

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS: O DIRIGISMO CONSTITUCIONAL E A ELIMINAÇÃO DOS PRÉ-JUÍZOS INAUTÊNTICOS PELO VÍCIO DA INCONSTITUCIONALIDADE

A análise empreendida demonstra que a transição do modelo de Estado de Direito Liberal para um Estado Democrático de Direito exige uma *radicalização hermenêutica*. Não se trata de utilização renovada do instrumentário jurídico forjado pela modernidade, mas de uma necessária *alteração do imaginário jurídico dominante*. Propugnar a mera “leitura” do ordenamento jurídico “à luz” da Constituição implica reeditar, sob as vestes de um discurso renovado, as categorias abstratas do Estado de Direito Liberal do século XIX.⁶⁹⁸

A mirada sobre a evolução do Direito pátrio demonstra estarmos, no Brasil, atrelados epistemologicamente ao projeto científico da modernidade, ainda comprometidos com a estruturação da Ciência do Direito a partir de ideais sistemáticos jusnaturalistas, em evidente esforço “para combinar o culto à Razão com a atenção aos fatos históricos”, como bem assevera Villey.⁶⁹⁹

O imaginário dominante é formado pelos velhos paradigmas que desvinculam o intérprete de juízos autênticos, na medida em que provocam desvios no sentido de Constituição. Por conseguinte, com base em antigas teorias constitucionais, impera soberanamente um conceito “frágil” de Constituição, o que se verifica em face do alto grau de inefetividade dos dispositivos constitucionais, os quais, vale lembrar, como direito positivo, estão em vigor.⁷⁰⁰

Da manutenção desse cenário resulta a ineficácia das normas e princípios constitucionais, cuja hierarquia superior é reconhecida somente em nível formal – e não material – demonstrando a força do paradigma piramidal kelseniano. As conquistas democráticas consolidadas pela Constituição Federal de 1988, principalmente os consistentes

⁶⁹⁸ “A Revolução Francesa constitui um facto capital na história do direito dos países da Europa ocidental; só a Grã-Bretanha escapou, em larga medida, às suas repercussões no campo jurídico. As idéias políticas, filosóficas, económicas e sociais do séc. XVIII foram concretizadas na legislação revolucionária a partir de 1789, sobrevivendo aos diferentes regimes políticos que a França conheceu nos finais do séc. XVIII e inícios do século XIX e tornando-se um fundo comum do direito dos países da Europa continental. (...). A Revolução Francesa deu origem a um direito muito individualista: o indivíduo goza do máximo de liberdade, tanto no domínio do direito privado como no domínio do direito público. Os grandes códigos da época napoleónica cristalizaram o sistema individualista durante cem anos. (...). Os fisiocratas tinham posto o acento na idéia de felicidade individual. É o Estado que deve ser, a seus olhos, encarregado de dar a cada um o máximo de felicidade possível. (...). Inspirando-se em todos estes precedentes, os legisladores da Revolução Francesa vão construir o sistema jurídico do mundo contemporâneo sobre um certo número de teorias políticas, que dominarão o direito dos países da Europa ocidental e da América nos séculos XIX e XX”. (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**... pp. 413 – 414).

⁶⁹⁹ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**... p. 310.

⁷⁰⁰ Nesse sentido Streck, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**... p. 14.

avanços em sede de direitos a prestações, têm sua eficácia relegada à categoria programática. O imaginário jurídico positivista dominante exige uma legitimação infraconstitucional das normas constitucionais, o que restou evidenciado, seguindo-se o superado programa jusnaturalista, com a edição do Código Civil de 2002.⁷⁰¹

As tentativas doutrinárias por parte das teorias jusnaturalistas e das teorias argumentativas de superação do paradigma positivista acabam incorrendo no mesmo equívoco do positivismo que pretendem criticar. Afastando-se do legalismo, foram seduzidas pela tese da discricionariedade judicial, nos parâmetros da moldura de Kelsen, que pressupõe a completude do sistema jurídico. São teses também positivistas.⁷⁰²

A única forma de superação do positivismo e de desconstrução do imaginário jurídico dominante é por meio da *superação do paradigma metafísico* do esquema sujeito-objeto, pautado pela filosofia cartesiana da consciência.

