸ Esse “deslocamento” para uma situação histórica permite que o intérprete tenha consciência da alteridade do texto, sem significar submissão do texto aos próprios padrões do intérprete; significa, antes, “sempre uma ascensão a uma universalidade mais elevada que supera tanto nossa própria particularidade quanto a do outro”.²⁶⁹

A unidade entre “meu” e “outro” é jogo, pois o movimento do jogo perfaz o sentido que se apresenta à compreensão, provocando os pré-juízos ao interpelar o intérprete, em sua constante renovação como um novo evento. Todo jogar é um ser-jogado; o estranhamento do movimento do jogo cede lugar à familiaridade do sentido que permeia a teleologia inconsciente do próprio movimento e que, por isso, vincula o intérprete, não em razão sua subjetividade, que não permanece, mas em razão do modo de ser jogo, *condicionado pelo sentido*. Realiza-se, dessa forma, um movimento circular ontologicamente positivo, onde os juízos autênticos, no Estado Democrático, são formados e condicionados pelo sentido de Constituição.

3.2 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E JOGO

3.2.1 A “morte” da Constituição dirigente

²⁶⁶ Gadamer diz que “destacar” um preconceito significa suspender sua validade. (Conforme GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I...* p. 395).

²⁶⁷ Idem. *El problema de la conciencia histórica...* p. 113. Grifos no original.

²⁶⁸ Idem, p. 115.

²⁶⁹ Idem. *Verdade e método I...* p. 403.

Ao anunciar, no prefácio da 2ª edição de seu *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, a “morte” do dirigismo constitucional, Canotilho criou um certo mal-estar na doutrina brasileira defensora da Constituição dirigente.

Adotando a tese de um constitucionalismo moralmente reflexivo,²⁷⁰ Canotilho estabelece como desafio desse novo Direito substituir o autoritarismo dirigente pelo contratualismo, ou os “quatro contratos globais”: “Referimo-nos ao *contrato para as ‘necessidades globais’* – remover as desigualdades – *o contrato cultural* – tolerância e diálogo de culturas – *contrato democrático* – democracia como governo global, e o *contrato do planeta terra* – desenvolvimento sustentado”.²⁷¹

Nas condições complexas da contemporaneidade, o espaço nacional entrega-se à transnacionalização e à globalização, de modo a realizar-se em um plano distinto o projeto emancipatório das Constituições. Nos contextos transnacionais, que exigem, por parte dos Estados, a recusa de sua soberania nacional – corolário lógico do dogma do Estado-soberano – as Constituições perdem também “uma parte de seu simbolismo, da sua força normativa e do seu papel identificador”. O direito comunitário assume o lugar normativo-dirigente antes pertencente às Constituições; assim, “dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”.²⁷²

Seria necessária, portanto, uma nova teoria da Constituição, na medida em que não é mais possível à norma constitucional conformar, autoritariamente, a sociedade. As fontes do Direito, incluindo-se a Constituição, são funcionalmente inadequadas como bases juridicamente conformadoras de uma sociedade complexa e diferenciada.²⁷³

No entanto, as condições históricas em que a obra foi escrita, subseqüentemente à Revolução de 25 de abril de 1974 em Portugal, alteraram-se substancialmente. Desde então,

²⁷⁰ Segundo Bercovici, a teoria do direito reflexivo funda-se no postulado de que tanto o Estado como seus instrumentos jurídicos-normativos não possuem capacidade de regulação da complexidade da sociedade contemporânea. Dessa forma, em razão da incapacidade do Estado, a própria sociedade busca reduzir sua complexidade, por meio da diferenciação interna em vários sistemas, os quais atuam em áreas determinadas que auto-organizam suas próprias estruturas. Sendo a sociedade diferenciada em vários sistemas, não há mais a necessidade de normas gerais padronizadas do Estado. O ordenamento jurídico passa a ser um ordenamento de coordenação, possibilitando a autonomia dos sistemas para que sua racionalidade interna seja maximizada. Com base nos princípios da responsabilidade social e da consciência global, o ordenamento jurídico leva esses sistemas a uma reflexão sobre os efeitos sociais de suas decisões e atuação, a ponto de os induzir a não ultrapassar situações limite para todos indesejáveis. (Conforme BERCOVICI, Gilberto. “A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro”. *Revista de informação legislativa* n. 142, Brasília, 1999, p. 41).

²⁷¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*... p. XXII. Grifos no original.

²⁷² Idem, pp. XI e XXIX.

²⁷³ Conforme STRECK, Lenio Luiz. *Teoria da constituição e estado democrático de direito: ainda é possível falar em constituição dirigente?* Disponível em <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em 17.08.2005.

Portugal inseriu-se na Comunidade Européia, sofrendo a Constituição de 1976 várias reformas que lhe subtraíram o peso do conteúdo revolucionário e socializante. Ao demais, as próprias teorias constitucionais sofreram profundas modificações no curso das últimas duas décadas, o que justificaria a nova posição de Canotilho.²⁷⁴

O próprio autor, entretanto, afirma que algo remanesce da programaticidade constitucional; “os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais”.²⁷⁵ Dessa forma, uma teoria da Constituição deve ser compreendida como uma teoria adequada às especificidades de cada Estado nacional.²⁷⁶

Nessa mirada, a Constituição dirigente não sustenta um normativismo constitucional que opere, por si só, transformações emancipatórias; antes, vincula o legislador à sua própria materialidade, de modo a continuar, o Direito, a ser um instrumento de implementação de políticas públicas.²⁷⁷

Daí anunciar o próprio Canotilho que sua posição não significa que a “Constituição já não serve para nada, já não limita nada”. O que pretende é transpor políticas sociais e econômicas a outros esquemas que, em razão da complexidade de uma sociedade diferenciada, não são transparentes ou controláveis: “Então eu digo que a constituição dirigente não morreu”.²⁷⁸

Dessa forma, quando se fala, com base em Canotilho, na construção de uma teoria da Constituição constitucionalmente adequada a um país como o Brasil, tem-se em mente as

²⁷⁴ Conforme GUEDES, Néviton. “Prefácio”. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 9 – 10.

²⁷⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**... p. XXX.

²⁷⁶ Conforme STRECK, Lenio Luiz. **Teoria da constituição e estado democrático de direito**... Prossegue o autor afirmando que a teoria da Constituição deve conter um núcleo onde são resguardadas as conquistas do Estado Democrático e Social de Direito, sobre os pilares da democracia e dos direitos humanos-fundamentais. Esse núcleo compõe “um núcleo básico geral-universal” de uma teoria da Constituição e do constitucionalismo ocidentais. Os demais elementos conformadores de uma teoria da Constituição são derivados das “especificidades regionais e da identidade nacional de cada Estado”. (Idem, ibidem).

²⁷⁷ Idem, ibidem.

²⁷⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. “Teledebate (Curitiba-Coimbra)”. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda [org.]. **Canotilho e a constituição dirigente**... p. 31. Diz também Canotilho que a Constituição é mais do que apenas um esquema de governo ou mera reafirmação de idéias clássicas. Por isso, não se pode ver na Constituição apenas um texto estático, descomprometido com os problemas atuais. A idéia constitucional não é uma idéia estática, de modo que, ao texto constitucional, novas dimensões são incorporadas e, “no mesmo sentido, a vida também continua e vamos incorporando problemas e angústias inter-geracionais”. Em que pese ser também a Constituição um esquema de legitimação procedimental e processual, não pode ser esvaziada subtraindo-se de seu conteúdo premissas materiais da própria política. A problemática constitucional, pois, não é somente procedimental, mas também material, a ponto de estarem as duas dimensões em constante confronto. “O facto de dizermos que deve haver uma constituição procedimental não significa que o texto se reduz apenas a um esqueleto normativo, sem sustância, sem verbo, sem espírito, sem matéria”. (Idem, pp. 18 a 21).

diferenças entre o caráter revolucionário originário do texto constitucional português e o *caráter social e não-revolucionário* da Constituição brasileira. Portanto, no dizer de Streck, “é possível afirmar que continuam perfeitamente sustentáveis as teses relacionadas ao caráter dirigente compromissário do texto constitucional brasileiro”.²⁷⁹ Deixando a Constituição de ser apenas constituição do Estado, passando a ser também constituição da sociedade, a Constituição dirigente condiz com o problema de transformação da realidade, estabelecendo ao Estado uma direção permanente, consagrando, no seu texto, a exigência de atuação estatal.²⁸⁰

3.2.2 Os “novos” paradigmas das teorias da argumentação

Pelas razões acima expostas, a simples releitura epistemológica do Direito, por si só, embora contribua para a construção de um discurso jurídico renovado, não contribui à construção de uma nova práxis.²⁸¹ Pouca valia terá uma nova epistemologia se “o nosso modo-de-fazer-Direito continua sendo o mesmo de antanho”.²⁸² Como exemplo, tome-se a doutrina de Barroso, para quem a “nova interpretação constitucional” está assentada sobre um modelo de princípios, os quais exigem ponderação, de modo que ao intérprete cabe proceder à interação entre fato e norma, realizando escolhas fundamentadas dentro dos limites do ordenamento jurídico, constituindo uma perspectiva “pós-positivista” do Direito. Nesse cenário, assinala o autor que a teoria da argumentação torna-se “elemento decisivo” da interpretação constitucional nos casos em que o ordenamento não apresenta previamente a solução para determinado problema, dependendo de valorações subjetivas. O fundamento de legitimidade da atuação judicial, pois, é transferido para o processo argumentativo: “a demonstração racional de que a solução proposta é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional”.²⁸³

²⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Teoria da constituição e estado democrático de direito...**

²⁸⁰ Conforme BERCOVICI, Gilberto. “A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro”. **Revista de informação legislativa n. 142...** pp. 38 e 40. De acordo com o autor, o que pretendem os atuais críticos da Constituição é um retorno ao Estado mínimo, forjado pelo liberalismo do século XIX. O Estado seria apenas um garantidor do funcionamento das três instituições fundamentais do direito privado e da economia de mercado: “a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil”. (Idem, p. 42). Vide o item 2.3.1, *supra*, sobre a teoria da Constituição dirigente defendida neste trabalho.

²⁸¹ Conforme SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica.** Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 61.

²⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica...** pp. 187 – 188.

²⁸³ Conforme BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. “O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. **Revista de direito administrativo n. 232,** Rio de Janeiro, 2003, p. 174 e 190. Segundo os autores, pós-positivismo é “a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e

Mesmo que apresente um discurso renovado, Barroso acaba incorrendo nos mesmos problemas da concepção que pretende criticar: sua doutrina “pós-positivista” é tão positivista quanto o positivismo que crê superar, a ponto de afirmar ser a perspectiva convencional, de uma interpretação constitucional tradicional (paradigma cartesiano da filosofia da consciência), de grande valia na solução de grande parte dos problemas jurídicos, ainda que nem sempre suficiente para lidar com determinadas questões constitucionais, já que, no seu entender, é possível a coexistência de diversas possibilidades interpretativas acerca de uma mesma hipótese.²⁸⁴ Cria o autor, assim, uma categoria de “princípios instrumentais”, de modo que o intérprete, diante de várias soluções igualmente plausíveis, deve percorrer o caminho ditado pelos princípios instrumentais realizando, tão intensamente quanto possível, o estado ideal pretendido pelos “princípios materiais”.²⁸⁵

Essa concepção, baseada nas teorias da argumentação, parte do pressuposto positivista da relação sujeito-objeto e, ao apresentar “críticas ‘evidentes’ ao positivismo”, não considera as várias formas que o positivismo assumiu no decorrer da história”.²⁸⁶ Se uma hermenêutica constitucional pretensamente renovada, entendida como um método autônomo de

regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética”. (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. “O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”, p. 174).

