

AS MUDANÇAS PARADIGMÁTICAS NO CAMPO DA FILOSOFIA: REFLEXÕES EM BUSCA DE UMA COMPREENSÃO ADEQUADA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA E DA IMPORTANCIA DO PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Alessandra Villaça Gorgulho Ferretti¹

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar como as profundas transformações paradigmáticas no campo da filosofia foram determinantes no sentido de reformular as bases para uma compreensão adequada da hermenêutica jurídica em tempos pós-modernos. Através deste olhar, inicia-se uma abordagem sintética da evolução do tema a partir do paradigma metafísico clássico, na sequência o paradigma da filosofia da consciência e sua superação pelo giro-ontológico-linguístico. Em seguida nota-se que o Direito passa a desempenhar um novo papel no Estado Democrático de Direito, rompe com o direito meramente regulador, para ingressar no modelo do direito promovedor e transformador. Por fim, compreende-se que o modelo de direito de promoção e transformação social se relaciona a um caráter hermenêutico do direito, representado por uma exigência maior no desenvolvimento da função da jurisdição constitucional que vai desaguar no embate entre substancialistas e procedimentalistas.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica Jurídica. Jurisdição Constitucional. Transformações nos Paradigmas Filosóficos.

ABSTRACT: This paper intends to analyze how the deep paradigmatic changes in the field of philosophy were instrumental towards reformulating the foundation for a proper understanding of legal hermeneutics in post - modern times. Through this look, starts a synthetic approach to the development of the theme from the classic metaphysical paradigm, following the paradigm of the philosophy of consciousness and overcoming the spin - ontological -linguistic. Then we note that the law comes to play a new role in a democratic state, broke with merely regulatory law, to enter the model of the right and a promoting transformer. Finally, it is understood that the model of law promotion and social transformation relates to a hermeneutic character of law, represented by a higher requirement in the development of the function of the constitutional jurisdiction that will empty into the clash between substantialists and proceduralists.

¹ Mestre e Doutoranda em Direito na Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professora de Processo Penal na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e Universidade Estácio de Sá (Unesa). Advogada.

KEYWORDS: Changes in Philosophical Paradigms. Constitutional Jurisdiction. Legal Hermeneutics.

INTRODUÇÃO

A questão da verdade está associada à problemática do conhecimento e os modelos de pensamento têm ligação direta com as concepções da verdade.

Cabe identificar três fases distintas na trajetória que vai do *mithos* ao *logos*: a primeira como manifestação ontológica primeira, a segunda consubstanciada em uma filosofia prática e do sujeito, e, finalmente, a mudança de percepção levada a cabo pelo giro linguístico.

Essas profundas transformações ocorridas no campo dos paradigmas filosóficos foram determinantes no sentido de reformular as bases para uma compreensão adequada da hermenêutica jurídica em tempos pós-modernos.

Com efeito, isso significa alçar a reflexão a um ponto de chegada inexorável de que o direito deve assumir um novo papel no Estado Democrático de Direito, partindo da compreensão que o direito deve ser mais do que uma racionalidade meramente instrumental, e verdadeiramente um modo de compreender (modo-de-ser).

Deve ser deslocada a superada perspectiva de um direito meramente regulador, para ingressar no modelo do direito promovedor e transformador social, esse o ponto que guarda estreita relação com o caráter hermenêutico do direito, representado por uma exigência maior no desenvolvimento da função da jurisdição constitucional que vai desaguar no embate entre substancialistas e procedimentalistas.

1 AS PROFUNDAS TRANSFORMAÇÕES NOS PARADIGMAS FILOSÓFICOS

Inicialmente, a busca pela verdade e o olhar que pudesse descortinar a essência das coisas, foi durante muito tempo o compromisso da filosofia.

Em lição elucidativa, Lênio² cita Platão, sob as lentes de Sócrates que identifica duas teses acerca de como a verdade era concebida; o naturalismo, em que cada coisa tem nome por natureza e o convencionalismo, onde a ligação do nome com as coisas é absolutamente arbitrária e convencional.

Para melhor compreensão da história da filosofia, na metafísica clássica, os sentidos estavam nas coisas, pois nelas há uma essência.

A primeira fase caracterizava pela noção de uma ordem por vezes até dinâmica, porém imutável, diante da estatuição de leis naturais plenamente dirigidas pela natureza ou pela autoridade divina. A verdade derivava de um momento de

² STRECK, Lênio Luiz. O que é isto- decido conforme minha consciência. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 11.

iluminação, ligada à essência das coisas mesmas, logo, acessível a poucos espíritos.