A Filosofia do Direito, diferentemente da dogmática jurídica, deve indagar o que está “por detrás” dos problemas e, sobretudo, dos pressupostos fundamentais da Ciência do Direito, adotando uma “atitude que transcenda os sistemas”. E a pré-compreensão, ou o preconceito, são condições essenciais para o entendimento “de conteúdos de significados”. Não há, pois, segundo Kaufmann, nada na Filosofia do Direito e na própria Ciência do Direito que não seja problemático ou que não possa ser problematizado: não existe, entre a Filosofia e a dogmática, “uma relação de ‘mais ou menos’, de ‘mais importante ou menos importante’, mas uma relação de diferentes formas de ser. Por isso, uma não se substitui à outra”.⁷⁰³

Como ressalta Stein, a questão do conhecimento no mundo não é separável do sujeito que trata do objeto e o representa no mundo, pelo que não se pode falar em um método apartado da questão do sujeito. Dessa forma, toda a questão hermenêutica abarca a relação entre sujeito e objeto, ou seja, traz para dentro de si a idéia de que a relação entre sujeito e objeto se dá em uma relação de circularidade: “Existe um compromisso entre sujeito e objeto

⁷⁰¹ “Estas teorias justificam-se como ciência, basicamente de duas maneiras: (...). A segunda maneira assume mais claramente o aspecto tecnológico, nascendo a partir da separação entre o reino de *ser* e o *dever-ser*, para proclamar a ciência do direito como uma disciplina do segundo sítio; uma ciência da norma; desta concepção decorrem posicionamentos lógicos de Kelsen, os deslocamentos ontológicos de Cossio, e o tridimensionalismo de Reale”. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos...** p. 178. Grifos no original).

⁷⁰² “Mesmo algumas posturas consideradas críticas do Direito, muito embora procurem romper com o formalismo normativista (onde a norma é uma mera entidade lingüística), acabam por transferir o lugar da produção do sentido do objetivismo para o subjetivismo; da coisa para a mente/consciência (subjetividade assujeitadora e fundante); da ontologia (metafísica clássica) para a filosofia da consciência (metafísica moderna). Não conseguem, assim, alcançar o patamar da viragem lingüístico/hermenêutica, no interior da qual a linguagem, de terceira coisa, de mero instrumento e veículo de conceitos, *passa a ser condição de possibilidade*. Permanecem, desse modo, prisioneiros da relação sujeito-objeto (problema transcendental), refratária à relação sujeito-sujeito (problema hermenêutico)”. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica...** p. 37. Grifos no original).

⁷⁰³ KAUFMANN, Arthur. “Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica”... pp. 26 – 27.

no universo hermenêutico”.⁷⁰⁴ Por isso, a exclusão do positivismo, diz Streck, como “perspectiva adequada ao pensamento jurídico” não importa o “não-reconhecimento do direito positivo como o modo de ser do Direito”. O importante para destruir velhos e construir novos e mais adequados paradigmas é ter em mente que o reconhecimento do direito positivo não leva ao positivismo, “antes pode ser acompanhado de seu repúdio”.⁷⁰⁵

O problema da interpretação e da alteração de paradigmas é, portanto, *fenomenológico*.⁷⁰⁶ A hermenêutica declarou “guerra” aos fundamentos positivistas do conceito objetivista de conhecimento, do conceito de direito substantivo-ontológico e da noção de completude sistemática, por designar as condições de possibilidade de compreensão do *sentido em geral*, ou seja, *não prescreve nenhum método*, advindo daí seu caráter de universalidade.⁷⁰⁷ Por conseguinte, a hermenêutica filosófica exerce um papel fundamental na construção de um novo paradigma, representando um *saber prático* que ultrapassa a questão do fundamento metafísico supratemporal: *o fundamento é modo de ser-no-mundo*.⁷⁰⁸

A compreensão do Direito não se perfaz apenas com base no conhecimento dogmático ou na análise discursiva de enunciados jurídicos. Ao revés, como salienta Streck, “quanto mais o pensamento dogmático tenta explicar o Direito através de conceptualizações, mais ele estará escondendo o Direito”.⁷⁰⁹ Esse é, sem margem de dúvidas, o grande problema da cultura dos manuais. É de ser recordado o alerta de Kuhn, o qual afirma que os manuais têm há muito enganando as novas gerações, pois o conhecimento que deles se depreende “assemelha-se ao empreendimento que os produziu como a imagem de uma cultura nacional obtida através de um folheto turístico ou um manual de línguas”.⁷¹⁰

Por essas razões, é imprescindível uma radicalização hermenêutica à crítica do pensamento dogmático-dedutivo-substantivo, que impede o Direito de mostrar seu caráter transformador.⁷¹¹

⁷⁰⁴ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**... p. 24.