²⁸⁴ Idem, pp. 157 e 175. Vide, no mesmo sentido, a posição de Alexy: “*La explicación del concepto de argumentación jurídica racional tiene lugar en esta investigación mediante la descripción de una serie de reglas a seguir y de formas que debe adoptar la argumentación para satisfacer la pretensión que en ella se plantea. Si una discusión se corresponde con estas reglas y formas, el resultado alcanzado en la misma puede designarse como ‘correcto’. Las reglas y formas del discurso jurídico constituyen por ello un criterio de corrección para las decisiones jurídicas (...). El valor de las reglas y formas del discurso jurídico no se limita a la explicación del concepto de argumentación jurídica racional (y, con ello, de pretensión de corrección) y a su función como criterio de corrección hipotético. Contienen al mismo tiempo exigencias sobre las argumentaciones que tienen lugar de hecho. En este sentido, constituyen una medida con que pueden contrastarse las limitaciones que son necesarias en la búsqueda de la decisión jurídica, por ejemplo, en el proceso. Por ello, hay que partir de las fórmulas antes expuestas, esto es, de que en una determinada situación está justificada aquellas limitaciones que en comparación con otras o por sí mismas, ofrecen una mayor oportunidad para alcanzar un resultado que también se hubiese alcanzado bajo condiciones ideales. Con ello, la teoría del discurso ofrece algo así como un criterio, en situaciones específicas, para la racionalidad de procesos de decisión, y para la racionalidad de las decisiones producidas en ellos*”. (ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 279 – 280).

²⁸⁵ “Os princípios instrumentais de interpretação constitucional constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta. Nenhum deles encontra-se expresso no texto da Constituição, mas são reconhecidos pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência”. São os seguintes os princípios instrumentais: o princípio da supremacia da Constituição; princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público; princípio da interpretação conforme a Constituição; princípio da unidade da Constituição; princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade; princípio da efetividade. Já os princípios materiais são aqueles que trazem em si a carga ideológica, axiológica e finalística da ordem constitucional. (Conforme BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. “O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”... pp. 159 a 166).

²⁸⁶ Conforme STRECK, Lenio Luiz. “A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo”... p. 157.

interpretação, parte do pressuposto de que o sujeito deve realizar o objeto interpretado,²⁸⁷ não supera o objetivismo.²⁸⁸

Como ensina Kaufmann, as teorias da argumentação decorrem essencialmente da analítica. Seu problema central reside na questão da hierarquia dos argumentos, pois existem argumentos mais fortes e mais fracos, bem como regras de prioridade de vários níveis. Não há, por isso, um catálogo fechado de cânones interpretativos, mas uma multiplicidade inesgotável de argumentos que, no discurso racional livre, devem ser admitidos em sua totalidade. Ao demais, as teorias da argumentação são “anti-hermenêuticas”, na medida em que concebem a hermenêutica como uma metafísica irracional, além de “antiontológicas”, reduzindo a ontologia à uma ontologia substancial, há muito superada pela própria hermenêutica. Por fim, as teorias da argumentação não abolem o esquema sujeito-objeto, prevalecendo-se, ao revés, da objetividade, a ponto de afirmarem a completude dos argumentos e conseqüente exclusão de acasos.²⁸⁹ É o caso, segundo Schneider e Schroth, de Alexy, ao enunciar as regras da argumentação: todas as formas possíveis de argumentos devem ser usadas; a determinação do peso dos argumentos deve concordar com regras relativas à sua importância; argumentos textuais, assim como aqueles que exprimam a vontade do legislador histórico, precedem a outros argumentos, a não ser que haja motivos racionais para se dar primazia aos outros argumentos. Por meio dessas regras, pretende-se garantir a totalidade os argumentos, excluindo o caráter aleatório de seu uso, assegurando a vinculação à lei.²⁹⁰

²⁸⁷ Conforme DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcellos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 269.

²⁸⁸ Afirma Streck que a defesa de uma hermenêutica constitucional como um método autônomo significa reduzir a Constituição à dimensão de ferramenta. Seu conteúdo, por essa técnica específica de interpretação, poderá ou não ser confirmado numa operação silogística. Diante da ausência de um metacritério interpretativo, a utilização de um ou de outro método de interpretação gerará inevitavelmente arbitrariedade, dando ensejo a interpretações voluntaristas. A tese da existência de um metacritério enquadra-se no esquema subsuntivo-dedutivo, opondo o ser ao ente. “Nesse aspecto, o pensamento dogmático do Direito retoma, de certo modo, o caminho da ontologia clássica, fazendo a subsunção de um significado a um significante, onde o significante é o elemento universal, e o significado é o elemento singular. Com isso, não mais se separa o significante do objeto. Esse processo subsuntivo ocorre mediante o uso dos assim denominados métodos de interpretação, objetificando os fenômenos”. (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise...** pp. 307 a 309).

²⁸⁹ Conforme KAUFMANN, Arthur. “A problemática da filosofia do direito ao longo da história”... pp. 153 – 154.

²⁹⁰ Conforme SCHNEIDER, Jochen; SCHROTH, Ulrich. “Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão”. In. KAUFMANN, Arthur; ‘et al.’. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas...** p. 525. A “vontade constitucional” de que fala Barroso enquadra-se nas regras de Alexy. Os princípios específicos de interpretação constitucional de que trata, de natureza instrumental, atuam como premissas metodológicas e conceituais de aplicação de normas, permitindo a realização “mais adequada” dessa vontade constitucional. (Conforme BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. “O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”... p. 175). Falar, assim, em uma “vontade constitucional”, com base em premissas metodológicas gerais, implica transformar a Constituição em um ente discursivo metafísico, onde fins são prescritos por um sujeito hipotético:

Ainda assim, a objetividade das teorias da argumentação é uma objetividade aparente, pois não conseguem ultrapassar o dualismo direito natural/positivismo, sucumbindo ao relativismo.²⁹¹

Diz Alexy que, para Habermas, uma proposição será verdadeira se justificada a pretensão de validade dos atos de fala com os quais afirmamos qualquer proposição mediante o uso de enunciados. Portanto, a justificação de uma asserção não deve depender da verdade da asserção, mas a verdade da asserção deve depender da justificação da asserção – como no caso dos princípios instrumentais de Barroso – ou seja, “Según Habermas, la verdad es una pretensión de validez que unimos a actos de habla constatativos”.²⁹²

A tensa relação entre real e ideal apresenta-se de modo particularmente nítido no próprio discurso. Assim, Habermas afirma que os participantes de uma argumentação não podem deixar de supor mutuamente o cumprimento adequado das condições de uma situação ideal de fala. Entretanto, o discurso nunca está “purificado”, mas sempre “contaminado” por motivos ocultos e pressões sobre a ação. De qualquer forma, as pretensões de validade faturalmente levantadas remetem, direta ou indiretamente, a argumentações nas quais possam ser elaboradas. Desse modo, a discussão argumentativa sobre pretensões de validade hipotéticas pode ser descrita como forma de reflexão da ação comunicativa. As pretensões de validade possuem uma função relevante na “práxis cotidiana”. O acordo alcançado comunicativamente possibilita o “entretencimento” de interações sociais e contextos do mundo da vida. Contudo, as pretensões de validade transcendem todo o contexto local, como pretensões, e, ao mesmo tempo, devem ser reconhecidas facilmente, na medida em que devem sustentar o acordo entre os participantes da “interação”. Portanto, as pretensões possuem um momento transcendente de validade universal, rompendo com o “provincialismo”, bem como um momento de obrigatoriedade, pois, sendo aceitas, transformam-se em portadoras de uma

“Los argumentos teleológico-objetivos se caracterizan porque quien argumenta se refiere no a fines de personas realmente existentes en el pasado o en el presente, sino más bien a fines ‘racionales’ o ‘prescritos objetivamente en el contexto del ordenamiento jurídico vigente’. Con ello surge la cuestión de qué fin hay que contemplar como racional o como prescrito objetivamente en el marco del ordenamiento jurídico vigente. La respuesta de la teoría del discurso consiste en afirmar que son fines racionales o prescritos objetivamente en el marco del ordenamiento jurídico vigente aquellos que establecerían quienes deben tomar decisiones en el marco del ordenamiento jurídico vigente sobre la base de la argumentación racional. La comunidad de quienes deben tomar decisiones en el marco del ordenamiento jurídico vigente, sobre la base de la argumentación racional, es el sujeto hipotético de los fines propuestos en los argumentos teleológicos-objetivos. Las afirmaciones finalistas de los intérpretes son hipótesis sobre los fines establecidos por este sujeto hipotético. Su corrección debe fundamentarse por medio de la argumentación racional. Los fines de que se trata en la interpretación teleológica no son por ello fines que se determinen empíricamente, sino fines caracterizados normativamente. Dicho fin caracterizado normativamente debe entenderse aquí como un estado de cosas o un suceso prescrito”. (ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**... p. 232).

²⁹¹ Conforme KAUFMANN, Arthur. “A problemática da filosofia do direito ao longo da história”... p. 155.

²⁹² ALEXY, Robert. **op. cit.** p. 113.

práxis cotidiana vinculada ao contexto, inserindo-se um momento de incondicionalidade nos processos fatuais de entendimento. A validade pretendida distingue-se da validade social de uma práxis ajustada faturalmente, mesmo que se torne, para esta, fundamento de consensos efetivos. Daí afirmar Habermas que a validade pretendida, tanto para as proposições, como para as normas “transcende espaços e tempos, anula o espaço e o tempo, mas a pretensão é levantada sempre aqui e agora, em contextos determinados, e será aceita ou recusada, mutuamente com as conseqüências fatuais da ação”.²⁹³

Partindo dessas premissas teóricas, o modelo de democracia constitucional proposto por Habermas não é fundamentado em valores compartilhados, tampouco em conteúdos substantivos, “mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade”.²⁹⁴

Sendo, pois, a Constituição concebida como mero instrumento no processo interpretativo, pode-se afirmar que a Constituição dirigente não é dirigente. Pertence à essência da ferramenta que seu uso seja dominado, o que, segundo Gadamer, quer dizer “tomá-la à mão e largá-la quando cumprida sua tarefa”.²⁹⁵

Entretanto, como o próprio Gadamer ressalta, o fenômeno universal da estrutura de linguagem humana também se desenvolve em outras dimensões, a ponto de o tema hermenêutico atingir outras relações que determinam, pela linguagem, as experiências de mundo do homem. Assim, também o aspecto retórico testemunha a estrutura universal da linguagem universal. A estrutura da linguagem está profundamente inserida na sociabilidade do ser humano, de modo que mesmo o teórico das ciências sociais deve ocupar-se com os limites da problemática hermenêutica. O próprio Habermas acabou por confrontar a hermenêutica filosófica com a lógica das ciências sociais, avaliando-a a partir de interesses cognitivos sociológicos. A ubiquidade da retórica é, pois, ilimitada, sendo por meio dela que a ciência se sociabiliza na vida. Toda a ciência que pretende ser prática dela depende. Em contrapartida, a função hermenêutica não é menos universal.²⁹⁶

²⁹³ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 447 – 449.

²⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**... p. 43. Prossegue o autor afirmando que, nesse sentido, “uma interpretação constitucional orientada por valores que opta pelo sentido teleológico das normas e princípios constitucionais, ignorando o caráter vinculante do sistema de direitos constitucionalmente assegurados, desconhece, na opinião de Habermas, não apenas o pluralismo das democracias contemporâneas, mas fundamentalmente a lógica do poder econômico e do poder administrativo”, isto é, desconhece “as relações de poder assimétricas inscritas nas democracias contemporâneas”. (Idem, pp. 43 – 44).

²⁹⁵ GADAMER, Hans-Georg. “Homem e linguagem”... p. 120.

²⁹⁶ Idem. **Verdade e método II**... pp. 271, 272 e 276.