Aristóteles é quem concebe a metafísica como ciência primeira a partir da qual vai fornecer a todas as outras o fundamento comum. Funciona como o objeto o qual todas se referem e os princípios delas reitores.

Nesse quadro de ideias, a metafísica clássica é a ontologia, doutrina que estuda os caracteres fundamentais do ser, aquilo sem o qual algo não é.

Na filosofia medieval, no final dos séculos XIII e XIV, com Duns Escoto e Guilherme de Ockham³ o panorama já não é o mesmo, pois a situação de equilíbrio entre filosofia e teologia como aparecia em Santo Tomás vai se romper. Vale observar, que se a distância entre as duas disciplinas já é grande em Escoto, muito maior revela-se em Ockham. Nota-se que a teologia acaba por ser reduzida ao que nós é dado por revelação, de um modo sobrenatural, ao passo que, tudo o que a razão entende naturalmente é assunto da filosofia. Ressalte-se que a história do final da Idade Média e da época moderna é a progressiva dissociação entre o mundo da natureza e o da graça, e o esquecimento do velho princípio *gratia naturam non tollit, sed perficit*⁴. Nesse sentido, a teologia não é especulativa, mas na verdade prática. Apaga-se continuamente a teologia rationis para em seu lugar emergir apenas a teologia fidei. Assim, a ratio, o lógos, se afasta totalmente do théos.

Com Ockham⁵ tudo o que era apontado em Duns Escoto é levado ao extremo. A teologia tem uma extensão ainda maior, mas não como ciência racional, pois as verdades da fé são inacessíveis à razão, e a filosofia nada tem a fazer com elas. Segundo o pensador, Deus não é razão. Esta é algo que só tem valor no “foro íntimo” do homem. Nesse momento se inicia o processo que se chama de a perda de Deus, cujas etapas são as da época moderna.

Ockham é nominalista, e no que se refere à questão dos universais, não tem realidade nem nas coisas nem na mente divina, são abstrações do espírito humano, conceitos ou termos: *conceptus mentis significans univoce plura singulariza*. A ciência trata dos universais e, portanto, não é ciência de coisas, mas só de signos ou símbolos.

Ockham é o extremo da tendência franciscana da filosofia medieval. O homem, separado do mundo desde o cristianismo, fica agora sem Deus. Escreve Zubiri⁶: “Portanto, só, sem mundo e sem Deus, o espírito humano começa a se sentir inseguro no universo”.

São pensadores idealistas como René Descartes, com o seu cogito e Imma-

3 MARÍAS, Julián. Historia da Filosofia. Prólogo de Xavier Zubiri; epílogo de José Ortega y Gasset; tradução Cladia Berliner; revisão técnica Franklin Leopoldo e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.193-194.

4 MARÍAS, op. cit., p.192.

5 Idem, op. cit., p.194.

6 Idem, op.cit.,p.195.

nel Kant, com sua teoria transcendental do conhecimento, que vão impulsionar a transição do paradigma da metafísica clássica para o paradigma da subjetividade (filosofia da consciência), pois até então, a compreensão do ser estava atrelada à qualificação das coisas, com isso havia uma relação real entre ser e essência, o que acabava por conformar o sentido das coisas à dependência dos objetos, que alinhados a essa compreensão tinham essência, razão pela qual assumia destaque sua revelação.

Com a ruptura histórica trazida pela modernidade opera-se a superação do realismo filosófico indo a filosofia buscar uma explicação sobre os fundamentos do homem, é o período do Iluminismo conhecido pelo século XVIII, o século das luzes, onde o homem não se sujeita mais às estruturas. É o nascimento da subjetividade. O mundo passa a ser explicado e fundamentado pela razão. É o que se denomina de esquema sujeito-objeto.

No século XX, com o *linguistic turn*⁷, rompe-se, novamente, com paradigma da filosofia da consciência, pois o giro linguístico é concebido como a invasão que a linguagem promove no campo da filosofia transferindo o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem, onde o mundo se descortina. É na linguagem que se dá a ação e é nela que se opera o sentido e não na consciência de si do pensamento pensante. O sujeito surge na linguagem e pela linguagem, cabendo falar a partir dessa premissa na morte da subjetividade “assujeitadora”⁸, e não na morte do sujeito da relação de objetos.