⁷⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**... p. 16.

⁷⁰⁶ Idem, p. 37.

⁷⁰⁷ Conforme KAUFMANN, Arthur. “A problemática da filosofia do direito ao longo da história”... pp. 149 – 150.

⁷⁰⁸ Nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz. “A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo”... p. 162.

⁷⁰⁹ Idem. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**... p. 276.

⁷¹⁰ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**... p. 19.

⁷¹¹ Conforme STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**... pp. 278 – 279. “Trata-se, enfim, de uma análise antimetafísica, isto porque 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*). É impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão”. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**... pp. 279 – 280).

No Estado Democrático, a tarefa do intérprete não é somente a de fazer uma “leitura” da legislação infraconstitucional à luz da Constituição, mas realizar o programa constitucional de construção e consolidação de uma sociedade democrática, a partir de uma teoria material da Constituição, entendida como uma teoria da Constituição constitucionalmente adequada. No dizer de Bercovici, a Constituição jurídica possui uma significação própria, ainda que não de modo absoluto: “A Constituição não é apenas uma ‘folha de papel’, não está desvinculada da realidade histórica concreta, mas, também, não é simplesmente condicionada por ela. Em face da Constituição real, a Constituição jurídica possui significado próprio”.⁷¹²

Rompe-se, desse modo, com as concepções forjadas com fundamento na hermenêutica tradicional, cuja preocupação central é de caráter epistemológico, ou seja, de caráter metodológico,⁷¹³ comprometida tão-somente com o regular funcionamento de um sistema de pretensa completude.

O jusracionalismo ofereceu postulados necessários, segundo Wieacker, à idéia do Direito, postulados que justificavam a si mesmos na recíproca influência sobre uma ciência jurídica de caráter prático. Esses postulados, contudo, cristalizaram-se em axiomas que nortearam a legislação (codificação) que pretendia ter definitivamente encontrado o Direito certo para um Estado concreto. Com isso, transformaram-se “no travão de uma justiça viva que exigia, precisamente como norma imutável, um direito positivo diferente para situações históricas diferentes”. Diante da razão autoritária, a “auto-correcção” tornou-se impossível, a ponto de a razão tornar-se “verdadeiramente no contra-senso” e o “benefício em castigo”.⁷¹⁴

Nesse contexto, e como forma de destruição de paradigmas, a hermenêutica filosófica possibilita ao intérprete compreender a Constituição como um existencial e, como tal, integrante de seu mundo, não mera ferramenta interpretativa à disposição para utilização ou não em uma operação de subsunção normativa. Sendo a Constituição um existencial, o intérprete possui uma pré-compreensão de seu sentido. E é esse sentido, *o sentido de Constituição*, que perfaz a unidade do ordenamento jurídico como um todo.

Somente com a pré-compreensão do sentido de Constituição o ordenamento jurídico pode ser interpretado na perspectiva de uma sociedade democrática, onde a Constituição é compreendida não como elemento de organização política do Estado, mas como *verdadeiro projeto de determinação da identidade da sociedade*.⁷¹⁵ Na lição de Streck,

⁷¹² BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estado e constituição**... p. 287.

⁷¹³ Idem, p. 282.

⁷¹⁴ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**... pp. 398 – 399.

⁷¹⁵ Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**... p. 101.

Para romper com essa tradição (inautêntica), no interior do qual os textos jurídicos constitucionais são hierarquizados e tornados ineficazes, afigura-se necessário, antes de tudo, *pensar* o sentido da Constituição, a partir de uma teoria da Constituição adequada às especificidades de um país periférico como o Brasil, interligando-a com a Teoria do Estado. Mais do que isso, trata-se de compreender que a especificidade do campo jurídico implica, necessariamente, entendê-lo como mecanismo prático que provoca (e pode provocar) mudanças na realidade.⁷¹⁶

A Constituição é projeto de determinação de identidade porque abriga todas as conquistas democráticas de uma sociedade que durante longos períodos lutou contra o autoritarismo dos regimes militares que comandaram o País. A superação do paradigma positivista exige, portanto, a concretização da Constituição por meio da universalização do seu sentido, que, compondo a pré-compreensão do intérprete, torna-se *elemento vinculante na formação de juízos autênticos*, o que equivale a dizer, elemento vinculante no cumprimento do projeto global da Constituição.