A apropriação com êxito da tradição gera uma familiaridade própria, pela qual o intérprete passa a pertencer à tradição e a tradição passa a pertencer ao intérprete, compartilhando um mundo único e próprio, o qual abarca a história e a atualidade. A articulação dessa linguagem encontra-se nos discursos humanos. Dessa forma, a universalidade da estrutura da linguagem é um elemento ilimitado que sustenta tudo, “porque tudo é assumido pela compreensibilidade na qual nos relacionamos uns com os outros”. É o caminho da mediação do entendimento intersubjetivo.²⁹⁷

Por conseguinte, são perfeitamente compenetrados os aspectos retórico e hermenêutico da estrutura da linguagem, o que permite à hermenêutica dissipar a falsa aparência de que estaria apenas restrita à tradição estético-humanista, ou seja, como sua ocupação fosse a contraposição de um mundo de sentido a um mundo real. Ao revés, é próprio da universalidade hermenêutica ser observada também pela lógica das ciências sociais.²⁹⁸

No entanto, a reivindicação que Habermas faz à hermenêutica, quando é guiado pela análise da pré-compreensão e dos preconceitos, é de caráter distinto. Não é dado ao sujeito que reflete evadir-se do contexto histórico-efetual de sua situação hermenêutica, na medida em que sua compreensão está sempre implicada nesse acontecer. Contra essa idéia, Habermas apresenta o argumento de que a intervenção da reflexão transforma profundamente o *medium* da ciência. Isso, porém, é herança do idealismo alemão do século XVIII. Mas, para Habermas, mesmo que impossível chegar-se à consciência absoluta pela experiência hegeliana de reflexão, o “idealismo da estrutura da linguagem” seria “uma triste impotência”, frente ao todo real de um “nexo vital da sociedade”, pelo que a reflexão hermenêutica deveria transformar-se em “crítica da ideologia”.²⁹⁹ Com isso, afirma Gadamer, é retomado por Habermas o mote principal do interesse cognitivo sociológico:

Como a retórica (enquanto teoria) buscava o encantamento da consciência pelo poder do discurso, obrigando a distinguir a coisa em si, o verdadeiro do verossímil que o discurso ensina a produzir, como a hermenêutica busca, por meio da reflexão intercomunicativa, restaurar um entendimento intersubjetivo destruído, buscando sobretudo recolocar em suas bases hermenêuticas um conhecimento que se alienou num falso objetivismo, assim, também a reflexão das ciências sociais é movida por um interesse emancipatório buscando dissolver as coerções sociais externas e internas por meio da conscientização. Enquanto essas buscam legitimar-se por meio da interpretação feita pela linguagem, a crítica da ideologia, e talvez também uma

²⁹⁷ Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**... pp. 276 – 277.

²⁹⁸ Idem, p. 277. Prossegue Gadamer dizendo que “Habermas utilizou-se das análises da ‘consciência da história dos efeitos’ e do modelo da ‘tradução’, presentes em *Verdade e método I*, reconhecendo-lhe uma função positiva para a superação da rigidez positivista da lógica das ciências sociais e para sua fundamentação nos processos da linguagem, a qual historicamente continua irrefletida. Essa referência à hermenêutica portanto está expressamente a serviço dos pressupostos da metodologia das ciências sociais”. (Ibidem).

²⁹⁹ Idem, p. 281.

ação da reflexão que se interpreta pela linguagem, transforma-se num desmascaramento da ‘ilusão’ criada pela linguagem.³⁰⁰

Diz também Gadamer que, mesmo possuindo essa concepção sociológica certa coerência, a contribuição da hermenêutica não é aproveitada de forma correta, na medida em que estabelecida a partir de um “conceito-limite de uma coincidência de todas as motivações da ação com um sentido compreendido”.³⁰¹

O “desmascaramento” dessa suposta “ilusão” criada pela linguagem determina ao intérprete o acolhimento de uma premissa equivocada, segundo a qual a interpretação seria na verdade o processo de apropriação do que foi compreendido,³⁰² o que, além de fracionar o momento da aplicação com base no dualismo metafísico *sein-sollen*, acaba por descaracterizar o papel dirigente da Constituição, ao reduzi-la à dimensão de ferramenta.

Com efeito, Heidegger já esclareceu que na interpretação de algo como algo *a compreensão apropria-se do que compreende*, ou seja, a compreensão torna-se ela mesma, e não outra coisa. Daí porque interpretar *não é tomar conhecimento daquilo que se compreendeu*, mas a elaboração das possibilidades projetadas na compreensão. É a interpretação, pois, que se funda na compreensão, não o contrário. O sentido, assim, é o que já estava prelineado como possibilidade de articulação na compreensão, articulando-se como tal na interpretação.³⁰³ Esse é movimento do jogo constitucional. Streck, a partir de Heidegger, afirma que o sentido não é uma propriedade colocada sobre o ente, mas um existencial, de modo que apenas o *Dasein* pode ser com ou sem sentido, isto é, o próprio ser do *Dasein* e “o ente que se lhe abre podem ser apropriados na compreensão ou recusados na incompreensão. Daí que todo ente não dotado do modo de ser do *Dasein* como fora do sentido como essencialmente desprovido de todo e qualquer sentido”.³⁰⁴

O processo de interpretação tem como condição de possibilidade a compreensão,³⁰⁵ portanto, a interpretação não se apropria do que se compreende. A Constituição dirigente deixa de ser dirigente quando o processo interpretativo não é instaurado pela interpelação do sentido de Constituição, buscando o intérprete, com base em um aparato retórico-argumentativo, retirar o sentido do objeto (a Constituição), isolando-o por meio da

³⁰⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*... p. 281.

³⁰¹ Idem, p. 282.

³⁰² Nesse sentido, CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. “O princípio da proporcionalidade sob uma perspectiva hermenêutica e argumentativa”. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica n. 3*... p. 228.

³⁰³ Conforme HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*... pp. 148 e 153: “*Alle Auslegung gründet im Verstehen. Das ist der Auslegung Gegliederte als solches und im Verstehen überhaupt als Gliederbares Vorgezeichnete ist der Sinn*”. (Idem, p. 153).

³⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*... p. 173.

³⁰⁵ Idem, p. 181.

metodologia da “hermenêutica constitucional”. Esse sentido poderá ou não ser adequado ao caso examinado “à luz” da “Lei Maior”, denunciando sua utilização como ferramenta. Por conseguinte, o sentido de Constituição deixa de constituir o sentido do ordenamento jurídico.³⁰⁶

3.2.3 O dirigismo no movimento do jogo constitucional

No movimento de jogo, já não se trata mais de discutir o lugar que a Constituição ocupa no ordenamento jurídico. Tratando-se de uma teoria material da Constituição, a Constituição dirigente não está no ápice da estrutura piramidal kelseniana, à espera de sua aplicação em um processo de silogismo normativo; tampouco ocupa o “centro” do sistema jurídico, de onde “irradiaria” sua normatividade, não somente sobre o direito público, mas também sobre o direito privado,³⁰⁷ servindo como espécie de “parâmetro” para o restante do ordenamento jurídico.³⁰⁸ Sendo o movimento condicionado pelo sentido de Constituição, o sentido se faz presente em todas as “províncias” do ordenamento jurídico, não como uma espécie de filtro, mas como verdadeiro existencial, isto é, o sentido de Constituição é a Constituição como ser-no-mundo-do-intérprete.

A espacialidade do sentido de Constituição não é corpórea, ou seja, a Constituição não é apenas o arcabouço formal de suas normas. Na medida em que na interpretação a compreensão apropria-se do compreendido, o ordenamento jurídico em sua totalidade é apropriado pelo sentido de Constituição, o qual, no movimento do jogo, condiciona as

³⁰⁶ Daí Streck perguntar “como é possível olhar o novo (texto constitucional de 1988), se os nossos pré-juízos (pré-compreensão) estão dominados por uma compreensão inautêntica do Direito, onde, no campo do direito constitucional, pouca importância tem sido dada ao estudo da jurisdição constitucional?”. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**... p. 181).

³⁰⁷ Nesse sentido, Tepedino, para quem o intérprete deve redesenhar o tecido do direito civil “à luz da nova Constituição”, de modo que, em face da existência de “universos legislativos setoriais”, a unidade sistemática é buscada deslocando-se “para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil”. (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**... p. 13). Assim também Barcellos, para quem um dos traços fundamentais do neoconstitucionalismo é a “superioridade hierárquica e centralidade no sistema” das disposições normativas constitucionais (conforme BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Disponível em <<http://www.lex.com.br>>. Acesso em 25.01.2006).

³⁰⁸ Em sentido contrário, Facchini Neto: “Em outras palavras, afirma-se que a Constituição não é apenas um programa político a ser desenvolvido pelo legislador e pela administração, mas contém normatividade jurídica reforçada, pois suas normas são qualitativamente distintas e superiores às outras normas do ordenamento jurídico, uma vez que incorporam o sistema de valores essenciais à convivência social, *devendo servir como parâmetro de confronto para todo o ordenamento jurídico, além de auxiliar a este como critério informativo e interpretativo validante*”. (FACCHINI NETO, Eugênio. “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”. In SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 38).

estruturas da própria compreensão, isto é, condiciona o próprio movimento do jogo onde o intérprete é lançado, pois todo o jogar é um ser-jogado.³⁰⁹

Esse “ser-no-espço” que é o sentido de Constituição é concebido a partir de seu modo de ser, não a partir das estruturas formais do ordenamento jurídico. A espacialidade do sentido de Constituição não está, como diz Heidegger, “à mão em um lugar”.³¹⁰ A Constituição não é ferramenta. O sentido de Constituição está e é no mundo, ocupando-se com os entes que vêm ao encontro dentro do mundo. Assim, se alguma espacialidade convém ao sentido de Constituição, é baseada no ser-em (*In- Sein*),³¹¹ que é a Constituição.

O ser-em diz ser “em um mundo”, o que não significa estar “dentro de”. Como existencial, o ser-em não é algo simplesmente dado (*Vorhandensein*), não indicando uma relação em que uma coisa simplesmente dada está, espacialmente, dentro de outra, como a água em um copo, a roupa em um armário, um banco em uma sala de aula, a sala na universidade e assim por diante. A origem do “em” (*In*) está em *innan* (morar, habitar, deter-se), onde o *an* possui o significado de habitualidade, familiaridade (*Ich bin gewohnt, vertraut mit, ich pflege etwas*). O ente ao qual pertence o ser-em é o ente que sempre eu mesmo sou (*bin*). “Eu sou” conecta-se a “junto” (*bei*), significando “eu moro”, “me detenho junto” (*ich wohne, halte mich auf bei*). O “junto”, é junto ao mundo, como algo que me é familiar. Esse “ser-junto” (*Sein bei*) não indica apenas um conjunto de coisas que ocorrem, mas abriga o ser-no-mundo de um ente “intramundano” (*innerweltlichen*). A Constituição, pois, é existencial porque se relaciona, porque existe. O ser-no-mundo possibilita que o ente seja compreendido como algo que está ligado ao ser daquele ente que lhe vem ao encontro dentro de seu próprio mundo. Dessa forma, a Constituição não pode ser entendida como mera premissa, categoria ou ferramenta, porque o intérprete está familiarizado com o sentido de Constituição que permeia todo o ordenamento jurídico – o jogo é elemento vinculativo na formação dos juízos autênticos.³¹²

A espacialidade do sentido de Constituição possui as características do “distanciamento” (*Ent-fernung*) e o direcionamento (*Ausrichtung*). O distanciamento não é entendido por Heidegger como distância ou intervalo, mas indica uma constituição ontológica

³⁰⁹ O *Dasein*, possuindo a característica da faticidade, pode, segundo Gadamer, “escolher” o seu ser (compreensão/incompreensão). Mas, na verdade, com sua escolha, o *Dasein* apenas ultrapassa sua própria existência, na qual já havia sido lançado, de modo que o estar-lançado determina a unidade fundamental da constituição do *Dasein* humano. (Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Heidegger’s ways**... p. 56).