Com o giro ontológico-linguístico⁹, o sujeito não é fundamento do conhecimento, mas de acordo com uma compreensão de caráter ontológico, nós somos, enquanto seres humanos, entes que já sempre se compreendem a si mesmo e, assim, o compreender é um existencial da própria condição humana, eis aí o círculo hermenêutico-ontológico.

7 STRECK, Lênio Luiz. O que é isto- decido conforme minha consciência. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 14. O autor faz esclarecimento importante para a compreensão da ideia, tendo por base o fato do giro ou guinada não se sustentar somente no fato de que, agora, os problemas filosóficos serão linguísticos, em função da “invasão” da filosofia pela linguagem. Elucida ainda, Lênio que na Epistemologia, conhecida como teoria do conhecimento, existe a descoberta de que, para além do elemento lógico-analítico, pressupõe-se sempre uma dimensão de caráter prático-pragmático, que segundo Heidegger, isso pode ser visto como a partir da estrutura prévia do modo de ser no mundo ligado ao compreender. Essa mesma ideia em Wittgenstein, caracteriza-se por ser uma estrutura social comum, os jogos de linguagem que proporcionam a compreensão. Daí a razão, desses dois filósofos terem representado os corifeus dessa ruptura paradigmática.

8 Idem. op.cit.,p.15. Nesse ponto, é válida a nota feita pelo Professor Lênio Streck, em sua obra, no sentido de ser feita uma leitura equivocada do giro linguístico, quando se confunde a subjetividade com o sujeito presente em todo ser humano e em qualquer relação de objetos. Cabe esclarecer, que quem morre é o sujeito atrelado ao paradigma da filosofia da consciência, o sujeito solipsista.

9 Idem. op.cit. p.15. Denominação dada por Lênio para explicar a expressão.

A partir desse entendimento, a ontologia com origem na tradição hermenêutica vai estar ligada a um modo de ser e a um modo de operar do ser humano. Essa a razão pela qual Gadamer reconhece que Heidegger só ingressa na questão da hermenêutica, bem como as críticas históricas visando desenvolver que a interpretação só pode funcionar tendo como pressuposto a preestrutura da compreensão, ou seja, a ontologia relacionada à questão da hermenêutica está umbilicalmente ligada a pré-compreensão, elemento prévio de qualquer manifestação do ser humano mesmo na linguagem.

O ponto é destacado com a curial percuciência de Lênio¹⁰, eis a chave do problema, pois mesmo que o elemento lógico-explicativo se apresente do modo como se apresenta nas teorias analíticas, vale dizer, com a dispensa do mundo vivido, ele já sempre está operando com uma estrutura de sentido que se antecipa ao discurso e representa a sua própria condição de possibilidade. Por isso, é necessário compreender que o elemento lógico-analítico já pressupõe sempre o elemento ontológico-linguístico.

Essa deve ser a compreensão do que se designa por viragem ontológico-linguística, onde a charada para o entendimento é de que o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas na linguagem como algo que produzimos e que funciona como condição de possibilidade de estarmos no mundo. A relação que é estabelecida não se opera diretamente com os objetos, mas, a partir da linguagem, mediada pela cadeia de significantes e significados chamado pela filosofia hermenêutica de mundo. O conceito de mundo não envolve a cosmologia ou o mundo natural, mas o mundo enquanto instância e espaço onde o significado é encontrado e produzido no contexto de um *a priori* compartilhado¹¹.

Através desse novo paradigma, a linguagem não pode ser mais entendida como uma terceira coisa colocada entre o (ou um) sujeito e o (ou um) objeto, mas, sim como condição de possibilidade. A linguagem é o que está dado, sem resultar do produto de um sujeito solipsista, isto é, aquele que construía o seu próprio objeto de conhecimento.

A concepção de linguagem como experiência construtiva de mundo dá-se com a difusão do giro linguístico; em sendo a linguagem a prática social, também a produção de qualquer sentido o será. A estabilização de sentidos, dentre eles a verdade, ficará estruturada em consensos sociais prévios, os quais configuram e ao mesmo tempo são temas da argumentação. A linguagem vai se fundamentar em uma prática social que se harmoniza com uma forma de vida, isto é, dotada de cultura e historicidade. Proposições passam a constituir linguisticamente o

10 STRECK, Lênio Luiz. O que é isto- decido conforme minha consciência. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 16.

