

# É POSSÍVEL A CONSTRUÇÃO DE UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL EMANCIPADORA NA PÓS-MODERNIDADE?

*Paulo Magalhães da Costa Coelho*

Juiz da 3ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC-São Paulo.

Professor de Direito Administrativo da FACAMP - Faculdades de Campinas .

Professor do Curso Ductor - Centro de Estudos Jurídicos de Campinas.

Professor de Filosofia do Direito do Curso de Pós-Graduação em

Direito Constitucional da Instituição Toledo de Ensino.

Palavras-chave: Pós-modernidade, razão, concretização axiológica, hermenêutica jurídica, dessacralização da norma, interdisciplinaridade.

A pós-modernidade – a sociedade tecnológica e pós-industrial de nossos dias, que sucede à “modernidade”, vista por Hegel como o fim da história pela objetivação do “Espírito absoluto” em decorrência do processo evolutivo da razão – caracteriza-se por ser uma sociedade de informação, de informações banalizadas e superficiais. Pós-modernidade na qual se anunciou, ainda uma vez, o fim da história, a morte das ideologias e das utopias igualitárias.

O consumo, nas sociedades tecnológicas pós-industriais do Primeiro Mundo, substituiu a Deus, a Marx, às idéias de liberdade e igualdade.

Para Luis Roberto Barroso,

*O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a Pré-Modernidade (ou Estado Liberal), a Modernidade (ou Estado Social) e a Pós-Modernidade (ou*

*Estado Neoliberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à Pós-Modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto -, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegando ao Terceiro Milênio atrasados e com pressa.<sup>1</sup>*

Para alguns, a sociedade pós-moderna é a sociedade sem classes, a sociedade das massas.

Se, de um lado, assiste-se ao surgimento do Estado neoliberal, avesso às intervenções, que se sacraliza, ainda uma vez, o mercado, nem por isso se tornam menos aguda as aflições humanas. Antes ao contrário, se desagregam países, sociedades, coletividades e individualidades imersas numa crise sem precedentes.

A razão iluminista, inspirada no *logos* grego está em questão. Também o Estado fruto dessa razão iluminista não consegue atingir seus fins.

O Estado do bem-estar social implementado nos países do primeiro mundo vê-se inviabilizado na periferia. Desmoronou também a utopia dos regimes socialistas do Leste Europeu.

Uniu-se à fragmentação cotidiana o desespero.

Estamos órfãos da história, das ideologias e das utopias, segundo os arautos do Estado neoliberal.

Mas ao contrário do que sustentam aqueles que vêem o fim da história, a sociedade sem classes, o fim das ideologias, a pós-modernidade não se expressa para além da história humana.

Se a razão iluminista está em crise e o materialismo histórico não pode ser considerado o único instrumento de análise da pós-modernidade, nem por isso pode ser desprezado como método para a compreensão das sociedades capitalistas pós-modernas.

Como pondera Luis Roberto Barroso,

*Sem enveredar por um debate filosófico feito de sutilezas e complexidades, a verdade é que a crença iluminista no poder quase absoluto da razão tem sido intensamente revisitada e terá sofrido pelo menos dois grandes abalos. O primeiro, ainda no século XIX, provocado por Marx; e o segundo, já no século XX, causado por Freud. Marx, no desenvolvimento do conceito essencial à sua teoria – o materialismo histórico - assentou que as cren-*

<sup>1</sup> Luis Roberto Barroso, “Fundamentos Teóricos e Filosóficos no Direito Constitucional Brasileiro” in *Estudo de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*, p. 26.