Não há teoria do conhecimento sem ser-no-mundo; não há um conhecimento puro e objetivo com base em um fundamento universal. Com isso, eliminam-se todos os dualismos metafísicos da filosofia da consciência. A relação do intérprete com a Constituição não é mais uma relação entre sujeito e objeto, mas uma relação *intersubjetiva*, onde se estabelece um diálogo entre o intérprete e aquilo que pretende interpretar.

Pelo sentido universalizante de Constituição que vincula o intérprete na formação de juízos autênticos, descabe falar em distinção quantitativa ou qualitativa entre princípios e regras, bem como em métodos de interação entre direito público e privado, característicos do paradigma da deificação da técnica legislativa. A unidade do ordenamento jurídico não se consubstancia formalmente, mas *materialmente*, o que significa dizer que todo o ordenamento está condicionado e dirigido à realização do programa constitucional: *o sentido de Constituição constitui o sentido do ordenamento jurídico*.

Com Bonavides, pode-se afirmar ser indevida a intenção do formalismo positivista de equiparação da Constituição à lei, “como se ambas fossem dotadas da mesma estrutura, natureza e substância”. Não há como tratar a Constituição exclusivamente como lei:

Tratar a Constituição exclusivamente como lei é de todo impossível. Constituição é lei, sim, mas é sobretudo *direito*, tal como a reconhece a teoria material da Constituição.

Compreendê-la como direito, e não apenas como lei, ao revés, portanto, do que fazia o positivismo legalista, significa, enfim, desatá-la dos laços silogísticos e

⁷¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**... p. 836.

dedutivistas, que lhe embargavam a normatividade e a confinavam, pelo seu teor *principal*, ao espaço da programaticidade destituída de juridicidade.⁷¹⁷

A Constituição não pode ser compreendida como elemento de mera atividade subsuntiva, como mero “*topos* conformador”, como diz Streck, onde seu texto seria a “última *ratio* do sistema, atuando como um-repertório-de-conceitos-abstratos – espécies de significantes primordiais-fundantes – à espera de uma ‘acoplagem’ proveniente da infraconstitucionalidade”. Daí o autor referir-se à lição de Heidegger, afirmando ser impossível inferir algo de algo, pois “é preciso ter claro que o sentido do ser de um ente não pode ser constitutivo de sentido do ser de outros entes”:

É impossível inferir algo de algo; não se pode deduzir coisas de coisas. Tampouco o fundamento pode ser uma frase, uma categoria. Isto porque em todas as características existenciais da ontologia fundamental existe uma co-originariedade. Essa co-originariedade não permite que se deduza um existencial do modo de ser de outro existencial (não se pode esquecer que os existenciais surgem da operação de descrição dos indícios formais – *formale Anzeige*).⁷¹⁸

É por isso que a concepção da Constituição como “produto de um processo compreensivo” pressupõe um rompimento paradigmático, pressupõe a transição do “modo apofântico” para o “modo hermenêutico”, pois “o compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui”.⁷¹⁹

Nesse ponto revela-se a importância do modelo estrutural do jogo, onde essas questões são nitidamente vislumbradas. A importância do jogo é justamente a de arrebatar o intérprete do alheamento e da pureza positivista, vinculando-o ao movimento que é condicionado pelo modo de ser da obra de arte, pelo modo de ser da Constituição.

O jogo permite a demonstração, no entremeio do círculo hermenêutico, da formação dos juízos autênticos, pois o intérprete é “jogado” por esse movimento condicionado pelo sentido de Constituição. Duas opções se apresentam ao intérprete: ou toma como sua a tarefa de construção permanente da obra de arte, ou seja, a tarefa permanente de concretização da Constituição; ou desvincula-se do sentido de Constituição, sofrendo como consequência de sua escolha a declaração de *inconstitucionalidade* de sua interpretação, pois condicionada por juízo inautêntico, aqui entendido como a pré-compreensão que não prestigia o sentido de Constituição e não se deixa levar pelo movimento do jogo.⁷²⁰

⁷¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**... p. 582. Grifos no original.