11 Idem. op.cit. p.19. Lênio, com suporte em Ernildo Stein, explica que esse *a priori* compartilhado deve ser tratado como um transcendental histórico.

mundo, mas um mundo da vida¹².

2 O DIREITO COMO UM MODO DE COMPREENDER (MODO-DE-SER)

A análise da questão pode ser delimitada com a apresentação do cenário em cujo embate se assenta, nossa sociedade complexa e imersa ao fenômeno da globalização, o positivismo e o que designou a teoria jurídica contemporânea por neoconstitucionalismo.

Deve ser registrado que é nessa ambiência social díspar e carente de realização de direitos que a discussão sobre a metodologia representada pela tríplice perspectiva de como se interpreta, como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas constitucionalmente adequadas, vai assumir especial relevo.

Não se pode descurar que a crise de efetividade que passa a Constituição só faz refletir a abissal crise de paradigmas que atravessa o direito, tudo isso levado em conta uma dogmática jurídica que se mostra refém de um positivismo exegetic-normativista, resultado de uma mixagem de vários modelos jusfilosóficos e que guardam em comum a resistência positivista, diante da eleição ao velho esquema do sujeito-objeto.

Com a Constituição de 1988 se inaugura um novo momento político e jurídico, fundado na democracia e no Estado de Direito, esse novo modelo de Estado determina um novo modo de dar funcionalidade ao direito, com conseqüências condicionantes do modo como deve operar os profissionais do direito, isto porque, a função transformadora e promovedora que o direito passará a desempenhar terá íntima relação com a atividade a ser realizada por aquele.

Nessa linha Streck¹³, destaca que o constitucionalismo, exurgente do Estado Democrático de Direito, com o perfil compromissário, dirigente e vinculativo constitui a ação do Estado!

Verifica-se, assim, o processo de democratização do direito.

A democracia deve ser encarada como um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado, manifestando-se em todas as esferas da complexa relação que circunda o Estado-indivíduo.

Devemos compreender a sociedade dentro de uma perspectiva de coexistência e não como um ente gigantesco, em que os indivíduos seriam suas meras células, devedores em uma irrestrita obediência. A idéia da sociedade como um ente superior da qual dependeriam os homens, já fora, há muito deixada para traz. Inicialmente foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos e depois nossa própria Constituição de 1988 que consagraram algumas limitações indispensá-

12 CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

13 STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

veis à coexistência não tolerando a submissão do homem à sociedade.

A título de reforço, vale destacar o pensamento de Bobbio¹⁴ que diz, que na atualidade, impõe-se uma postura mais liberal na relação Estado-indivíduo, vindo em primeiro lugar o indivíduo, para só, depois, pensarmos no Estado. Complementa ainda, enfatizando que o Estado não pode ser visto como um fim em si, na verdade, a existência dele só estará justificada enquanto puder servir de meio a uma finalidade maior que é a tutela do homem e de seus direitos fundamentais, pois alvitrado o bem comum da coletividade considerada e do indivíduo singularmente.

Assim fica claro notar que o Direito passa a desempenhar um novo papel no Estado Democrático de Direito, deve-se criar uma ruptura com o direito meramente regulador, para que possamos ingressar no modelo do direito promovedor e transformador.

Como bem pondera Daniel Sarmiento¹⁵ mostra-se fundamental articular novas estratégias e abordagens para enfrentar os graves problemas de justiça social e opressão que afligem a Humanidade, pois se a mão invisível do mercado não é suficiente para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais a toda comunidade, parece claro que confiar apenas no Estado para a realização dessa tarefa não pode ser algo a que se possa esperar como possível ou viável.

Completa ainda, Sarmiento, destacando que efetivamente os mecanismos compensatórios do Welfare State como política institucional a possibilitar a correção de distorções sociais, marcadas por forte injustiça, na fase do liberalismo econômico foram um fiasco, pois, além dos graves problemas de financiamento, o Estado-Providência, quando não dinamizado por mecanismos de efetiva e intensa participação da sociedade, acabou por produzir uma clientela de apáticos administradores e um aparelho estatal burocrático, que se auto-mutila e destrói as próprias bases da cidadania.