*ças religiosas, filosóficas, políticas e morais dependiam do trabalho, na forma como estas se constituem em cada fase da história econômica. Vale dizer: a razão não é fruto de um exercício da liberdade de ser, pensar e criar, mas prisioneira da ideologia, um conjunto de valores introjetados e imperceptíveis que condicionam o pensamento, independentemente da vontade.*

*O segundo abalo veio com Freud. Em passagem clássica, ele identifica três momentos nos quais o Homem teria sofrido duros golpes na percepção de si mesmo e do mundo à sua volta, todos desferidos pela mão da Ciência. Inicialmente com Copérnico e a revelação de que a Terra não era o centro do Universo, mas um minúsculo fragmento de um sistema cósmico de vastidão inimaginável. O segundo com Darwin, que, através da pesquisa biológica, destrói o suposto lugar privilegiado que o Homem ocuparia no âmbito da Criação e provou sua incontestável natureza animal. O último desses golpes – que é o que aqui se deseja enfatizar – veio com o próprio Freud: a descoberta de que o Homem não é senhor absoluto sequer da própria vontade, de seus desejos, de seus instintos. O que ele fala e cala, o que pensa, sente e deseja, é fruto de um poder invisível que controla o seu psiquismo: o inconsciente.*

*É possível, aqui, enunciar uma conclusão parcial: os processos políticos, sociais e psíquicos movem-se por caminhos muitas vezes ocultos e imperceptíveis racionalmente. Os estudos de ambos os pensadores acima – sem embargo de amplamente questionados ao longo e, especialmente, ao final do século X – operaram uma mudança profunda na compreensão do mundo. Admita-se, assim, que a razão divida o palco da existência humana pelo menos com esses dois outros (f)atores: a ideologia e o inconsciente.<sup>2</sup>*

Embora questionada racionalmente, a razão conserva, ainda, dois fundamentos apontados por Luis Roberto Barroso,<sup>3</sup> a saber, o ideal de conhecimento e o potencial de transformação.

A crise da razão iluminista é também a crise do positivismo, seus principais postulados – a ciência como verdadeiro conhecimento, descritiva, fundada na separação entre sujeito e objeto e imune a preconceitos metafísicos e à universalidade do método - revelaram-se absolutamente insuficientes.

2 Luis Roberto Barroso, “Fundamentos Teóricos e Filosóficos no Direito Constitucional Brasileiro” in *Estudo de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*, p. 27-28.

3 *Ibidem*, p. 28.

No plano da ciência jurídica, o positivismo postulava uma “ciência pura”, baseada na norma, no interior de um sistema lógico-dedutivo, depurado de quaisquer outras preocupações.

Operou-se, destarte, o desprezo pelo ideal de justiça em favor da segurança jurídica.

Essa postura metodológica que vicejou e, ainda hoje, prepondera na prática dos juristas, levou a conseqüências trágicas para a humanidade, como se viu ao demonstrar-se que todos os crimes do nazismo foram produzidos no interior da legalidade então vigente.

Também o jusnaturalismo não foi capaz de dar respostas aos dramas humanos na história.

Nascido e fundado na razão, como crítica à visão do mundo medieval, o jusnaturalismo, que pregava a existência de direitos supralegais e independentes do Estado e a serem exercidos até mesmo em face dele, teve papel fundamentalmente progressista.

A proposta fundamental do jusnaturalismo – a de que o homem possui direitos suprapositivos -, que se impõe até mesmo como limitação aos poderes do Estado -, conquanto a-histórica, constituiu-se em fundamental alicerce filosófico das revoluções liberais burguesas e das conquistas das garantias jurídico-políticas, absolutamente essenciais em qualquer regime político.

Mas, consolidado o ideário político da burguesia, a dimensão progressista do jusnaturalismo viu-se traída.

Cuidava-se, agora, de consolidar esse ideário, fazer crer que era ele da humanidade e não apenas de uma classe social, de deter a força motriz da história.