³¹⁰ Conforme HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit**... p. 104.

³¹¹ Idem, ibidem. “*Das Dasein aber ist ,in’ der Welt im Sinne des besorgend-vertrauten Umgangs mit dem innerweltlich begegnenden Seienden. Wenn ihm sonach in irgendeiner Weise Räumlichkeit zukommt, dann ist das nur möglich auf dem Grunde dieses In-Seins*”. (Ibidem).

³¹² Idem, pp. 53 a 56.

do *Dasein*. Distanciar, assim, faz desaparecer o distante, isto é, a distância de alguma coisa condiz com sua proximidade. Em sua essência, o *Dasein* é essa possibilidade de “distanciar”.³¹³ O sentido de Constituição, no movimento do jogo, possui em sua essência a possibilidade de “dis-tanciar”, fazendo com que o próprio ordenamento jurídico venha à proximidade.³¹⁴

O *Dasein* é essencialmente espacial de acordo com os modos do dis-tanciamento; por conseguinte, o lidar com as coisas mantém-se sempre em um mundo circundante, determinado pela distância de um certo espaço de jogo. Assim, o que está próximo é o que está distante no raio de apreensão mediano.³¹⁵ Pelo sentido de Constituição, o ordenamento jurídico está próximo ao ente constitucional, de onde decorre a familiaridade do intérprete com o próprio sentido de Constituição.

Quando o sentido de Constituição aproxima a legislação infraconstitucional, isso não significa que esteja a Constituição fixada em algum ponto no espaço. Em contrapartida, não significa que o sentido de Constituição não “ocupe” um local. Ocupar não significa estar à mão; ocupar um local é distanciar a legislação infraconstitucional dentro de uma região previamente descoberta pela circunvisão, isto é, dentro do próprio ordenamento jurídico: o sentido de Constituição “ocupa” o ordenamento jurídico. A interpretação de qualquer dispositivo legal se dá, no ordenamento constitucional, de acordo com a estrutura desvelada por Heidegger: o *Dasein* compreende o “aqui”, a partir de um “lá” de um mundo circundante. O “aqui” não indica o local em que se encontra algo simplesmente dado, mas o estar junto de um ser que produz dis-tância. Dessa forma, o *Dasein* nunca está “aqui”, mas sempre “lá”, de onde retorna para “aqui”, no modo que o *Dasein* interpreta seu ser-para,³¹⁶ ou seja, o sentido de Constituição não é construído aqui, na legislação infraconstitucional, mas lá, na Constituição. Ocorre que o lá, a Constituição, não está em rígido isolamento em algum ponto

³¹³ Conforme HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit**... p. 105

³¹⁴ A distância, diz Heidegger, é uma determinação categorial dos entes destituídos do modo de ser do *Dasein*. Por sua vez, o distanciamiento é existencial, pois no *Dasein* reside uma tendência essencial de proximidade. No distanciamiento, subsiste uma avaliação explícita da distância em que um manual se encontra com relação ao *Dasein*. Mesmo que sejam imprecisas e oscilantes essas avaliações, elas possuem uma determinação própria e compreensível para todos, no modo de ser cotidiano do *Dasein*. Essas avaliações são normalmente consideradas subjetivas. Essa subjetividade, porém, descobre o “mais real da realidade do mundo”, de modo que não condiz com arbitrariedade, permitindo que se descubra o ser-em-si do mundo verdadeiro, ou seja, de um ente junto ao qual o *Dasein*, existindo, já sempre está (“*Das umsichtige Ent-fernen der Alltäglichkeit des Daseins entdeckt das An-sich-sein der ‚wahren Welt‘, des Seienden bei dem Dasein als existierendes je schon ist*”). Idem, pp. 105 – 106).

³¹⁵ Idem, p. 106.

³¹⁶ “*Das Dasein ist gemäß seiner Räumlichkeit zunächst nie hier, sondern dort, aus welchem Dort es auf sein Hier zurückkommt und das wiederum nur in der Weise, daß es sein besorgendes Sein zu... aus dem Dort-zuhandenen her auslegt. Das wird vollends deutlich aus einer phänomenalen Eigentümlichkeit der Entfernungsstruktur des In-Seins*”. (Idem, pp. 107 – 108).

dentro do ordenamento jurídico, seja no ápice ou no centro do sistema, pois, pelo caráter de dis-tanciamento, o aqui, a legislação infraconstitucional, está junto ao lá, à Constituição.

Desse caráter de dis-tanciamento, decorre o caráter de direcionamento. Toda a aproximação toma, antecipadamente, uma direção dentro de uma região, a partir da qual o dis-tanciado se aproxima. No ser-no-mundo se dá a necessidade prévia de sinais, como indicação explícita da direção. Como ser-no-mundo, o *Dasein* possui uma região desde sempre já descoberta, pelo que o direcionamento é previamente conduzido pela circunvisão da ocupação.³¹⁷ Fundando-se o direcionamento no ser-no-mundo, pode-se afirmar que a constitucionalidade e a inconstitucionalidade não são “subjetivas”, mas, sim, direções do próprio direcionamento.

Alguns exemplos podem aclarar essas características do *Dasein*. Na seara do direito privado – onde as codificações são utilizadas como verdadeiros escudos contra a aplicação direta das normas constitucionais – o art. 422 do Código Civil determina que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

O princípio da boa-fé, na forma em que positivado, é compreendido não como “um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas conseqüências”.³¹⁸ Essa sua face objetiva é, segundo Reale, verdadeira “*exigência de lealdade*, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal”. A partir dessa norma, estabelece-se, ainda segundo Reale, a exigência de uma “hermenêutica jurídica estrutural”, caracterizada pela necessidade de exame da “totalidade das normas pertinentes a determinada matéria”, pelo que conclui afirmando que “com o advento, em suma, do pressuposto geral da boa-fé na estrutura do ordenamento jurídico, adquire maior força e alcance do [sic] antigo ensinamento de Portalis de que as disposições legais devem ser interpretadas umas pelas outras”.³¹⁹

À evidência, no paradigma hermenêutico-filosófico da intersubjetividade essa compreensão do princípio da boa-fé está em desalinho com o sentido de Constituição. Mesmo que o princípio seja caracterizado como uma exigência normativa de lealdade, partiu-se da premissa equivocada de que a boa-fé, como expressão dessa lealdade contratual, nasce dentro

³¹⁷ Conforme HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*... pp. 108 – 109.

³¹⁸ REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*...

³¹⁹ Idem, *ibidem*. Grifos no original.

do sistema fechado da codificação e que a partir do Código o ordenamento jurídico ganha uma nova estruturação, a ponto de Reale evocar Portalis afirmando que as disposições legais devem ser lidas umas pelas outras, de onde decorrem duas possíveis conclusões: o Código deve ser interpretado de acordo com suas próprias disposições, isolando a Constituição ao formar uma verdadeira blindagem ao sentido de Constituição; ou a Constituição, em razão do mandamento positivado da boa-fé, deve ser interpretada de acordo com o Código Civil.³²⁰

Entretanto, pelo caráter de dis-tanciamento e direcionamento do ser-no-mundo, o sentido de Constituição, que no movimento do jogo ocupa o ordenamento jurídico, traz à proximidade o regramento codificado que, como dogmática, é instrumento. Como o sentido de Constituição ocupa o ordenamento jurídico, com a proximidade o sentido de Constituição toma de assalto o Código Civil. Com esse dis-tanciamento, o direcionamento é dado pela axiologia da Constituição, muito mais densa e complexa do que a axiologia pretensamente própria da codificação. No caso da boa-fé, o art. 422 não instala uma nova estrutura hermenêutica do ordenamento; apenas positiva em nível instrumental o valor constitucional da solidariedade,³²¹ previsto expressamente no art. 3º, I, da Constituição como um dos objetivos fundamentais da República – a construção de uma sociedade solidária.³²² Ao demais, a boa-fé é também expressão da dignidade humana, princípio fundamental da República, consoante previsto no art. 1º, III, da Constituição, o que, por si só, justifica intervenção no âmbito contratual.³²³

Assim, quando se fala em jogo, e aqui se pode designar de jogo constitucional, está-se referindo a essa dinâmica do ser-jogado, a partir da ocupação do ordenamento jurídico, então em movimento, pelo sentido de Constituição. A dignidade do reconhecimento da ordem

³²⁰ Streck denuncia o caráter demagógico do Código Civil, por retratar a situação do “engenheiro de obras feitas”, consagrando direitos que são tutelados pelo menos desde a Constituição de 1988. (STRECK, Lenio Luiz. “Quinze anos de Constituição: análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais”. *Revista da Ajuris* n. 92, 2003, p. 229).

³²¹ No mesmo sentido, Nalin, para quem a boa-fé objetiva é “o dado mais claro da afirmação do desejo constitucional de um contrato solidário e socialmente justo”. (NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 137).

³²² Pertinente a lição de Aristóteles, segundo a qual o desenvolvimento da sociedade pressupõe a felicidade de seus cidadãos, o que, desde logo, oferece uma base ao dirigismo constitucional: “Duas condições são necessárias para alcançar o bem geral: primeiramente, que haja um ideal e que o fim que se propõe seja louvável; depois, que se encontrem quais são os atos que podem conduzir a esse fim”. (ARISTÓTELES. *A política*. Livro IV, Capítulo XII, §1).

³²³ De acordo com Sarlet, a positivação da dignidade da pessoa humana na condição de princípio jurídico-constitucional fundamental não significa que a dignidade exista apenas onde e na medida em que reconhecida pelo Direito. Entretanto, o grau de reconhecimento e proteção conferido pela ordem jurídico-constitucional está associado à sua efetiva realização e promoção. O reconhecimento e a proteção da dignidade humana pela ordem jurídica impõe-se, portanto, porque ganha relevo a dignidade no âmbito da intersubjetividade, pelo que todos devem receber consideração e respeito não somente por parte do Estado, mas também da comunidade em que estão inseridos. (Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2.ed.rev.amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 56, 70 e 71).

constitucional, bem afirma Canotilho, reside no seu fundamento normativo-material. Portanto, o sentido de Constituição que forma os juízos autênticos do intérprete, o vincula visando à realização global do programa constitucional, mesmo na hipótese de aplicação da legislação infraconstitucional, rejeitando-se, assim, uma idéia de Estado como “essência inerte ou repousante”.³²⁴

O jogador, pois, na medida em que é jogado, está sempre correndo riscos em razão de suas escolhas. O *intérprete* corre constantemente riscos em razão de suas escolhas. Caso vincule-se a uma tradição inautêntica, corre o risco de sua interpretação padecer do vício da inconstitucionalidade, já que o jogo é o modo de ser de sua obra de arte: o ordenamento jurídico é o modo de ser da Constituição. Revelo ganha o papel dos princípios constitucionais, pois é por meio dos princípios que o sentido de Constituição permeia todas as províncias do ordenamento, que a Constituição se faz presente, que se torna ser-no-mundo.

3.3 OS PRINCÍPIOS NO MOVIMENTO DO JOGO: A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS A PARTIR DA FENOMENOLOGIA HERMENÊUTICA DA DIFERENÇA ONTOLÓGICA

3.3.1 Considerações preliminares

A temática dos princípios não é novidade nas discussões jurídicas. Wilburg, na década de 40, e Esser, na década de 50, anteciparam alguns desenvolvimentos dos problemas inerentes à questão. Com Dworkin a discussão ganhou fôlego, principalmente com a distinção entre regras e princípios, a partir de seu “Model of Rules”.³²⁵

Desse amplo debate, duas principais correntes emergiram: a que entende que os princípios expressam a idéia de otimização, idéia que pode, segundo Alexy, ser representada pela fórmula “principles are optimization commands, and it is this feature that represents the main distinction between principles and rules”; e a corrente, menos uniforme, que parte do

³²⁴ Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**... p. 20 e 104. Canotilho, analisando a teoria constitucional de Bäumlín, afirma que “a constituição é uma ordenação global do Estado e da sociedade e, ao mesmo tempo, um projecto de determinação da sua identidade (...). A constituição, hoje, concebe-se ao serviço da democratização do Estado e da sociedade, devendo ser entendida como uma ordem fundamental e um programa de acção, através do qual a sociedade se constitui em unidade socioeconómica e política (...). A construção teórico-constitucional de Bäumlín tem, desde logo, o mérito de não fugir aos problemas constitucionais com que, na actualidade, se defronta uma sociedade democrática”. (Idem, pp. 101 a 103).