Para Lênio Streck¹⁶ a perspectiva de um modelo de direito de promoção e transformação social se relaciona a um caráter hermenêutico do direito, representado pelo clamor no desenvolvimento da função da jurisdição constitucional considerada à circunstância de não ser possível ao legislador antever todas as hipóteses de aplicação.

Essa questão enfoca uma abertura sinalizada por demandas envolvendo direitos fundamentais e a resignificação do constitucionalismo com uma nova compreensão dos princípios, invadindo o espaço reservado à regulamentação le-

14 BOBBIO, Noberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília, Polis, 1991.

15 SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2ed. Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2006.

16 STRECK, Lênio Luiz. Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2 ed. Lumen juris, Rio de Janeiro, 2008.

gislativa e, por outro lado, o fechamento no sentido de limitar o poder hermenêutico dos juízes.

Em um Estado democrático de direito se busca a concretização de direitos, por isso, é necessário superar a ficção provocada pelo positivismo jurídico que afastou do jurídico à realidade da sociedade.

Emerge a consciência da Constituição integrada por regras e princípios, sendo os últimos, promessas da modernidade contida no modelo do Estado democrático e social de direito. A moral é incorporada ao Direito com a positivação de princípios.

O fenômeno do neoconstitucionalismo reelabora o papel da Constituição que passa a condicionar tanto a legislação quanto a jurisprudência e doutrina à ação dos agentes públicos e influenciar diretamente nas relações sociais.

Aflora a discussão sobre o papel da jurisdição constitucional, que vai desaguçar no confronto entre substancialistas e procedimentalistas.

A escolha paradigmática vai se assentar em duas premissas: fundamentar/justificar discursos ou compreendê-los fenomenologicamente, o que significa conceber a verdade como possibilidades de respostas conteudísticas ou encará-la como a obtenção de um consenso traduzível na possibilidade de respostas procedimentais.

Diante do que significou a revolução copernicana que atravessou o direito, o estudo das diversas teorias jusfilosóficas tem o objetivo maior de buscar respostas para como construir um discurso capaz de dar conta das complexidades, sem cair no decisionismo e discricionariedades dos intérpretes.

A interpretação jurídica vai implicar uma disputa de paradigmas como assinalado por Lênio¹⁷ ao citar Marcelo Cattoni. O neopositivismo, fonte para construção de metalinguagens e discursos analíticos, centrou suas críticas às insuficiências da linguagem natural, propondo a construção de uma linguagem artificial visando assim uma neutralidade científica. A razão para construção de uma linguagem artificial é que a linguagem natural não se apresenta confiável para abarcar as complexidades do discurso científico. Aponta-se para a insuficiência da tradição, em que Habermas¹⁸ vai destacar sua teoria comunicativa capaz de superar a linguagem “sistematicamente distorcida” da tradição. Para ele a linguagem da tradição não se mostrava adequada para compreensão das formas de “comunicação sistematicamente distorcidas” em função da tradição.

Em sentido oposto, Gadamer¹⁹ quer resgatar o valor da tradição, colocando a pré- compreensão como condição de possibilidade. Essa pré-compreensão

17 Ibidem.

18 HABERMAS, Jurgen. Teorias de la verdad (1972). In: Teoria de la acción Comunicativa: Complementos y Estudios Previos. Madrid: Ediciones Cátedra, 1997.

19 GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Vozes; São Paulo, Editora Universitária São Francisco, 2008.

está eivada de faticidade, do modo prático de ser no mundo que Heidegger havia percebido para superar a metafísica representacional.

Lênio destaca a importância desse debate no sentido de que o novo paradigma do Direito instituído pelo Estado Democrático de Direito resulta na superação do direito como unicamente sistema de regras, pois o Direito passa a ser enxergado como sistema de princípios e regras, o que se introduz no discurso constitucional e se mostra como conceder efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade) o que era negado pelo positivismo.

Convém ressaltar, que no positivismo o mundo prático se centra no sujeito autocentrado e desdobrado sobre as palavras possíveis, gerando um exorcismo da realidade, pois ela deve ser mantida distante.

Calsamiglia, cuja referência é dada por Lênio, diz que a preocupação das teorias pós-positivistas se dá com a indeterminação do direito nos casos difíceis.

O positivismo sempre dependeu de uma teoria da adjudicação, considerando o fato de não valorizar a teoria da interpretação, sempre deixando aos juízes a escolha dos critérios a serem utilizados nos casos complexos.