O triunfo do jusnaturalismo é, também, dialeticamente o seu ocaso, a sua superação, como anota Luis Roberto Barroso:

*O Positivismo Filosófico foi fruto de uma idealização do conhecimento científico, uma crença romântica e onipotente de que os múltiplos domínios da indagação e da atividade intelectual pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana. O Homem chegará à sua maioridade racional e tudo passará a ser Ciência: o único conhecimento válido, a única Moral, até mesmo a única Religião. O Universo, conforme divulgado por Galileu, teria uma linguagem matemática, integrando-se a um sistema de leis a serem descobertas, e os métodos válidos nas Ciências da Natureza deveriam ser estendidos às Ciências Sociais. As teses fundamentais do Positivismo Filosófico, em síntese simplificadoras, podem ser assim expressas:*

*1.a Ciência é o único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insuscetíveis de demonstração; a Ciência é o único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insuscetíveis de demonstração; o conhecimento científico é objetivo: funda-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que seja preservado de opiniões, preferências ou preconceitos;*

*o método científico empregado nas Ciências Naturais, baseado na observação e na experimentação, deve ser estendido a todos os campos do conhecimento, inclusive às Ciências Sociais.*

*O Positivismo Jurídico foi a importação do Positivismo Filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de se criar uma Ciência Jurídica, com características análogas às Ciências Exatas e Naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável, e não na especulação filosófica, apartou o Direito da Moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A Ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.*

*O Positivismo comportou algumas variações e teve seu ponto culminante no Normativismo de Hans Kelsen. Correndo o risco das simplificações redutoras, é possível apontar algumas características essenciais do Positivismo Jurídico:*

*a aproximação quase plena entre Direito e norma;*

*a afirmação da estabilidade do Direito – a ordem jurídica é uma e emana do Estado;*

*a completude do ordenamento, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas;*

*o formalismo – a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do Formalismo Alemão.*

*O Positivismo tornou-se, nas primeiras décadas do século XX, a filosofia dos juristas. A teoria jurídica empenhava-se no desen-*

*volvimento de idéias e de conceitos dogmáticos, em busca da cientificidade anunciada. O Direito reduzia-se ao conjunto de normas em vigor, considerava-se um sistema perfeito e, como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência. Com o tempo o Positivismo sujeitou-se à crítica crescente e severa, vinda de diversas procedências, até sofrer dramática derrota histórica. A troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à Humanidade.*

*Conceitualmente, jamais foi possível a transposição totalmente satisfatória dos métodos das Ciências Naturais para a área de humanidades. O Direito, ao contrário de outros domínios, não tem nem pode ter uma postura puramente descritiva da realidade, voltada para relatar o que existe. Cabe-lhe prescrever um dever-ser e fazê-lo valer nas situações concretas. O Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a. Ele não é um dado, mas uma criação. A relação entre o sujeito do conhecimento e seu objeto de estudo – isto é, entre o intérprete, a norma e a realidade – é tensa e intensa. O ideal positivista de objetividade e neutralidade é insuscetível de se realizar.*

*O Positivismo pretendeu ser uma teoria do Direito no qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas resultou sendo uma ideologia, movida por juízos de valor, por se ter tornado não apenas um modo de entender o Direito, como também de querer o Direito. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do Positivismo Jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.*

*Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do Positivismo é emblematicamente associada à derrota do Fascismo na Itália e do Nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da II Guerra Mundial a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura mera-*

*mente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.*

*A superação histórica do Jusnaturalismo e o fracasso político do Positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O Pós-Positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada Nova Hermenêutica e a Teoria dos Direitos Fundamentais.*

*O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no Positivismo Jurídico. A aproximação quase-absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da Ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da Humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao Jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos e metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o Pós-Positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia uma trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade.*

*O Constitucionalismo Moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre Ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da Filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.<sup>4</sup>*

Se a modernidade não foi a redenção da razão, tampouco a pós-modernidade o é. Novos desafios humanísticos se colocam em pauta.

A pós-modernidade pode satisfazer a muitos, mas não consegue dar ou preservar a dignidade da pessoa humana.

Bem por isso, anota Carlos Roberto Siqueira Castro:

*Esses novos direitos supralegais, em razão do papel integrador da ordem jurídica desempenhado pela Constituição, passaram*

4 Luis Roberto Barroso, "Fundamentos Teóricos e Filosóficos no Direito Constitucional Brasileiro" in *Estudo de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*, p. 40-44.