⁷¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**... pp. 224 e 227.

⁷¹⁹ Idem, p. 231.

⁷²⁰ “Por isso, o des-velar do novo (Estado Democrático de Direito, sua principiologia e a consequente força normativa e substancial do texto constitucional) *pressupõe a desconstrução/destruição da tradição jurídica*

Por essa razão, diz Gadamer que a pergunta pela natureza do jogo não encontra nenhuma resposta, se pretende ser respondida a partir da reflexão subjetiva de quem joga. É preciso perguntar pelo modo de ser do jogo como tal, que possui um “espírito” (e aqui podemos dizer “sentido”) próprio e especial. O jogo *joga algo*, atribuindo uma tarefa àquele que por ele é jogado.⁷²¹ Estabelece-se, assim, um *verdadeiro diálogo* entre intérprete e obra de arte, entre o intérprete e a Constituição. A predestinação da obra de arte como identidade e reconhecimento pressupõe o fato de que a obra não está ligada a ideais formalistas, que a identidade da própria obra consiste em que algo deve ser compreendido, que a obra deve ser compreendida como aquilo que ela quer dizer – “algo como algo”.

Não há, assim, uma separação entre o todo da obra e aquilo a partir do que a obra é vivenciada. A compreensão daquilo que possui um sentido não é um processo meramente “receptivo”; a compreensão é, antes, uma “compreensão de si mesmo” por parte do sujeito cognoscente, que ingressa, ele mesmo, no horizonte de compreensão, com toda a tradição de que é portador, momento em que poderá fundamentar, argumentativamente, o que já havia antecipado na sua pré-compreensão.⁷²²

Por conseguinte, o movimento do todo, o movimento que é jogo, é comandado pela *expectativa de sentido do todo* e “preenche-se a partir de cada parte individual, finalmente, na elaboração significativa do todo”.⁷²³ Não se pretende, então, que o texto constitucional tenha “um sentido”, mas que “haja um *sentido de Constituição*”.⁷²⁴

Pode-se, dessa forma, afirmar que a Constituição dirigente não está “morta”; ao revés, é realidade viva e presente no cotidiano do intérprete. Ao ser vinculado à formação de juízos autênticos no movimento do jogo constitucional, o intérprete é vinculado à interpretação conforme a Constituição, compreendida como *concretização da própria Constituição*, não como mera técnica de interpretação da legislação infraconstitucional.⁷²⁵

inautêntica, mergulhada na crise de paradigmas. Ao des-construir, a hermenêutica constrói, possibilitando o *manifestar-se de algo* (o ente “Constituição” em seu estado de des-coberto). O acontecimento da Constituição será a revelação dessa existência do jurídico (constitucional), que está aí, ainda por des-cobrir. *O acontecer será, assim, a des-ocultação do que estava aí velado*”. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**... p. 224. Grifos no original).

⁷²¹ Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**... pp. 154 a 161.

⁷²² Nesse sentido, Conforme KAUFMANN, Arthur. “A problemática da filosofia do direito ao longo da história”... p. 152.

⁷²³ GADAMER, Hans-Georg. **A atualidade do belo**... pp. 37 a 46.

⁷²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **op. cit.** p. 224.

⁷²⁵ “A principal crítica às Constituições que contém programas de atuação, chamadas de ‘Constituição dirigente’, como a nossa, é a acusação de que elas ‘prendem’ os sucessivos governos à realização de seus objetivos, não respeitando o ideal da alternância política dos governos. A discricionariedade das políticas de governo é larga, mas não absoluta. Discricionariedade não significa plena liberdade, nem arbitrariedade, afinal, os governos constitucionais devem atuar de acordo com a Constituição. Do mesmo modo, a política não pode ser conduzida simplesmente por juízos de oportunidade, mas também está vinculada a padrões e parâmetros jurídicos,

Essa compreensão renovada da interpretação conforme a Constituição é possível em razão do modelo estrutural do jogo, em razão do diálogo que a obra de arte estabelece com o intérprete. O “algo” que a Constituição tem a dizer é justamente seu projeto global de sociedade. E o intérprete toma como sua a tarefa de construção permanente da Constituição porque nela se reconhece, porque nela a sociedade se reconhece, porque o projeto constitucional é projeto de determinação da identidade dessa sociedade.