Para o pós-positivismo, uma teoria de interpretação não dispensa a valoração moral, o que é vedado no positivismo, que separa direito e moral.

Segundo Lênio, o paradigma neoconstitucionalista propõe a alteração no plano da teoria das fontes, da norma e das condições para a compreensão do fenômeno de acordo com um Estado Democrático de Direito, em que o direito e a jurisdição constitucional assumem um papel que vai muito além dos “planos” do positivismo e do modelo de direito dele decorrente.

O neoconstitucionalismo é um fenômeno de superação do positivismo, eis que fundado na democracia e Estado de Direito, condicionando um novo papel a ser exercido pelo direito, que assume caráter compromissário e transformação social.

O neoconstitucionalismo ao ligar a política ao direito, representa uma justificação política-ideológica que rompe com o modelo de constitucionalismo liberal, além de romper com o positivismo.

O neoconstitucionalismo nasce a partir de um novo momento da dogmática e pensamento constitucionais que, sem manter uma uniformidade consegue reunir perspectivas inovadoras da teoria constitucional.

Quem bem analisa essa passagem é Schier²⁰ quando esclarece que vivemos com um Direito, por longo período de tempo sob o manto da escuridão e poeira do positivismo jurídico, já não era sem tempo, que a espera do abaixo a ditadura dos sistemas rígidos de subsunção, da forte dicotomia entre direito e moral, da idéia do juiz neutro e passivo, da redução do direito a enunciados lingüísticos,

20 SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da Filtragem Constitucional no momento do Neoconstitucionalismo. Revista Eletrônica de Direito o Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>

da repulsa aos fatos e à vida relativa a tudo que se mostrasse jurídico, da separação entre sujeito e objeto de interpretação, da preponderância incontornável das escolhas do legislador em detrimento das opções da constituição, e por fim, da negação da criatividade hermenêutica do juiz, bem como da negativa de normatividade aos princípios, devia chegar. Na verdade, esse direito era a negação da própria Constituição.

Nessa mesma linha de pensamento, Susanna Pozzolo²¹ preconiza que o neoconstitucionalismo não se apresenta como uma espécie de dois gêneros usada para dividir o pensamento jurídico moderno, juspositivismo e jusnaturalismo, mas como uma terceira categoria que não tem por objetivo recomendar nenhuma alteração ou adaptação a qualquer uma das duas outras perspectivas.

O discurso neoconstitucionalista, na visão da autora, se desenvolve sob muitos e diversos aspectos do panorama teórico podendo ser aplicado a questões teóricas gerais, tais como, a diferença entre regras e princípios, interpretações de leis, questões políticas e filosóficas tais como recurso do estado e do direito em uma sociedade liberal democrática.

Deve ser compreendido, então, o neoconstitucionalismo como uma visão jusfilosófica que se propõe a uma mediação entre o juspositivismo e o jusnaturalismo, a eliminar a imperfeição do legalismo juspositivista. Se mostra, assim, como uma política constitucional, a indicar como o direito deve ser e oferecendo uma versão sobre princípios constitucionais e direitos fundamentais.

Cumprir mencionar que a noção de constitucionalismo compromissário e dirigente traz para a constituição temas que antes ficavam reservados à esfera privada, vindo a Constituição a publicizar os espaços antes reservados aos interesses privados, indicando que essa publicização ocorre a partir da assunção de uma materialidade, espaço ocupado pelos princípios.

Lênio, mais uma vez, esclarece que com a alteração da teoria das fontes, os princípios vêm propiciar uma nova teoria da norma, onde atrás de cada regra há, agora um princípio que não a deixa se desvencilhar do mundo prático, então o esquema sujeito-objeto cede espaço a um novo paradigma interpretativo.

3 A IMPORTÂNCIA DO PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O EMBATE ENTRE OS PROCEDIMENTALISTAS E SUBSTANCIALISTAS COMO EXPRESSÕES DAS DUAS OPÇÕES PARADIGMÁTICAS

A evolução da Teoria do Estado ao caminhar conjuntamente com a Constituição implica a politização da Constituição, pois ao sair do normativismo constitucional passa a buscar a teoria material da Constituição, o que importa na imbricação entre Constituição e Política, sendo o Estado Democrático de Direito o

21 POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo e Positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy editora, 2006.

locus desse evento.