³²⁵ Conforme ALEXY, Robert. “On the structure of legal principles”. **Ratio Juris v. 13 n. 3**, September, 2000, p. 294.

consenso básico de que a tese da otimização é equivocada ou “at any rate that its explanatory power is greatly exaggerated”.³²⁶

No direito pátrio, tradicionalmente os princípios são relegados a um papel meramente supletivo, chamados a atuar apenas nas hipóteses de lacunas, nos moldes do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. São considerados fontes subsidiárias, aplicáveis quando as “outras mais diretas falham, ou se mostram insuficientes”.³²⁷

Os princípios ingressaram nas codificações como uma “válvula de segurança”, a fim de estender a eficácia da lei, impedindo um vazio normativo. Por essa visão positivista, os princípios constitucionais são transformados em meras pautas programáticas supraleais, sendo determinada, em razão da suposta carência normativa, sua conseqüente irrelevância jurídica.³²⁸

Nas últimas décadas, esse cenário vem alterando-se com o reconhecimento da força normativa dos princípios. De antiga fonte subsidiária nos Códigos, os princípios tornaram-se, desde as Constituições do final do século XX, fonte primária de normatividade, corporificando os valores mais elevados de uma sociedade democrática.³²⁹

³²⁶ ALEXY, Robert. “On the structure of legal principles”... p. 295.

³²⁷ PEREIRA DA SILVA, Caio Mário. **Instituições de direito civil v. I**. 6.ed.rev.amp. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 49. Afirma o autor que, consagrando os princípios como fonte subsidiária, a Lei de Introdução ao Código Civil manteve-se fiel às tradições jurídicas brasileiras remotas: “Já o nosso direito anterior mandava que se adotassem os princípios do direito romano como fonte de nosso direito objetivo, sob a inspiração da boa *razão* (Lei de 28 de agosto de 1772); o Projeto Felício dos Santos ordenava o apelo aos princípios gerais de direito (art. 53), como também o Projeto Coelho Rodrigues (art. 38, Título Preliminar). Igualmente procedem o Código Civil italiano de 1942 (art. 12), e o mexicano (art. 19). E é de prever que assim continue, já que o Projeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas o mantém, em o art. 6º”. (Ibidem).

³²⁸ Para Bonavides, o ponto central da contemporânea concepção sobre princípios reside no caráter e no lugar de sua normatividade, que salta dos Códigos para as Constituições, convertendo-se em fundamento para toda a ordem jurídica. Os princípios gerais de Direito transformam-se, assim, em princípios constitucionais, eliminando qualquer problemática com relação aos denominados princípios supraleais. Essa terminologia tende a cair em desuso, pois desprovida de sentido, possuindo alguma significação somente na linguagem jusnaturalista. (Conforme BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**... pp. 289 e 293).

³²⁹ Vide, entre outros, Streck, para quem os princípios gerais no mínimo devem servir como um *topos* hermenêutico (conforme STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**... p. 110); Bonavides, segundo o qual as novas Constituições promulgadas nas últimas décadas do século XX acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, “convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (BONAVIDES, Paulo. **op. cit.** p. 264); para Mello, princípio é “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19.ed.rev.at. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 888 – 889); Freitas fala na existência de princípios em face dos quais, em caso de “incompatibilidades internas”, devem “as normas infraconstitucionais guardar a função instrumental, tendo em vista a realização superior da Constituição e a preponderância (...) dos direitos fundamentais em relação às leis” (FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3.ed.rev.amp. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 59); Pasqualini diz que o sistema jurídico não é formatado “somente por normas, mas, com primazia, por valores e princípios jurídicos” (PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 89). Na doutrina privatista, Fachin fala na construção de um Direito Civil a partir de uma “unidade principiológica, centrada na Constituição, com o

Importantes teorias sobre a normatividade dos princípios e sobre a distinção entre princípios e regras foram elaboradas. Ao que interessa a este trabalho, é relevante a análise de três dessas teorias, para que, ao final, construa-se um modelo principiológico adaptado ao movimento do jogo constitucional: as teorias de Canotilho, Alexy e Dworkin.

3.3.2 As teorias de Canotilho, Alexy e Dworkin

Canotilho, abandonando as noções da metodologia jurídica tradicional e a distinção entre “normas” e “princípios”, sugere que regras e princípios são duas espécies de normas. Com isso, a distinção entre princípios e regras é uma distinção entre duas espécies normativas.³³⁰

A complexidade da distinção entre essas categorias normativas deriva do fato de que a doutrina, no mais das vezes, não esclarece duas questões fundamentais: qual a função dos princípios e se os princípios possuem uma diferença apenas quantitativa, ou são suscetíveis de uma diferenciação qualitativa. A essas questões, Canotilho apresenta suas respostas: (a) os princípios são multifuncionais, desempenhando tanto uma função argumentativa como revelando normas não expressas por enunciados legislativos; (b) os princípios são verdadeiras normas, qualitativamente distintas, portanto, das regras.³³¹

respeito à complexidade e à dinâmica dos novos tempos” (FACHIN, Luiz Edson. “Novos paradigmas do direito civil brasileiro contemporâneo”. In _____. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. 2.tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 11); segundo Aronne, “sempre que se interpreta uma regra, precisa-se dos princípios, para dar-lhe o sentido, a otimização e a forma de aplicação, ou mesmo, de incidência” (ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**: das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 78); para Tepedino, os princípios constitucionais não podem ser aplicados com base no art. 4º da LICC, o que “representaria uma subversão da hierarquia normativa e uma forma de prestigiar as leis ordinárias e até os costumes, mesmo se retrógrados ou conservadores, em detrimento dos princípios constitucionais” (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**... p. 18).

³³⁰ Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5.ed.ref.aum 2.tir. Coimbra: Almedina, 1992, p. 172. Para o autor, saber como distinguir regras e princípios é uma tarefa complexa, razão pela qual vários critérios são sugeridos: (a) o grau de abstração dos princípios é mais elevado do que o das normas; (b) pelo grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, os princípios seriam carecedores de mediações concretizadoras e as regras suscetíveis de aplicação direta; (c) pelo caráter de fundamentalidade no sistema das fontes, os princípios seriam normas com um papel fundamental, em razão de sua posição hierárquica no sistema; (d) pela proximidade da idéia de direito, os princípios veiculam exigências de justiça, possuindo as regras conteúdo meramente funcional; (f) e, pela natureza normogenética, os princípios constituem a *ratio* das regras. (Idem, pp. 172 – 173).

³³¹ Idem, p. 173. Aduz Canotilho que as diferenças qualitativas apresentam, fundamentalmente, os seguintes aspectos: (a) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização; as regras são normas que prescrevem imperativamente, uma exigência que é ou não cumprida. Além disso, a convivência dos princípios é conflitual e a das regras é antinômica; (b) os princípios permitem o balanceamento de valores e interesses, de acordo com o seu peso; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois, se válida, deve ser cumprida em sua exata medida; (c) os conflitos entre princípios são solucionados mediante ponderação; nos conflitos entre regras, é insustentável a validade simultânea de regras entre si contraditórias; (d) os princípios

Diante dessas considerações, Canotilho afirma que a existência de regras e princípios “possibilita a compreensão da constituição como sistema aberto de regras e princípios”. Um modelo formado exclusivamente por regras possuiria uma limitada racionalidade prática, exigindo a regulação exaustiva e completa do mundo da vida: por um lado, constituiria um sistema de segurança; por outro, não permitiria o desenvolvimento do sistema constitucional, em descompasso com uma sociedade pluralista e aberta. Já um modelo formado exclusivamente por princípios também levaria a consequências inaceitáveis, pois a inexistência de regras precisas conduziria a “um sistema falho de segurança jurídica”.³³²

As seguintes premissas, portanto, são estabelecidas por Canotilho: (a) O sistema jurídico carece de regras. Em alguns casos, é impossível apenas uma exigência de otimização, como, por exemplo, na hipótese da maioria para efeitos de determinação da capacidade eleitoral ativa e passiva: o cidadão é ou não é maior aos 18 anos, para efeitos de direito de sufrágio ativo e passivo; (b) O sistema jurídico necessita de princípios, como os de liberdade, igualdade e dignidade, que “são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos”; (c) Os princípios possuem uma função normogénica, sendo o fundamento para as regras, além de uma função sistémica, possuindo uma “idoneidade irradiante”, a qual lhes possibilita cimentar, de forma objetiva, todo o sistema constitucional; (d) Para que sejam operantes, tanto as regras como os princípios necessitam de procedimentos e processos que lhes confirmem operacionalidade prática.

Por meio dessas premissas, Canotilho estrutura um sistema interno baseado nos diferentes graus de concretização de regras e princípios que formam a Constituição.

Nessa complexa dinâmica, os princípios estruturantes são tidos como “constitutivos e indicativos das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional”, como o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático e o princípio republicano. Os princípios estruturantes são densificados por meio de outros princípios, os princípios gerais fundamentais. O princípio do Estado de Direito, por exemplo, é densificado por meio de uma série de subprincípios: o princípio da constitucionalidade, da legalidade, da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, entre outros. Por sua vez, esses princípios densificam-se ainda mais, por meio de princípios constitucionais especiais: o princípio da legalidade da administração é concretizado pelo princípio da preeminência ou prevalência da lei e pelo princípio da reserva de lei. Esses princípios são ainda suscetíveis de densificações especiais (o

suscitam problemas de validade e peso; as regras apenas de validade. (Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional...** p. 173).

³³² Idem, pp. 174 – 175.

princípio da soberania da vontade popular, por exemplo, densifica-se através do princípio de renovação dos titulares de cargos políticos). Os princípios estruturantes não são apenas densificados por princípios constitucionais gerais ou especiais, mas também por regras constitucionais, independentemente de sua natureza.³³³

O sistema interno, assim, é constituído pelos princípios estruturantes → princípios constitucionais gerais → princípios constitucionais especiais → regras constitucionais. Esse esquema não se desenvolve apenas em uma direção, seja dos princípios mais abertos para as normas mais densas, ou, ao revés, do mais concreto ao mais abstrato; o processo de formação do sistema é “bi-unívoco” de esclarecimento recíproco: “Os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através das suas concretizações (...) e estas formam com os primeiros uma unidade material (unidade da Constituição)”.³³⁴ Conseqüentemente, se densificar é preencher o espaço normativo de um preceito constitucional, concretizar a Constituição é, fundamentalmente, o processo de densificação de regras e princípios constitucionais.³³⁵

O que faz Canotilho é sintetizar, em sua metódica constitucional, aspectos das teorias de Alexy e Dworkin, as quais, de um modo geral, encontram-se nas bases da maioria das construções teóricas sobre princípios.

A teoria de Alexy parte do pressuposto de que tanto regras como princípios são normas porque ambos dizem o que “deve ser”: são razões para juízos concretos de dever-ser, mesmo que sejam razões de tipos diferentes.³³⁶ A questão, pois, não versa mais sobre a normatividade dos princípios, mas sobre sua aplicação. Partindo das distinções elaboradas por Esser, Alexy pretende, por meio de sua reelaboração, demonstrar que a diferença entre regras e princípios não é quantitativa, mas qualitativa.³³⁷

“Princípio” não se contrapõe a “norma”, mas a “regra”, em razão do conceito semântico de norma, de acordo com o qual norma é essencialmente o significado de um enunciado normativo.³³⁸ As normas se caracterizam por expressar modalizadores

³³³ Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional...** pp. 186 – 188.