*a exercer uma espécie de liderança axiológica em face dos microssistemas normativos associados a comandos constitucionais, a exemplo dos regimes jurídicos aplicáveis à propriedade, à proteção do consumidor, à tutela da infância e da adolescência, à nova configuração da família calcada na igualdade entre os cônjuges e na proteção constitucional da chamada união estável, à salvaguarda do meio ambiente, ao resguardo da imagem e da intimidade individual, dentre outros mais que serão objeto de nossa apreciação nos capítulos que seguem. Essa transformação estrutural do direito civil em direito civil constitucionalizado, de certo modo acompanhou a carreira das competências estatais que se foram ampliando na trajetória evolutiva do Estado liberal ao Estado social.<sup>5</sup>*

O constitucionalismo minimalista de inspiração burguesa liberal, conquanto tenha sido um projeto largamente vitorioso, notadamente na implementação das garantias jurídico-políticas, é absolutamente insuficiente para a encruzilhada histórica da pós-modernidade.

Não basta a garantia procedimental, é preciso que se implemente de maneira concreta os direitos fundamentais que são a expressão da dignidade da pessoa humana.

O constitucionalismo pós-moderno, portanto, tem o compromisso com a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, que envolve as dimensões espiritual, cultural, política e material da vida do homem.

Ou como pondera Gisele Citadino, citada por Carlos Roberto Siqueira Castro:

*“O constitucionalismo societário e comunitário, de fala Carlos Roberto Siqueira Castro, toma a Constituição como uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores. Há, portanto, uma conexão de sentido entre os valores compartilhados por uma determinada comunidade política e a ordenação jurídica fundamental e suprema representada pela Constituição, cujo sentido jurídico, conseqüentemente, só pode ser apreciado em relação à totalidade da vida coletiva... Ao sistema fechado de garantias da autonomia privada, se opõe a idéia de constituição aberta, que enfatiza os valores do ambiente sociocultural da comunidade. As constituições dos Estados democráticos, pela via da abertura constitucional, se abrem a outros conteúdos, tanto normativos*

<sup>5</sup> Carlos Roberto Siqueira Castro, *A Constituição aberta e os direitos fundamentais* – p. 16-17.

*(direito comunitário) como extranormativos (usos e costumes) e metanormativos (valores e postulados morais). O constitucionalismo comunitário, calcado no binômio dignidade humana-solidariedade social, ultrapassa, segundo seus representantes, a concepção de direitos subjetivos, para dar lugar às liberdades positivas. Uma visão comunitária da liberdade positiva limita e condiciona em prol do coletivo a esfera da autonomia individual... Desta forma, enquanto fatores constitucionais, o sistema de direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que se constitui em núcleo básico de todo o ordenamento constitucional, também funciona como critério de interpretação.*<sup>6</sup>

Aquele conceito de Constituição material que implica a idéia reducionista da estrutura do Estado e de garantias jurídico-políticas está definitivamente em questão.

Viu-se, na pós-modernidade, o modelo teórico da abertura constitucional e de sua mutação pela agregação de valores caros aos homens, num fenômeno de construção jurisprudencial da Constituição.

Mas, se este é o modelo teórico da Constituição aberta do constitucionalismo pós-moderno, verifica-se um absoluto descompasso, uma distância abismal entre essa teoria e a realidade, notadamente nos países periféricos do Terceiro Mundo.

Esse é o grande desafio do constitucionalismo pós-moderno, anotado por Carlos Roberto Siqueira Castro:

*Com o alargamento da positivação constitucional das aspirações humanas em termos de mais liberdade e de mais igualdade, o grande desafio dos ordenamentos nacionais passou a ser o da efetividade das normas constitucionais, ou seja, a superação da distância a mediar o Direito da Constituição e a realidade que vigora à sombra da Constituição, vale dizer, entre o 'sein' e o 'solen' constitucional. Tal se aplica com especial relevo às nações com paisagem social típica de terceiro mundo (concentração de renda, bolsões de miséria, analfabetismo, subnutrição, desleixo ambiental, dependência econômica e tecnológica, deficiência dos serviços públicos etc.), mas que, com justificada magnanimidade, incorporam em suas leis supremas o catálogo ampliado de direitos humanos segundo a tendência contemporânea, conforme exemplifica o caso brasileiro. Esse desafio, con-*