Diante dessa perspectiva, transparece que a dimensão política da Constituição não pode ser concebida como algo apartado, mas sim a revelar-se como ponto convergente às dimensões democráticas, liberal e social do momento constitucional do segundo pós-guerra.

Lênio²² ao destacar Hans Peter Schneider menciona que “A Constituição é direito político: do, sobre e para o político”.

A partir desse quadro assume importância realçar a dimensão sobre o tipo de justiça constitucional incumbida de proceder ao controle constitucional da legislação de cada país.

O constitucionalismo que se vai delinear com a revolução copernicana passa a implicar uma abertura à atuação da justiça constitucional exigindo um efetivo controle no processo de interpretação da constituição.

A força normativa da constituição, com sua atuação dirigente e compromissária aponta sua direta relação com o desempenho da justiça constitucional, mormente em dar concretude à efetivação dos direitos fundamentais sociais disciplinados em nossa carta política.

Sem dúvida que o intervencionismo da justiça constitucional não escapa a certa apreensão, dado que fica, bem perceptível, nas idéias de Habermas e Hart, autores de perfil procedimental, que se opõem aos filósofos de perfil substancial.

Com efeito, a legitimidade do Poder judiciário será alvo de constante questionamento exatamente em razão do fato de ostentar o poder de desconstituir atos normativos do Executivo, bem como proceder à declaração da inconstitucionalidade de leis votadas pelo parlamento eleito em processo democrático pelo povo.

Clara é a compreensão de que o grau de concretização que uma Constituição pode assumir terá nítida relação com o papel que será realizado pela jurisdição constitucional a adotar uma das duas posturas designadas pela doutrina como opções paradigmáticas; a saber, de um lado, as teorias procedimentais, e de outro, as teorias materiais-substanciais.

Para os substancialistas que enfatizam a regra contramajoritária, a teoria material determinará o reforço da relação Constituição-democracia. Os procedimentalistas, por outro lado, vão entender que quanto maior for à intervenção do judiciário, mais frágil estará a democracia, diante da ausência de legitimidade da justiça constitucional.

Em relação à outra parcela da doutrina o ponto nevrálgico das teorias processuais-procedimentais deriva do fato delas circunscreverem ao procedimento o modo ideal de operar a democracia, universalizando sua aplicação, produzindo o entendimento de que os procedimentos geram a garantia da aceitabilidade das decisões.

O sentido de verdade é concebido como um consenso racional que vai fundamentar a validade de um enunciado normativo obtido através de condições

22 op. cit.

ideais de comunicações, como um processo de idealização necessária. A verdade é caracterizada pela via argumentativa.

De acordo com a linha defendida pelos adeptos das teorias materiais-substanciais da Constituição, a concretização dos direitos fundamentais-sociais mostra-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, o liame que vincula a política ao Direito.

Todavia, a tese substancialista não se mostra imune às críticas pelo perigo do que pode representar um certo grau de “ativismo judicial” a enfatizar a ilegitimidade da justiça constitucional apontando o déficit da legitimidade das teorias materiais, a ganhar força a vertente da procedimentalização como meio e garantia para adoção das decisões da comunidade.

Com efeito, convém destacar que uma parcela da doutrina realça argumento em relação às teses processuais-procedimentais difícil de objetar, trazendo a tona a realidade da sociedade brasileira, em que parcela considerável dos direitos fundamentais-sociais mantêm-se inefetivos, mesmo depois de 21 anos após a promulgação da Constituição.

Assim, merece registro o fato das teses procedimentalistas produzirem um distanciamento de nossa realidade, que por várias contingências, ainda está longe de concretizar uma verdadeira concepção substancial de democracia, exatamente porque ainda necessita alcançar a inclusão social como patamar básico para o efetivo exercício de homens livres e iguais.

Nesse particular, transparece o fato do patente choque entre as teses procedimentais e o papel que se requer tenha a nossa Constituição Brasileira. A sociedade brasileira, ainda, deve buscar a introdução do republicanismo em oposição ao patrimonialismo, como política estatal de inclusão da classe dos excluídos e marginalizados no espaço de cidadania.

Rogério Gesta²³ esclarece que o novo conceito de cidadania constitui um espaço de participação pública efetivo, tendo alterado o seu significado de participação política enquanto direito fundamental, deslocando-se para uma concepção mais inclusiva de formação discursiva da vontade coletiva que não se restringe mais a um campo político estritamente definido pelos locus oficiais de poder.