³³⁴ Idem, p. 188. Todos esses princípios e regras poderão obter maior grau de concretização e densidade por meio da concretização legislativa e jurisprudencial. (Idem, p. 189).

³³⁵ Idem, pp. 208 – 209.

³³⁶ Conforme ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83.

³³⁷ De acordo com Galuppo, a construção dogmática anterior à Alexy, como em Bobbio, Del Vecchio, Betti e Esser, foi toda no sentido de demonstrar o caráter normativo dos princípios e, por conseguinte, sua operatividade jurídica. (Conforme GALUPPO, Marcelo Campos. **Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos**: a contribuição da obra de Alexy. Disponível em <<http://www.marcelogaluppo.sites.uol.com.br>>. Acesso em 13.10.2005.

³³⁸ Conforme ALEXY, Robert. **op. cit.** p. 51.

deônticos (mandado, proibição e permissão), isto é, as normas expressam-se em enunciados normativos, os quais dizem que algo é ordenado, proibido, etc. “Portanto, uma norma, para Alexy, é o significado de um enunciado que diz que algo deve ser. Como tanto as regras quanto os princípios expressam que algo deve (juridicamente) ser, ambos devem ser entendidos como tipos de normas jurídicas”.³³⁹

O ponto decisivo, para Alexy, à distinção entre regras e princípios, é o fato de que os princípios são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, dentro de possibilidades jurídicas reais – são *mandados de otimização*:

Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.³⁴⁰

As regras, por sua vez, são normas que somente podem ser cumpridas ou não: “Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos”.³⁴¹ Em razão disso, as regras possuem determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Caso a norma exija a maior medida possível de cumprimento em relação às possibilidades jurídicas e fáticas, trata-se de um princípio; se a norma exige apenas uma determinada medida de cumprimento, trata-se de uma regra.³⁴² Por isso, a diferença entre regras e princípios é qualitativa, e não quantitativa: toda norma “es o bien una regla o un principio”.³⁴³

Dessa distinção emerge o diferente caráter *prima facie* das regras e princípios. Os princípios ordenam algo que deve ser realizado na maior medida possível, considerando-se as possibilidades jurídicas e fáticas, ou seja, não contêm mandados definitivos, mas somente *prima facie*. Isso quer dizer que o fato de um princípio valer em um determinado caso não significa que aquilo que é exigido pelo princípio, para este determinado caso, seja tido como resultado definitivo. As razões apresentadas pelos princípios podem ser ultrapassadas por razões opostas. Diferentemente ocorre com as regras que, ao exigirem que seja cumprido exatamente aquilo que por elas é ordenado, contêm determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação, em razão das possibilidades jurídicas e

³³⁹ Conforme GALUPPO, Marcelo Campos. **Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos...**

³⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...** p. 86.

³⁴¹ Idem, p. 87.

³⁴² Idem. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica.** Tradução de Manuel Atienza. Disponível em <<http://cervantesvirtual.com>>. Acesso em 03.12.2005.

³⁴³ Idem. **Teoría de los derechos fundamentales...** p. 87.

fáticas, pode “fracassar”, o que conduz à invalidade da regra; caso contrário, o determinado pela regra possui validade definitiva.³⁴⁴ As regras, assim, “dizem algo que deve-ser, e os princípios que aparentemente (ou seja, sem se considerar o caso propriamente dito) algo deve-ser”.³⁴⁵

A distinção entre regras e princípios se mostra de forma clara para Alexy nas colisões entre princípios e nos conflitos de regras. Um conflito de regras poderá ser solucionado de duas formas: introduzindo-se em uma das regras uma cláusula de exceção, que elimina o conflito; ou declarando inválida uma das regras. Isso porque a validade de uma norma não é graduável. Uma norma é válida ou não é válida juridicamente. Se uma regra é válida e aplicável, também é válida sua consequência jurídica, de modo que, se constatada a aplicabilidade de duas regras com consequências reciprocamente contraditórias, não podendo essa contradição ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, ao menos uma das regras deve ser declarada inválida.³⁴⁶

As colisões entre princípios reclamam solução diversa. Quando entram em colisão, um princípio deve ceder diante do outro, sem a necessidade de declarar-se inválido o princípio relativizado, ou de inserir-se uma cláusula de exceção. Em certas circunstâncias, afirma Alexy, “uno de los principios precede al otro”;³⁴⁷ em outras circunstâncias, a questão pode ser solucionada de maneira distinta: em face do caso concreto, os princípios possuem diferente peso, de modo que prevalece o princípio com o maior peso.³⁴⁸ Portanto, não é possível solucionar o conflito de princípios sem que reste claro o funcionamento do conceito e do procedimento de ponderação, analisados a partir do enfoque pragmático-argumentativo.³⁴⁹

³⁴⁴ Afirma Alexy que os princípios não determinam como deve ser resolvida a relação entre uma razão e sua oposição: carecem os princípios de conteúdo de determinação, em face de princípios contrapostos e das possibilidades fáticas. (Conforme ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...** p. 99).

³⁴⁵ GALUPPO, Marcelo. **Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos...**

³⁴⁶ “*Un ejemplo de un conflicto de reglas que puede ser eliminado a través de la introducción de una cláusula de excepción es el que se da entre la prohibición de abandonar la sala antes de que suene el timbre de salida y la orden de abandonarla en caso de alarma de incendio. Si todavía no ha sonado el timbre salida y se da alarma de incendio, estas reglas conduce a juicios concretos de deber ser contradictorios entre sí. Este conflicto se soluciona introduciendo en la primera regla una cláusula de excepción para el caso de alarma de incendio. Si una solución de este tipo no es posible, por lo menos una de las reglas tiene que ser declarada inválida y, con ello, eliminada del ordenamiento jurídico*”. (ALEXY, Robert. **op. cit.** p. 88). Sendo necessária a declaração de invalidade de uma regra, podem ser adotados os critérios *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*. Também é possível proceder-se de acordo com a importância das regras em conflito. De qualquer forma, o fundamental é que a decisão é uma decisão acerca da validade da regra.

³⁴⁷ Idem, p. 89.

³⁴⁸ “*Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso*”. (Idem, ibidem).

³⁴⁹ “*The priority of the basic right implies that its legal effects are mandatory. The fulfillment of the conditions of priority brings about the legal effects of the preceding principle. This can be formulated as a general collision law. It runs: ‘the conditions under which one principle takes priority over another constitute the operative facts*

Alexy determina, então, a “lei de colisão”, a qual expressa o fato de que as relações prioritárias entre princípios de um sistema não são absolutas, mas condicionais ou relativas. A tarefa de otimização é justamente a de determinar de forma correta as relações condicionais de prioridade. O fato de a determinação de uma relação condicional prioritária em conformidade com a lei de colisão ser sempre a determinação de uma regra formada de acordo com o caso concreto, demonstra que os respectivos níveis de princípios e regras não são desconectados: “To solve a case by weighing is to decide by means of a rule that is substantiated by giving priority to the preceding principle. In this respect, principles are necessarily reasons for rules”.³⁵⁰ Isso quer dizer que a solução de uma colisão consiste em se estabelecer, de acordo com as circunstâncias do caso, uma relação de precedência condicionada entre os princípios, indicando-se as condições sob as quais um princípio precede ao outro. Em face de condições diferenciadas, a questão da precedência pode ser solucionada de forma diversa.³⁵¹

Já Dworkin cria seu “modelo de regras” partindo de uma crítica contra o positivismo hartiano, a fim de demonstrar que os juristas, quando debatem acerca de direitos e obrigações, principalmente nos chamados *hard cases*, recorrem a padrões que não operam como regras, mas como princípios, políticas e outros tipos de padrões.³⁵²

of a rule giving legal effect to the principle deemed prior’. A more technical version is: if principle P₁ takes priority over principle P₂ under conditions C: (P₁ P P₂) C, and if P₁ under conditions C implies legal effect R, then a rule is valid that compromises C as the operative facts and R as legal effect: C→R”. (ALEXY, Robert. “On the structure of legal principles”... p. 297).

³⁵⁰ Idem, ibidem.

³⁵¹ Idem. **Teoría de los derechos fundamentales...** p. 92. Diz o autor que várias objeções são apresentadas contra o conceito de ponderação, no sentido de que não constituiria um controle racional, estando sujeito ao arbítrio de quem a realiza. Mas, segundo Alexy, a ponderação não é um procedimento irracional. Contrapõe, assim, a um modelo de decisão, um modelo de fundamentação. Em ambos os modelos, o resultado da ponderação é um enunciado de preferência condicionada. No modelo da decisão, esse enunciado é resultado de um processo psíquico que, como tal, é racionalmente incontrolável. Em contrapartida, no modelo da fundamentação, é feita uma distinção entre o processo psíquico e sua fundamentação, distinção que permite afirmar que uma ponderação é racional se o enunciado de preferência ao que conduz pode ser fundamentado racionalmente. “*De esta manera, el problema de la racionalidad de la ponderación conduce a la cuestión de la posibilidad de la fundamentación racional de enunciados que establecen preferencias condicionadas entre valores o principios opuestos*”. (Idem, pp. 158 – 159).

³⁵² Conforme DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 35 – 36. Sobre o ataque a Hart, Atienza e Manero afirmam que Dworkin, em certa medida, “*yerra en el blanco*”, pois não teria caracterizado adequadamente a concepção de Hart, bem como o positivismo jurídico em geral. Para os referidos autores, quem sustenta uma concepção de Direito como a de Hart não tem razão para negar que o Direito está integrado não somente por regras, mas também pelas pautas que Dworkin caracteriza como princípios. Em contrapartida, entendem que os princípios não foram devidamente reconhecidos na análise de Hart, em que pese possuírem uma enorme importância na compreensão da estrutura e funcionamento do Direito. (Conforme ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Sobre principios y reglas**. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com>>. Acesso em 14.01.2006).

Princípio, para Dworkin, é um padrão que deve ser observado por ser uma exigência de justiça ou equidade, ou ainda outra dimensão da moralidade.³⁵³ Aponta, assim, a diferença entre princípios e regras como uma diferença de natureza lógica. Tanto os princípios como as regras determinam decisões particulares em circunstâncias específicas, distinguindo-se, porém, quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras, ao contrário dos princípios, são aplicáveis à maneira do “tudo-ou-nada”. Como exemplo, Dworkin fala da regra segundo a qual um testamento é inválido, se não assinado por três testemunhas. A regra pode ter exceções, mas se “a exigência de três testemunhas é uma regra jurídica válida, nenhum testamento será válido quando assinado por apenas duas testemunhas”.³⁵⁴

Os princípios não funcionam à maneira do tudo-ou-nada, porque não apresentam conseqüências jurídicas automáticas em face de determinadas condições. Assim, respeita-se o princípio segundo o qual a ninguém é dado beneficiar-se dos próprios “delitos”; mas, se alguém foge quando está sob fiança, para, em outro Estado, fazer um investimento financeiro, poderá ser remetido de volta à prisão, mantendo, porém, os lucros obtidos com a transação financeira. Se alguém rompe unilateralmente seu contrato de trabalho para assumir outro emprego, melhor pago, poderá ter de pagar uma indenização ao seu antigo empregador, mas manterá seu novo salário.³⁵⁵

A distinção lógica entre princípios e regras fica mais evidente quando são considerados princípios que não se assemelham com regras. Como exemplo, Dworkin refere-se à proposição enunciada no caso *Henningsen x Bloomfield Motors Inc.*:³⁵⁶ “o fabricante tem uma

³⁵³ Conforme DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**... p. 36. O conceito de princípios apresentado por Dworkin está em consonância com sua concepção de *integrity*. De acordo com Chueiri, a equidade é, para Dworkin, uma dimensão da integridade, radicada na igualdade, o verdadeiro fundamento da teoria da integridade. A equidade, assim, torna-se efetiva por meio de procedimentos moralmente justificados de distribuição de poder. (Conforme CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995, p. 141). Com efeito, afirma Dworkin que o modelo dos princípios satisfaz as condições de uma sociedade moralmente plural, tornando a responsabilidade de cada cidadão especial: “*each citizen respects the principles of fairness and justice instinct in the standing political arrangement of his particular community*”. (DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Twelfth printing. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 213). Esse tipo de sociedade encoraja os indivíduos a supor que suas relações com outros cidadãos e com seu governo são baseadas em questões de justiça, além de encorajá-los a discutir como uma comunidade, qual tipo de justiça essas relações requerem. O senso de justiça que cria esses valores não depende do resultado das discussões; relevante é o tratamento igualitário que o governo deve dispensar aos cidadãos. “*The rule of law, in the conception I support, enriches democracy by adding an independent forum of principle, and that is important, not just because justice may be done there, but because the forum confirms that justice is in the end a matter of individual right, and not independently a matter of the public good*”. (Idem. **A matter of principle**. Ninth printing. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 32).