6 Carlos Roberto Siqueira Castro, *A Constituição aberta e os direitos fundamentais* – p. 21-22.

*soante já pudemos observar, retrata a luta sem tréguas entre os valores da liberdade e os valores da igualdade, que constitui, na feliz expressão de Legaz Y Lacambra, a essência do drama político de nossos dias.<sup>7</sup>*

É a definitiva jurisdicalização da política percebida por Claude Lefort:

*L'état de droit a toujours implique la possibilite d'une opposition au pouvoir; fondée sur le droit – opposition qu'ont illustrée les resmontrances au roi ou le refus d'obtempérer à l'impôt dans des circonstances injustificables, voire le recours à l'insurrection contre un gouvernement illégitime. Mais l'État démocratique excède les limites traditionnellement assignées à l'État de droit. Il fait l'épreuve de droits qui ne lui sont pas déjà incorporés, il est le théâtre d'une contestation, dont l'objet ne se réduit pas à la conservation d'un pacte tacitement établi, mais qui se forme depuis des foyers que le pouvoir ne peut entièrement maîtriser. De la légitimation de la grève ou des syndicats, au droit relatif au travail ou à la sécurité sociale s'est ainsi développée sur la base des droits de l'homme toute une histoire qui transgressait les frontières dans lesquelles l'État prétendait se définir, une histoire qui reste ouverte.<sup>8</sup>*

Rompem-se, assim, as amarras do constitucionalismo liberal que estabeleceu a dicotomia do direito e do justo, do jurídico e da moral filosófica, agora reconciliada nas constituições axiológicas.

É o que se vê em Canaris:

*Longe de ser uma aberração, como pretendem os críticos do pensamento sistemático, a idéia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do*

7 Carlos Roberto Siqueira Castro, *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*, p. 36-37.

8 *L'invention démocratique*, p. 69 – tradução livre do autor: O Estado de Direito sempre implicou uma possibilidade de oposição ao poder, fundada sobre o direito-oposição ilustrada pelas advertências ao rei ou a recusa obtemperou ao imposto nas circunstâncias injustificáveis, e até mesmo o recurso à insurreição contra um governo ilegítimo. Mas o Estado Democrático excede os limites tradicionalmente destinados ao Estado de Direito. Ele faz prova dos direitos que não lhe foram ainda incorporados, ele é o teatro de uma contestação cujo objeto não se reduz à conservação de um pacto tacitamente estabelecido, mas que se forma a partir dos fatos que o poder não pode inteiramente dominar. Desde a legitimação da greve ou dos sindicatos, ao direito relativo ao trabalho ou a segurança social, desenvolvem-se sobre as bases dos direitos do homem, toda uma história que transgredia as fronteiras nas quais o Estado pretendia definir-se, uma história que ainda está aberta.

*princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização... assim, o pensamento sistemático radica, de facto, imediatamente, na idéia do Direito (como conjunto dos valores jurídicos mais elevados)... o papel do conceito de sistemas é o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica.<sup>9</sup>*

Abrem-se, portanto, inúmeras possibilidades para a concretização dos valores superiores do homem: a liberdade, a igualdade e a justiça.

Os princípios assomam o coração das Constituições e o ato de interpretar não é mais uma operação lógico-dedutiva, mas sim o que se abre para a realidade, para a vida humana histórica e concreta, ou como adverte Karl Larenz:

*O que o jurista frequentemente designa, de modo logicamente inadequado, como subsunção, revela-se em grande parte como apreciação com base em experiências sociais ou numa pauta valorativa carecida de preenchimento, como coordenação a um tipo ou como interpretação da conduta humana, particularmente do sentido juridicamente determinante das declarações de vontade. A parte da subsunção lógica na aplicação da lei é muito menor do que a metodologia tradicional supôs e a maioria dos juristas crê. É impossível repartir a multiplicidade dos processos da vida significativos sob pontos de vista de valoração jurídicos num sistema tão minuciosamente pensado de compartimentos estanques e imutáveis, por forma a que bastasse destacá-los para os encontrar um a um em cada um desses compartimentos. Isto é impossível, por um lado, porque os fenómenos não apresentam fronteiras tão rígidas como as exige o sistema conceptual, mas formas de transição, formas mistas e variantes numa feição sempre nova. É impossível ainda, porque a vida produz constantemente novas configurações, que não estão previstas num sistema acabado... o quadro do sistema conceptual-abstracto só conhece uma supra e infra-ordenação de conceitos, mas não o jogo concertado dos princípios. Mais uma vez, temos de referir aqui a incapacidade do pensamento conceptual-abstracto para conceber formas intermediárias e figuras híbridas.<sup>10</sup>*

9 Claus Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 22-23.

10 Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, p. 645 e 650.

É essa a questão pós-modernidade, o desafio não vencido pela razão iluminista da modernidade: proceder ao giro do eixo metodológico de sistema abstrato-conceitual para o sistema de concretização axiológica da Constituição, como adverte Larenz:

*... até agora só se realizaram em esboço na ciência do Direito as possibilidades, a que aqui se aludiu, de formação de um sistema que não se serve, ou não se serve exclusivamente, do conceito 'abstracto' e do procedimento lógico, a ele associado, de abstracção ou da subsunção, mas de outros modos de pensamento. Muitos juristas continuam a identificar a idéia de sistema com o sistema conceptual-abstracto. Ainda hoje, poucos juristas, mesmo aqueles que são defensores de uma Jurisprudência de valoração, são capazes de libertar-se do fascínio exercido pelo sistema conceptual-abstracto; deslumbrados pelo conceito cientificista de ciência, recearam abandonar, conjuntamente com o sistema conceptual-abstracto, a pretensão de cientificidade da Jurisprudência: descuram assim o fato de que a ciência do Direito, que pertence às ciências 'compreensivas' em sentido estrito, só pode justificar a sua pretensão mediante o desenvolvimento de modos de pensamento adequados ao seu objeto e hermeneuticamente garantidos, e não mediante o intento inútil de uma acomodação aos métodos das ciências 'exatas'... Só nas duas últimas década se começou a utilizar na Jurisprudência, ao lado e no lugar de conceitos abstractos, outras formas de pensamento, como o tipo, a idéia diretiva, o princípio que precisa de ser concretizado e o conceito determinado pela função. Dessas outras formas de pensamento surgiram indicações para a formação de um sistema de outra espécie – o sistema interno (sistema móvel).<sup>11</sup>*

Não se cuida, à evidência, de tarefa simples, isenta de risco.

A construção de uma hermenêutica jurídica emancipadora pressupõe um diálogo entre uma "práxis" e uma teoria, a se dar no devir histórico, no contexto da realidade brasileira de modo a ser pluralista e crítica.

O primeiro momento dessa construção deve levar em consideração o caráter político e não técnico do direito e a falsidade do conceito de neutralidade axiológica de seus atores.

Outro fator a ser considerado para essa construção da hermenêutica jurídica crítica é a superação de uma razão instrumental por uma razão comutativa,

11 Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, p. 623 e 624.

como o resgate da “hermência” em oposição à “hermenêutica techne”, construindo uma hermenêutica dialógica.<sup>12</sup> Também é necessária uma visão do direito como instrumento de mudanças sociais, radicalização da democracia e valorização dos diversos atores sociais no processo.