Infere-se, pois que o caráter dirigente e compromissário da Constituição consubstancia o fundamento constitucional do político, a traçar as condições para a mudança da Sociedade pelo direito.

CONCLUSÃO

Na terceira fase em que o giro lingüístico vai se operar como modelo de pensamento a verdade é assumida como uma concepção de linguagem a refletir a experiência construtiva de mundo; e, ao se enxergar a linguagem como prática

23 LEAL, Rogério Gesta. O Estado –Juiz na Democracia Contemporânea: Uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007.

social, também a produção de qualquer sentido o será.

A verdade e o direito sempre caminharam juntos desde de a antiguidade e, é, na pós-modernidade, imersa a essa ambiência social díspar e carente de realização de direitos que a discussão sobre a metodologia representada pela tríplice perspectiva de como se interpreta, como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas constitucionalmente adequadas, vai assumir especial relevo.

Nesse cenário, em que avulta a importância e a razão de ser do neoconstitucionalismo, torna-se cristalino o sentido a partir do qual deve ser compreendido o marco trazido pela Constituição de 1988 que remarca um novo momento político e jurídico, fundado na democracia e no Estado de Direito, esse novo modelo de Estado é determinante, pois descortina o novo papel a ser desempenhado pelo direito, precisamente, no que toca ao modo deste obter sua plena funcionalidade, com conseqüências condicionantes do modo como deve operar os profissionais do direito.

O Direito passa a desempenhar um novo papel, no Estado Democrático de Direito, em que a ruptura com o direito meramente regulador deve ser identificada como uma conseqüência inexorável para que possamos ingressar no modelo do direito promovedor e transformador.

Inferese, pois que essa perspectiva de um modelo de direito de promoção e transformação social se relaciona a um caráter hermenêutico do direito, representado por uma exigência maior no desenvolvimento da função da jurisdição constitucional que vai desaguar no embate entre substancialistas e procedimentalistas.

A eleição por uma das duas opções paradigmáticas vai se assentar na possibilidade de fundamentar/justificar discursos ou compreendê-los fenomenologicamente, o que significa conceber a verdade como possibilidades de respostas conteudísticas ou encará-la como a obtenção de um consenso traduzível na possibilidade de respostas procedimentais.

Nessa perspectiva, ao invés da verdade resultar de uma idealização necessária, posto que obtida através de consensos sociais prévios, na linha de argumentação, preconizada por Lênio Streck, ao valer-se dos marcos filosóficos engendrados por Heidegger e Gadamer, a verdade passa a ser estruturada por uma faceta conteudística, que aponta o processo hermenêutico para uma função nova pressupondo descobrir no próprio ser humano a idéia de compreensão. Nasce a partir daí a ontologia fundamental, como filosofia hermenêutica, verdadeira analítica existencial, em que na busca das bases de um processo compreensivo, nós já sempre anteciparíamos nossos discursos pela pré-compreensão.

De acordo com a reflexão crítica desenvolvida por Lênio, a opção paradigmática que reconhece a verdade como respostas conteudísticas, além de se mostrar alinhada a nova teoria constitucional instituída a partir do novo cenário marcado pelo neoconstitucionalismo, também se mantém reforçada, na medida em que, potencializa a busca pela concretização dos direitos fundamentais-so-

ciais, o que em última análise, demonstra o prestígio à República do Brasil, como Estado Democrático de Direito em que a aposta na política constitucional de promover o Estado do bem estar social, mais do que simples utopia, ainda requer efetiva implementação.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília, Polis, 1991.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Vozes; São Paulo, Editora Universitária São Francisco, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Teorias de la verdad** (1972). In: Teoria de la acción Comunicativa: Complementos y Estudios Previos. Madrid: Ediciones Cátedra, 1997.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado—Juiz na Democracia Contemporânea: Uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007.

MARÍAS, Julián. **Historia da Filosofia**. Prólogo de Xavier Zubiri; epílogo de José Ortega y Gasset; tradução Cláudia Berliner; revisão técnica Franklin Leopoldo e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Landy editora, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da Filtragem Constitucional no momento do Neoconstitucionalismo**. Revista Eletrônica de Direito o Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na internet: < <http://www.direitodoestado.com.br> >

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto- decido conforme minha consciência.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** 2 ed. Lumen juris, Rio de Janeiro, 2008.

Data de Submissão: 01/05/2016

Data de Aprovação: 06/05/2016