³⁵⁴ Idem. **Levando os direitos a sério**... p. 40.

³⁵⁵ Idem, *ibidem*.

³⁵⁶ O caso versou sobre a possibilidade de um fabricante poder ou não limitar sua responsabilidade na hipótese de um automóvel defeituoso. O contrato firmado entre Henningsen e Bloomfield Motors limitava a responsabilidade desta ao conserto de partes defeituosas, substituindo “todas as outras garantias, obrigações ou responsabilidades”. A argumentação de Henningsen foi no sentido de que, diante das particularidades de seu

obrigação especial no que diz respeito à fabricação, promoção e venda de carros”. Por meio dessa formulação, não são definidos os deveres específicos que essa obrigação específica acarreta, bem como não são informados quais os direitos que os consumidores de automóveis adquirem em razão dela. Estabelece apenas que os fabricantes de automóveis, ao contrário dos demais fabricantes, devem observar padrões mais elevados, limitando-se os efeitos do “princípio competitivo da liberdade de contrato”. Se uma determinada cláusula parecer injusta ou mesmo onerosa, terão os tribunais “menos razões para fazê-la cumprir do que se a cláusula disser respeito à compra de gravatas. A ‘obrigação especial’ conta a favor, mas em si mesma ela não compele a uma decisão que recuse fazer valer os termos de um contrato de compra de um automóvel”.³⁵⁷

Como conseqüência dessa diferenciação entre princípios e regras, Dworkin afirma que os princípios possuem a dimensão do peso ou da importância, dimensão que não possuem as regras. A aplicação de um princípio, no caso de conflitar com outro, deve sempre levar em consideração a força relativa do outro princípio. Mesmo que não seja uma mensuração exata, essa dimensão faz parte do conceito de princípio, “de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é”. E, uma vez identificados os princípios como padrões particulares distintos das regras, “subitamente nos damos conta de que estão por toda a parte, à nossa volta”, desempenhando um papel argumentativo fundamental.³⁵⁸

Por não possuírem a dimensão do peso, as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes: pode uma regra ser mais importante do que outra, por desempenhar um papel mais relevante na regulação de determinado comportamento. Quando fazem parte de um mesmo sistema de regras, entretanto, não pode ser afirmado que uma regra é mais importante de outra. Verificando-se o conflito entre regras, uma deve necessariamente “suplantar” a outra; por conseguinte, uma delas não pode ser válida.³⁵⁹

caso, em que pessoas foram feridas como resultado de uma colisão, o fabricante não deveria ser protegido pela limitação, mas responsabilizado ao pagamento de todas as despesas, incluindo-se as médicas. No entanto, Henningsen não indicou nenhuma lei ou regra jurídica válida que impedisse o fabricante de insistir nos termos do contrato. Ainda assim, o tribunal lhe deu ganho de causa. (Conforme DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**... p. 38).

³⁵⁷ Idem, p. 42.

³⁵⁸ Idem, pp. 43 e 46.

³⁵⁹ “A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes”. (Idem, p. 43).

3.3.3 A diferença ontológica entre regras e princípios

Todas as teorias acima descritas possuem características positivas, como a necessidade de fundamentação para aplicação dos princípios e a consideração de seu peso, o que permite ao intérprete realizar uma ponderação no momento da aplicação dos princípios em um caso determinado. Por outro lado, algumas críticas podem ser apresentadas em relação a certos aspectos, não condizentes com o modelo de princípios mais adequado ao movimento do jogo constitucional.

Alexy afirma que os princípios, como mandados de otimização, devem ser aplicados na maior medida possível. Heck, analisando a teoria, afirma que para a obtenção de um sistema jurídico e a determinação de quais sejam as decisões corretas de acordo com esse sistema, não é suficiente acrescentar um plano de princípios ao plano das regras. A ambos planos deve um terceiro ser acrescentado, o da argumentação jurídica, o qual estabelece a possibilidade de construção de uma decisão racionalmente fundamentada.³⁶⁰ Nessa perspectiva discursiva, a função dos princípios é reduzida a uma função corretiva extrínseca da racionalidade do sistema jurídico.

Note-se que Alexy afirma que a explicação do conceito de argumentação jurídica racional é possível mediante a descrição de uma série de regras e formas a serem seguidas, para que seja satisfeita a pretensão que se apresenta na própria argumentação. Correspondendo uma discussão a essas regras e formas, o resultado alcançado pode ser tido como “correto”, já que as regras e formas do discurso jurídico constituem um critério de correção para as decisões jurídicas.³⁶¹

Nesse contexto, os princípios possuirão relevância apenas se apresentados “corretamente”, a favor ou contra determinada decisão: somente nessa hipótese serão válidos. A discussão, portanto, passa a versar sobre quais princípios são válidos em determinado sentido. Não se trata de polemização acerca da relevância abstrata ou concreta dos princípios, mas de discussão acerca da relevância ou precedência concretas, não no sentido de se

³⁶⁰ Conforme HECK, Luís Afonso. “Regras e princípios jurídicos no pensamento de Robert Alexy”. In Leite, George Salomão [org.]. **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 79 a 83.

³⁶¹ Conforme ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**... p. 279. A pretensão que se apresenta na argumentação jurídica é a pretensão de correção, ou seja, que um enunciado normativo, no contexto do ordenamento jurídico vigente, possa ser racionalmente fundamentado: “*La exigencia de fundamentación y la pretensión de corrección ligada a ella pueden fundamentarse además, al menos en lo que concierne a las decisiones jurídicas, a través del Derecho positivo*”. (Idem, p. 208).

determinar o conteúdo dos princípios que seja adequado a um caso, mas de se determinar a solução correta de casos individuais, de acordo com regras e formas argumentativas.³⁶²

Em contrapartida, o próprio Alexy aduz que não existe nenhum procedimento que permita com a segurança intersubjetivamente necessária chegar-se a uma única resposta correta para cada caso. Por isso, a única resposta correta deve ser pressuposta como uma idéia regulativa, o que responde às exigências da razão prática e, portanto, as respostas são, pelo menos, relativamente corretas, já que para alguns casos existe apenas uma única resposta correta e para outros não, ainda que não se saiba quais sejam tais casos.³⁶³

Nessa perspectiva, os princípios apenas constituem uma dimensão discursiva, demonstrativa do procedimento correto a ser observado na fundamentação de determinada decisão, confirmando a pretensão de correção, ainda que relativa, da argumentação jurídica. Essa é justamente a deficiência do modo apofântico: o procedimento de correção encobre a substancialidade dos valores constitucionais que ganham concretização por meio dos princípios. O próprio sentido de Constituição é encoberto pela racionalidade procedimental, sendo destacado um traço característico das construções positivistas, o da racionalidade discursiva e da distribuição e determinação de competências.³⁶⁴

Os princípios não são meras razões para um juízo concreto de dever-ser; o princípio é a própria Constituição em sua materialidade, que irá se mostrar no exercício de explicitação de indícios formais. Por essa razão, uma mirada fenomenológica sobre os princípios não significa confirmar uma pretensão argumentativa de correção, por meio da observância de regras e formas discursivas, mas, antes e sobretudo, uma volta às coisas mesmas. Daí porque toda a teoria do conhecimento é baseada no ser-em como modo de ser-no-mundo. O pensar é sempre pensar o não-pensado, é pensar o sentido.³⁶⁵ pensar a estrutura principiológica de uma ordem constitucional é pensar o não pensado no modo apofântico-discursivo, é pensar o sentido de Constituição.

Mesmo afirmando Alexy que os princípios não são simplesmente normas vagas, em razão de sua tarefa de otimização, essa tarefa é considerada jurídica apenas quanto à forma; quanto ao fundo, é considerada uma tarefa moral. Com isso, a relação entre Direito e moral é

³⁶² Conforme ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...** p. 130.

³⁶³ Idem. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica...**

³⁶⁴ Stein, referindo-se à lição de Heidegger, diz que há os que “vêm sem ver”. Aqueles que, como Alexy, estão no mundo apofântico, são aqueles que vêm sem ver. Há, também, aqueles que podem, “mediante o exercício fenomenológico, passar a ver onde não se vê, em geral, o que é encoberto”. A fenomenologia é, justamente, “o exercício de tentar mostrar, naquilo que se mostra, aquilo que de si não se mostra e que, só num exercício de explicitação de indícios formais, irá mostrar-se”. (STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença...** p. 164).

³⁶⁵ Idem, *ibidem*.

vista pelo prisma da vinculação entre argumentação jurídica e moral,³⁶⁶ isto é, os princípios são, como mandados de otimização, corretivos discursivos externos, mantendo-se o dualismo positivista ser e dever-ser, sensível e supra-sensível, desconsiderando-se o fato de que esse fundo moral foi constitucionalmente incorporado por meio dos princípios, transformando a questão de fundo em tarefa jurídico-constitucional.

Além disso, Alexy afirma que as regras são aplicadas em sua exata medida e, em razão disso, sua colisão implica na invalidade de uma delas, caso não seja possível a inserção de uma exceção. Dworkin, por sua vez, afirma que as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, chegando também à conclusão de que, em caso de conflito, uma das regras deve ser considerada inválida.