Assim, sem medo da tese de que não há nas ciências humanas verdades absolutas, mas verdades aproximativas em processo dialético de superação, como acentua Adam Schalf, citado por Roberto Lyra Filho:

*ninguém teve jamais ao seu dispor a verdade total e todos nós dispomos apenas de teorias que não escapam ao estado de hipóteses, pois devem ser constantemente verificadas e modificadas. O diferente reduz-se apenas à questão do saber quem possui a verdade mais completa. Mas, embora persuadidos de que a nossa detém esse privilégio, o que é natural, não devemos admitir que as teorias concorrentes são inteiramente desprovidas do valor da verdade, dado que, teoricamente, até uma teoria oposta à nossa a pode possuir e esta questão deve ser sempre concretamente estudada e resolvida. É assim que a reflexão sobre o caráter relativo da verdade de que dispomos engendra a necessidade de tolerância e até a de nos instruirmos junto do concorrente, o que de nenhum modo significa que renunciemos a combater as suas opiniões.*<sup>13</sup>

A esse momento primeiro devem se agregar, necessariamente, para a construção de uma hermenêutica constitucional emancipadora:

1. a dessacralização da norma como verificação do direito e como única possibilidade de uma epistemologia jurídica.

*Desmitificar não prescinde, também, da desmitificação, posto que a teoria tradicional assumiu a tarefa de, ao ver na lei um mito, oferecer espaço ao apego místico dessa pelo intérprete que, assim, se despersonaliza e entra em um verdadeiro transe de comunhão espiritual com o legislador, a ponto de que não se saiba, ao cabo da interpretação, quem é um e quem é o outro, dando a aparência de que a lei é quem, de fato, existe, ante a total secundariedade dos outros, e que, portanto, vale como uma entidade supranatural, sem que se deva cogitar de suas causas e de seus efeitos sociais.*<sup>14</sup>

12 Murillo Dinis do Nascimento, “Elementos para uma hermenêutica jurídica popular” in “Uso alternativo do Direito”, – p. 44.

13 Roberto Lyra Filho, “Por que estudar Direito hoje” in *O Direito achado na rua*, p. 30.

14 Pedro Moacyr Pérez da Silveira, “Por uma filosofia jurídica do homem para o direito do homem” – in *Revista do Direito Alternativo* n° 2.

2. a interdisciplinaridade na formação dos atores jurídicos e fundantes do conhecimento jurídico.

A comunicação com outros ramos do saber é absolutamente essencial para uma real compreensão do fenômeno jurídico. Comunicação esta que foi cortada pelo viés do positivismo jurídico, preocupado tão-somente com a validade lógica das normas, com os resultados conhecidos.

Como observa Carlos Roberto Siqueira Castro,

*De fato, a ênfase emprestada nas últimas décadas à problemática dos direitos fundamentais do homem, faz com que a legitimidade às ordens jurídicas nacionais seja medida pelo grau de respeito e de implementação do respectivos sistemas protetores dos direitos humanos, radicados essencialmente na premissa maior da dignidade. Compreenda-se que a nota multicultural da pós-modernidade, sob o influxo de seus baluartes nos vários setores da criação humana (como Toynbee, na história, Jencks, na arquitetura, Geblen, Freyer e Daniel Bell, na sociologia política, Michel Foucault, Gilles Deleuze, Jean Baudrillard, Jacques Derrida, Jean Rancière Lyotard, Michel Serres, Gianni Vattimo, Welsch e Boaventura de Souza Santos na filosofia e na cultura contemporânea), contaminou o direito constitucional nos grandes centros do pensamento jurídico. Sua influência se faz sentir não apenas no variado repertório dos assuntos dispostos nas recentes constituições, mas também na revisão do currículo e das categorias tradicionalmente versadas em nossa disciplina. Todos eles remontam em grande parte ao calendário liberal, cujo método de exposição didática foi apropriado pela discussão do positivismo jurídico. Todavia, nos dias atuais já não se pode mais prescindir da interdisciplinaridade dentro e fora da ciência social do direito, sem o que não se alcançará a compreensão global e crítica do papel da constituição e dos tremendos desafios para a efetividade de suas normas e princípios. Tal é tanto mais indispensável nos ambientes de terceiro mundo, marcados pela dependência econômica e tecnológica e por condições de vida inconciliáveis com os padrões de dignidade existencial informadores do sistema planetário de direitos humanos. Vive-se hoje um estado de crise existencial generalizada e complexa, onde grassa, por exemplo, como destaque das angústias humanas, a perplexidade das multidões em face da erosão do equilíbrio ambiental que condiciona as possibilidades da existência, cujo controle já não mais repousa na simples corre-*

*ção de vícios do próprio sistema político-econômico-industrial, eis que se assenta em fatores causais externos e internacionalizados, já não mais de todo manejáveis por soluções endógenas do conjunto de competências tradicionalmente exercidas pelas instâncias do governo civil.<sup>15</sup>*

3. a conscientização de que o direito se dirige ao homem concreto e histórico e não um ser abstrato.