Assim, a tarefa do intérprete é antes e sempre a de *concretização*, direta ou indireta, da Constituição. O intérprete não é livre para escolher, em determinado caso, a resposta que lhe pareça mais adequada, nos moldes positivistas kelsenianos, com base em elementos “metajurídicos”, quando o sistema não oferecer uma resposta pronta para ser aplicada em operação de subsunção normativa. Cabe ressaltar que esses elementos supostamente “metajurídicos” foram todos constitucionalizados, a exemplo dos arts. 1º, 3º e 170 da Constituição Federal de 1988.

Além disso, o intérprete, no movimento do jogo, nunca será livre para fazer escolhas; a única escolha que poderá fazer é a de concretizar ou não o sentido de Constituição. Em caso negativo, seus pré-juízos, por *inautênticos*, padecerão do *vício da inconstitucionalidade*. O intérprete, no movimento do jogo constitucional, está vinculado a uma resposta para determinado caso, que é a resposta constitucionalmente adequada, admitindo-se, portanto, a possibilidade, no paradigma do dirigismo constitucional, de *uma única resposta correta para cada caso*.

O que se retira do modelo estrutural do jogo e da análise do dirigismo constitucional sob essa perspectiva é o fato de *todo o ordenamento jurídico estar dirigido à concretização da Constituição*, o que leva à superação da dicotomia público-privado. Isso significa estar todo o ordenamento condicionado pelo sentido de Constituição à *concretização dos direitos fundamentais*.

Um breve olhar sobre o desenvolvimento da doutrina dos direitos fundamentais demonstra sua profunda transformação, com a agregação de novas dimensões ao núcleo essencial de liberdade, principalmente após o segundo pós-guerra, sendo os direitos a

especialmente constitucionais. Ao contrário do que alegam seus críticos, a Constituição não substitui a política. Do mesmo modo, a Constituição é base para a legislação, mas a legislação não é simples execução da Constituição. O legislador tem margem de atuação política própria, embora possa ser limitado pelas diretrizes constitucionais. A Constituição portanto, não é neutra, pois contém um programa de atuação que se impõe para o Estado e a sociedade isto também não quer dizer que o texto constitucional tira a liberdade de opções políticas dos cidadãos. Este programa é, nas palavras de Díaz Rivorío, ‘*suficientemente abierto*’, garantindo o pluralismo político. E é, também, este programa o principal conteúdo, ao lado dos direitos fundamentais e da democracia, do texto constitucional, incluído, no caso da Constituição de 1988, entre os princípios fundamentais, no seu artigo 3º (...).’ (BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estado e constituição**... pp. 289 – 290).

prestações privilegiados nas Constituições do século XX, assim como na Constituição Federal de 1988.

A realização do projeto global de Estado e de sociedade passa obrigatoriamente pela concretização dos direitos fundamentais, como verdadeira dimensão democrática de um Estado Constitucional de Direito. A Constituição impõe a realização de políticas públicas em razão da função dirigente dos próprios direitos fundamentais, efetivos mandamentos constitucionais materiais ao Poder Público. Somente a partir da percepção de que o espaço de liberdade de conformação do legislador é limitado pela verdadeira imposição de concretização dos direitos fundamentais é que um novo paradigma, condizente com uma sociedade democrática, pode ser construído.⁷²⁶

Ao demais, deve ser ressaltado, com Sarlet, como consagrados no direito constitucional positivo *vigente* no Brasil, os direitos fundamentais sob o aspecto da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituindo “condição de existência e medida da legitimação de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito”.⁷²⁷ Assim é que Canotilho fala em uma mutação operada na relação entre lei e os direitos dos cidadãos, transitando-se da idéia de “direitos fundamentais no âmbito da lei” para a idéia de “lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais”. Com isso, a força dirigente dos direitos fundamentais, notadamente dos direitos a prestações, inverte o objeto da clássica pretensão fundada em um direito subjetivo: “de uma *pretensão de omissão* dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma *proibição de omissão* (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos)”.⁷²⁸

Vale, pois, lembrar a lição de Hesse sobre a relevância do direito constitucional para a vida de uma comunidade:

⁷²⁶ “Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir, talvez, nesse espaço teórico, o conceito do juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais. Coroam-se, assim, os valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade e se estabelece o primado do Homem no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**... p. 587).