Se o modelo principiológico adequado ao movimento do jogo constitucional parte da superação dos dualismos positivistas sujeito/objeto e ser/dever-ser, a dimensão do peso ou da importância dos princípios não terá operatividade prática apartada da aplicação das regras. Isso não significa que seja possível a ponderação de regras, mas que é preciso pensar de forma diversa a distinção entre regras e princípios: é preciso pensar a diferença ontológica entre regras e princípios.³⁶⁷

³⁶⁶ Conforme ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica...**

³⁶⁷ Em sentido contrário, Ávila afirma que a ponderação não é um método privativo da aplicação de princípios: “A ponderação ou balanceamento (*weighing and balancing*, *Abwägung*), enquanto sopesamento de razões e contra-razões que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática (no caso de regras, consoante o critério aqui investigado) (...)”. Prossegue afirmando que já está bastante difundida a concepção de que, quando duas regras entram em conflito, deve ser declarada a invalidade de uma das regras, ou abre-se uma exceção a uma das regras, contornando a incompatibilidade. Por isso, as regras entrariam em conflito no plano abstrato, de modo que a problemática ingressaria no plano de validade das normas. De outra banda, a colisão entre princípios exige a atribuição de um peso maior a um deles, razão pela qual o conflito entre princípios se dá no plano concreto, de modo que a solução insere-se na problemática da aplicação. Entretanto, afirma o aludido autor que existem casos de conflitos entre regras que são solucionados sem que uma das regras perca sua validade, dependendo a solução da atribuição de um peso maior a uma delas. “Além disso, importa ressaltar que a relação entre regras e princípios não se dá de uma só forma. Na hipótese de relação entre princípios, quando dois princípios determinam a realização de fins divergentes deve-se escolher um deles em detrimento do outro, para a solução do caso. E, mesmo que ambos os princípios estabeleçam os mesmos fins como devidos, nada obsta a que demandem meios diversos para atingi-los. Nessa hipótese deve-se declarar a prioridade de um princípio sobre o outro, com a conseqüente não-aplicação de um deles para aquele caso concreto. A solução é idêntica à dada para o conflito entre regras com determinação de uma exceção, hipótese em que as duas normas ultrapassam o conflito, mantendo sua validade”. Isso porque, segundo o autor, não é correto afirmar que os princípios possuam uma dimensão de peso ou importância, ou seja, essa dimensão não estaria incorporada a esse tipo de normas. Com isso, não são os princípios que possuem a dimensão do peso ou da importância, devendo ser atribuída uma dimensão de importância às razões e aos fins aos quais fazem os princípios referência: “A citada dimensão de peso (*dimension of weight*) não é, então, atributo abstrato dos princípios, mas qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referências, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador”. Assim, a aplicação de regras também exigiria o sopesamento de razões, cuja importância será atribuída pelo aplicador: “A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso”. O mesmo seria aplicável à hipótese da exceção: esta pode estar prevista no ordenamento jurídico, caso em que o aplicador decidirá, mediante ponderação de razões, se há

Pensar os princípios como normas apartadas das regras é pensar nos moldes dos dualismos da filosofia da consciência, negando o caráter de ser-no-mundo da Constituição. É negar que além da forma de pensar da lógica existe um pensar que é modo de ser-no-mundo, um pensar que não consiste na atividade de apresentação de argumentos ou formas lógicas em série, porque o próprio pensar é um modo de ser.³⁶⁸ Pensar os princípios como concretizadores do sentido de Constituição é pensar a Constituição em sua materialidade.

A diferença ontológica é o impensado na metafísica, a diferença entre ser e ente. A essência da metafísica jaz no esquecimento da diferença. O ser é esquecido na metafísica porque lhe é próprio se retrair.³⁶⁹ O ser não pode ser concebido como ente; mas todo o ser é ser de um ente, é o que determina o ente como ente, como o ente já é sempre compreendido. E o ser dos entes não é em si mesmo outro ente.³⁷⁰ O ser difere do ente; nessa diferença, ele leva o ente a ser, isto é, a manifestar-se como ente.³⁷¹

Princípios e regras fazem parte de um mesmo fenômeno normativo, já que todo o ser é sempre o ser de um ente. Princípios e regras são diferentes, mas não existe uma ruptura entre ambos. A diferença ontológica quer dizer que o ser e o ente são levados a uma separação, mas, ainda assim, remetidos um ao outro, a partir de si próprios, pois todo ente só é em seu ser.³⁷²

Os princípios não são simples mandados de otimização, como pretende Alexy, assim como as regras não são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, como pretende Dworkin.³⁷³ Somente a partir de seu sentido o ser pode ser compreendido como é. Nessa relação de duas faces da diferença ontológica entre princípios e regras, que elimina o dualismo metafísico sensível e supra-sensível (fulminando-se a perspectiva positivista do art. 4º da LICC), os princípios somente podem ser compreendidos a partir de seu sentido. No movimento do jogo, o papel dos princípios consiste em concretizar, em cada caso particular, a Constituição. O

mais razões para aplicar a hipótese normativa da regra ou sua exceção. (Conforme ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 43 a 55). A possibilidade de ponderação de regras é, na verdade, um traço que caracteriza uma concepção positivista, pois acaba por igualar princípios a regras, reduzindo a importância daqueles no ordenamento constitucional.

³⁶⁸ Conforme STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença...** pp. 36 – 37.

³⁶⁹ Conforme DUBOIS, Christian. **Heidegger**: introdução a uma leitura. Tradução de Bernardo de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 91.

³⁷⁰ Conforme HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit...** pp. 4, 6 e 9.

³⁷¹ “(...) pensar a diferença como o diferente que leva os diferentes um ao outro, que ao mesmo tempo os reúne e os distingue, mas que, nessa distinção, volta-os um contra o outro de tal modo que nenhum dos dois chega à sua especificidade senão a partir da diferença”. (DUBOIS, Christian. **op. cit.** p. 92).

³⁷² “Podemos escutar este diferindo no ‘como’ do ente enquanto ente, que se anuncia como uma dobra da manifestabilidade do ente, que reenvia ao ser que, assim desdobrando o ente, se redobra sobre si mesma”. (Idem, p. 92).

³⁷³ Nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz. “Da interpretação de textos à concretização de direitos”... pp. 143 – 144.

sentido dos princípios, portanto, é o próprio sentido de Constituição. Daí não se poder separar, em esferas estanques e apartadas, princípios e regras, pois, atrás de uma regra existe sempre um princípio que veicula o sentido de Constituição.³⁷⁴

Por isso a diferença é ontológica, não lógica. As regras não são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, porque a aplicação de uma regra pressupõe sempre a aplicação de um princípio; os princípios tampouco são mandados de otimização, porque não são razões para juízos concretos de dever-ser, mas a própria Constituição em seu grau máximo de materialidade, com o que o sentido de Constituição vincula todo o ordenamento jurídico. Pressupor uma regra como regra é desprover o ordenamento jurídico do sentido de Constituição, baseando-se no modo apofântico do paradigma objetificante dos dualismos metafísicos.³⁷⁵

As regras não subsistem como regras, porque as regras não constituem uma unidade de sentido auto-suficiente, não estão desvinculadas do contexto motivacional que estão inseridas, contexto a partir do qual são dotadas de sentido.³⁷⁶ Não há proposição que seja feita no vácuo,³⁷⁷ não há regras que permaneçam imunes ao sentido de Constituição em um corpo codificado, pois a aplicação de uma regra, mesmo codificada, exige a aplicação de um princípio que veicule o sentido de Constituição, exige a aplicação da Constituição.

Conseqüentemente, a importância da fundamentação na aplicação dos princípios não é uma exigência procedimental, como pretende Canotilho, mas verdadeira exigência material para aplicação das regras. Se não há proposição feita no vácuo, toda a proposição admite interpretação, independentemente da utilização deste ou daquele método, pois a verdade não está na proposição, mas no desvelamento. Como a hermenêutica, que no dizer de Stein é uma “incômoda verdade que se assenta entre as duas cadeiras”, que não é verdade empírica e nem verdade absoluta, mas “uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do

³⁷⁴ Streck diz que há uma “essencial diferença” entre princípio e regra, diante da impossibilidade de interpretação de uma regra, sem levar-se em conta seu princípio instituidor, ou seja, “a regra não está despojada do princípio”. (Conforme STRECK, Lenio Luiz. “Da interpretação de textos à concretização de direitos”... p. 144).

³⁷⁵ “A distinção metafísica entre sensível e supra-sensível, entre o corpóreo e o espiritual, entre o animal e o racional não é apenas deslocada para a concepção da linguagem, mas termina por carregar a linguagem, mesmo que a situemos do lado do supra-sensível, com os elementos da dualidade. Assim, passamos a incorporar, na concepção metafísica da linguagem, uma divisão que tem duas conseqüências: de um lado, ganhamos a vantagem de podermos dilatar nosso esforço de significação de modo praticamente infinito; de outro lado, criamos uma dependência dessa possibilidade que passa a viciar qualquer esforço de linguagem, em direção à superação do mundo concreto, para nos movermos num contexto apenas conceitual. Mediante essa capacidade de lidarmos com facilidade com o deslocamento de algo que é propriamente não-sensível para uma imagem, nós conseguimos tornar sensíveis contextos não-sensíveis de significação e, ao descrevermos essa operação, já estamos operando com o pressupostos da dualidade”. (STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença...** p. 70).

³⁷⁶ Nesse sentido, a crítica de Grondin à lógica locucional. “A locução é, enfim, uma abstração, com a qual a gente nunca se encontra na vida de uma linguagem”. (GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica...** p. 197).

³⁷⁷ Conforme STEIN, Ernildo. **op. cit.** p. 43

discurso e da linguagem”,³⁷⁸ o pensar da diferença ontológica também não é nem teórico e nem prático, porque, segundo Heidegger, “é antes desta distinção que ele acontece e se realiza”.³⁷⁹

O pensar da diferença ontológica é o pensar sobre o ser, é o alerta emitido no movimento do jogo constitucional de que uma regra não subsiste sem um princípio, não subsiste sem o sentido de Constituição que constitui o seu próprio sentido. A diferença entre os entes, que emerge no mundo sensível, tem por condição de possibilidade a diferença ontológica, pois o elemento estruturante é introduzido a partir do ser-no-mundo.³⁸⁰ Com isso, o sentido de uma regra é condicionado pelo sentido conferido pelos princípios, o que importa dizer que a diferença ontológica entre regras e princípios possui um caráter prático, não sendo relevante para essa distinção se as regras são entendidas como comandos definitivos e os princípios comandos *prima facie*. O importante é que seja ressaltado o papel dos princípios no movimento do jogo constitucional, em consonância com uma teoria material da Constituição: aplicar uma regra é aplicar um princípio, é aplicar a Constituição compreendida em seu “todo dirigente-valorativo-principiológico”,³⁸¹ conferindo-se uma nova versão de legitimidade ao ordenamento jurídico: é a “circularidade da compreensão que sustenta o círculo hermenêutico, mas esse círculo hermenêutico surge pelo acontecer da diferença ontológica”.³⁸²

Há compreensão quando se compreende o ser, mas somente se compreende o ser quando se compreende a si mesmo. Esse é o teorema da circularidade hermenêutica, ligado à faticidade. Somente se compreende uma regra se os princípios forem compreendidos, mas, para se compreender os princípios, é preciso compreender o ordenamento jurídico como um todo, pois todo o jogar é um ser-jogado. Na medida em que no movimento circular da compreensão emerge o sentido em que se compreende o ser (o sentido de Constituição), o ser não pode mais ser confundido com o ser dos entes da tradição.³⁸³ No movimento do jogo, a diferença ontológica impede que aos princípios seja atribuído um papel meramente retórico.³⁸⁴

³⁷⁸ Idem, p. 45.

³⁷⁹ HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**... p. 89.

³⁸⁰ Conforme STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**... p. 130.

³⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**... p. 40.

³⁸² STEIN, Ernildo. **op. cit.** p. 130.

³⁸³ Idem, p. 150.

³⁸⁴ “Impõe-se sempre, porém, redobrado cuidado para que os princípios não se diluam em retórica vã ou ludibriante, com o que se mostrariam atados ainda à ultrapassada concepção que não lhes reconhecia caráter normativo (mas os via, isto sim, como meras diretivas), numa tentativa intencional de tornar inócuos os valores neles consagrados, subtraindo-lhes as virtudes que uma identificação autenticamente jurídica pode proporcionar”. (ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 78).

Os princípios, portanto, representam o núcleo fundamental da Constituição material, não somente como normas basilares de todo o ordenamento jurídico, mas, principalmente, como os caminhos pelos quais o sentido de Constituição constitui o sentido do ordenamento jurídico.³⁸⁵

³⁸⁵ Sarlet explica que a Constituição de 1988 foi a primeira na história do constitucionalismo brasileiro a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, localizado na parte inaugural do texto, após o Preâmbulo e antes dos direitos fundamentais. Além de normas basilares da ordem jurídica, são também os princípios normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que também integram o núcleo essencial da Constituição formal e material. (Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. “Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira”. *In* LEITE, George Salomão. **Dos princípios constitucionais...** p. 214).