É absolutamente impressionante notar-se que uma ciência que pretende regular a vida social e os conflitos e que, portanto, mais do que qualquer outra, necessita referir-se à concretude das relações sociais, se aliene em puras abstrações.

A lógica, conquanto necessária às formulações jurídicas, não deve afastar os demais agentes que se apresentam no fenômeno jurídico. Vale dizer, na solução dos conflitos intersubjetivos e sociais há de se levar em conta os atores sociais concretos, a demanda por justiça, por igualdade, por dignidade humana. Entender, por fim, que o homem não existe como “sujeito de direito” abstrato, mas que só se humaniza no processo intrincado das relações sociais:

*A tomada de consciência de alguns operadores jurídicos tem significado exatamente a percepção de que somos, sim, personagens da História, mas não na condição de sermos homens-personagens nas mãos afoitas de quem nos ‘criou’. Estamos fora das normas e dos manuais de ensinamentos jurídicos: eles é que estão dentro de nós, que os criamos.<sup>16</sup>*

4. a tomada de consciência das causas dos conflitos sociais.

Segundo a visão da hermenêutica conservadora, o fato social surge apenas como um aspecto secundário, uma premissa menor, que possibilitará o raciocínio dedutivo. Assim, a noção sobre o caráter social e de classe de certos conflitos de interesses são camuflados numa mera abstração de tensão intersubjetiva entre sujeitos de direitos abstratos e iguais.

Ademais, como adverte Pedro Moacyr Pérez da Silveira:

*É importante salientar que o técnico do Direito modula sua visão de mundo dentro do mundo técnico do Direito, e os fatos passam a ser-lhe aqueles que a norma concebe. A falta de interligação de norma com a realidade dos fatos que prevê leva*

15 Carlos Roberto Siqueira Castro, *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*, p. 23-24.

16 Pedro Moacyr Pérez da Silveira, “*Por uma filosofia jurídica do homem para o direito do homem*”, p. 106-107.

*alguns operadores (ainda a imensa maioria) a terem os próprios sentimentos moldados pela extensão que os textos lhe permite, ficando alheios ao verdadeiro pulsar dos conflitos. A dinâmica social é vista como lícita ou como ilícita e sempre a partir do que a norma jurídica diz a respeito dos fatos ocorrentes no seio dessa mesma dinâmica. O universo técnico do Direito se presta, assim, corroborado por sua teoria conservadora, a alienar aqueles que com ele lidam, quer a nível profissional, quer a qualquer título, uma vez que alcançados pelo poder da disseminação da idéia de que as leis já trazem os fatos dentro de si e que esses, quando ocorrem, se passam dentro de uma ambiência que gera uma irreversível conduta de dever-ser.<sup>17</sup>*

Em arremate, alterar o eixo metodológico da ciência jurídica e da hermenêutica constitucional é tarefa complexa que exige esforço, criatividade, crítica e pluralismo. Seu vetor fundamental é o homem concreto, histórico, que se constrói pelo trabalho e pelo conhecimento.

Esse movimento epistemológico que desloca o eixo metodológico da interpretação exclusivamente da norma para a riqueza da realidade em busca da Justiça é, fora de dúvida, um movimento ousado e arriscado.

Mas é preferível ousar, em nome do justo, da igualdade e da dignidade humana, do que se conformar com teorias assépticas, alheias às aflições humanas.

É o que se propõe.

---

17 Pedro Moacyr Pérez da Silveira, “Por uma filosofia jurídica do homem para o direito do homem”, p. 109.