⁷²⁷ SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**... p. 68. Afirma o autor que o caráter analítico, o pluralismo e o cunho programático-dirigente da Constituição de 1988 revelam “certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional”, demonstrando a intenção de salvaguardar as conquistas em sede de direitos fundamentais contra uma “eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos”. (Idem, p. 71).

⁷²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**... pp. 363 e 365. Grifos no original.

Las normas que integran el Derecho constitucional no son sólo mandatos (*Sollensätze*) abstractos que, ajenos a la realidad, se contraponen a ésta de forma totalmente inconexa, o que, ‘dialéctica’, ‘correlativamente’ o del modo que sea, se coordinan con la misma por medio de una genérica interrelación. Estas normas quedan en letra muerta cuando su contenido no se incorpora a la conducta humana mediante su aplicación y observancia diarias. Sólo en tanto el Derecho constitucional es ‘realizado’ por y en dicha conducta alcanza la realidad de un orden vivido, formador y conformador de la realidad histórica, capaz, por tanto, de cumplir su función en la vida de la Comunidad. Y de la misma manera que sólo bajo este presupuesto puede tener relevancia el Derecho constitucional para la vida de la Comunidad, también para una aproximación jurídica a la que lo que le importa sea ese orden real y no un ‘sistema’ abstracto sólo le puede importar el Derecho constitucional como algo realizado y a realizar. Desde el punto de vista de esta ‘realización’ del Derecho constitucional, como ha señalado F. Müller, la ‘norma’ no puede ser aislada de la ‘realidad’; por el contrario, la ‘realidad’ en sus respectivas circunstancias (el ‘ámbito normativo’), afectadas por el mandato de la norma (el ‘programa normativo’), es parte integrante y constitutiva de la norma misma. La norma aparece, de este modo, como ‘modelo de ordenación acuñado por su objeto’ (*sachgeprägtes Ordnungsmodell*); es ‘proyecto vinculante de un orden parcial de la comunidad jurídica, la cual modela la norma y en la que lo regulador y lo regulado van necesariamente unidos complementándose indeclinablemente el uno al otro y fundamentándose mutuamente en la praxis de la realización del Derecho. A partir de esto el Derecho constitucional abarca también, de forma en cada caso diferente, el trozo de la realidad social presupuesto, recepcionado o producido por sus distintas normas.⁷²⁹

A Constituição, pois, não é mera ferramenta, pois ela “dirige” e “constitui”. Sua força normativa não admite o descumprimento de seu núcleo dirigente e essencial-fundamental. É preciso, como afirma Streck, “assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e um projeto de superação da realidade”. É necessária uma *compreensão renovada da Constituição*, na medida em que a compreensão envolve possibilidades que tornam a Constituição visível “em um acontecer do Direito”.⁷³⁰

A experiência da concretização da Constituição é uma experiência de *autocompreensão*. A experiência, portanto, é a experiência da finitude humana. “O homem experimentado”, diz Gadamer, “conhece os limites de toda previsão e a insegurança de todo plano”. Essa é a consumação da verdade da experiência. A experiência consumada nunca chega a um fim, pois aquele que vivencia uma experiência, o choque hermenêutico, está sempre aberto para novas experiências. “A verdadeira experiência é assim experiência da própria historicidade”. A experiência hermenêutica está ligada à tradição, que é linguagem. E a compreensão da tradição compreende um texto transmitido como um conteúdo de sentido.⁷³¹ Essa é a experiência que decorre do fecundo diálogo que se estabelece entre

⁷²⁹ HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. ... pp. 99 – 100.

⁷³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. ... pp. 298 e 300.

⁷³¹ Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. ... pp. 467 – 468.

intérprete e obra de arte, entre intérprete e Constituição, diálogo esse que, por ser finito, exige uma permanente tarefa de construção e reconstrução da obra de arte – a Constituição é o resultado de sua interpretação.

Essa compreensão é a compreensão de algo que está diante do intérprete, o que obriga a um reconhecimento absoluto; mas esse compreender não é o compreender do ente que vem ao encontro no mundo do intérprete, e sim o compreender daquilo que o ente *diz de verdadeiro*. Essa verdade se revela somente por meio do diálogo, ou, no dizer de Gadamer: “o ser não é experimentado onde algo pode ser construído e assim concebido por nós mesmos, mas lá onde aquilo que acontece pode ser simplesmente compreendido”.⁷³²

⁷³² Idem, p. 23.