

A CRISE DO POSITIVISMO: O DESLOCAMENTO DAS FRONTEIRAS DO DIREITO E O DISCURSO FILOSÓFICO DA PÓS-MODERNIDADE

Fernanda Barbosa dos Santos*

Leonardo Augusto Marinho Marques**

RESUMO

Objetiva-se buscar subsídios por meio das teorias pós-positivistas e argumentativas (ou nova retórica), para compreender o problema da efetivação dos direitos fundamentais e avaliar, numa perspectiva dogmático-positiva, a necessidade de uma renovada interpretação do Ordenamento Jurídico – devido ao atual contexto social, com permanentes construções de referências – para romper os paradigmas da estrita formalidade. Procura-se demonstrar que a questão da legitimação do poder e da realização do homem na esfera social está presente no discurso filosófico da pós-modernidade, pautado num contexto ético-moral, com reflexos marcantes no constitucionalismo, através de uma nova fase histórica de sobreposição jurídica e relevância política. O artigo chama atenção para a questão da proteção e exigibilidade dos direitos fundamentais, para que não ocorram distinções de qualquer natureza no tratamento dos indivíduos em um país multicultural. Ressalta-se que a falta da eficácia dos direitos fundamentais ocasiona uma excessiva burocratização – causando a morosidade do Poder Judiciário – e um Sistema que sustenta um discurso evasivo pautado em interpretações distorcidas da realidade sob a máscara de garantir a manutenção da ordem social vigente.

PALAVRAS CHAVE: INTERPRETAÇÃO; LEGITIMAÇÃO DO PODER; DISCURSO JURÍDICO.

* Mestranda em Direito pela UNIPAC. Especialista em Direito Público pela Universidade do Grande Rio.

** Mestre e Doutor em Direito pela UFMG, área de concentração em Ciências Penais, Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNIPAC e Professor de Direito Processual Penal da PUC- MG.

ABSTRACT

The objective is to seek grants through theories of post-positivist and new rhetoric, to understand the problem of the effectiveness of the fundamental law and assess from a dogmatic-positivist, the importance of a new model of interpretation of Law, due to the current social context, to break the paradigms of strict formality. Thus, that the issue of the legitimacy of power and demanding of the man in the social sphere is present in the philosophical discourse of post-modernity marked with reflections on constitutionalism in a new historical phase of overlapping legal and political relevance. That the issue of the constitutional principles, not to occur distinctions of any kind in the treatment of individuals in a plural country, in face, the excessive bureaucracy (leading to slow the Judiciary) and a System that sustains a speech incoherent guide with distorted interpretations of the real society under the mask for the guarantee of social order.

KEYWORDS: INTERPRETATION (INTERPRETAÇÃO); LEGITIMACY OF POWER (LEGITIMAÇÃO DO PODER); LEGAL DISCOURSE (DISCURSO JURÍDICO).

INTRODUÇÃO:

O desafio do pensamento jurídico, nos dias atuais, está em reconhecer a insuficiência da segurança jurídica e aproximar o Direito da Moral embasada em uma filosofia pós-metafísica (isto é, não essencialista) e de um contexto político pluralista.

É preciso desmistificar a ilusão da segurança jurídica assumida pelo paradigma positivista, legitimado ideologicamente pela vontade da maioria. Nesta perspectiva legalista, o problema central do Direito contemporâneo é a decidibilidade dos conflitos, enquanto uma ciência prática¹.

Ocorre na “nova” sociedade uma mudança de paradigma, posta pelo pós-positivismo, com o resgate da razão prática, sustentada na argumentação (através do

¹Tércio Sampaio Ferraz Júnior, aponta a questão da decidibilidade dos conflitos, identificada através da dogmática da decisão. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2001).

discurso pragmático/retórico), em uma comunidade dialógica, fundada na verossimilhança, em detrimento da razão teórica, que dá primazia à lógica formal, à certeza e ao método demonstrativo.

Os métodos de interpretação jurídica muito específicos visam a encaminhar a decisão, “domesticando” as normas. Sob este enfoque, sínteses, análises e léxicos filosóficos se ligam à necessidade de compreensão dos textos legais, importante para a aplicação da lei ao caso concreto.

A clareza de um texto é condicionada pelas possibilidades de interpretação que ele apresenta. Mas para que a atenção seja atraída pela existência de interpretações não-equivalentes, é preciso que as conseqüências decorrentes de uma delas difiram, de certo modo, das decorrentes de uma outra, ora, é possível que a divergência vem a ser percebida apenas num contexto particular. A clareza de um texto, ou de uma noção, jamais pode, pois, estar absolutamente assegurada, a não ser convencionalmente, limitando-se voluntariamente o contexto no qual convém interpretá-lo. Portanto, a necessidade de interpretar se apresenta como a regra, e a eliminação de toda interpretação constitui uma situação excepcional e artificial. (CHAÏM, 1996, pág. 142).

Deve-se tratar a questão da linguagem, no discurso jurídico, não como mera ciência de estágios descritivos, mas passar para o estágio explicativo, dando um salto de qualidade à lingüística, para a construção de um discurso coeso e democrático.

A teoria da linguagem busca o entendimento no subjetivismo da vontade do legislador – proposto pela “jurisprudência dos conceitos” na Alemanha ou na Escola de Exegese na França – ou no objetivismo da vontade da lei – proposto pela “jurisprudência dos interesses”.

Neste contexto, ao resolver colisões normativas, tem prescindido do apuro teórico essencial do controle da atuação jurisdicional, caracterizando um “protagonismo judicial”².

Desta forma, a reação ao positivismo jurídico foi responsável pelo surgimento de um fenômeno sócio-jurídico responsável pela evidência do Poder Judiciário, de

²Luiz Werneck Vianna (VIANNA, Luiz Werneck *et alii*: *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999).

responsabilidades do Estado que caberiam aos Poderes Legislativo e Executivo desempenharem³.

Torna-se imprescindível, a elaboração de critérios racionais para a orientação da racionalidade da atuação jurisdicional, através de um esforço metodológico para identificar os meios de se chegar a uma decisão justa (adequada/coerção normativa), realizada por meio da argumentação⁴.

O juiz precisa conjugar sua imparcialidade com uma capacidade técnica; a sua independência e sujeição à lei; o livre convencimento e motivação; além, de compreender a magnitude de sua missão constitucional e assumir a sua condição humana⁵.

1. O SISTEMA NORMATIVO

O Direito é um sistema normativo composto por regras e princípios. Nenhum deles pode ser entendido por si próprio e distante dos outros. Muito ao contrário, para interpretação de qualquer comando, devemos levar em consideração todos os demais comandos prescritos pelo próprio sistema, sob pena de grave subversão do ordenamento jurídico.

Poderíamos vislumbrar sérios problemas que vivenciaríamos após a elaboração da Constituição Federal de 1988, diante às circunstâncias do período histórico autoritário, enfraquecendo um verdadeiro ideal de cunho democrático.

Atualmente, para sanar a disparidade da realidade, muitas vezes, pautada no

³ Luiz Werneck Vianna (VIANNA, Luiz Werneck *et alii*: *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999).

⁴ Perelman explica que ao elaborar os critérios racionais para se chegar a uma decisão justa, é imprescindível que o juiz de usar a imparcialidade, mas que como sua função trata de deixar as decisões de justiça aceitáveis, o recurso às técnicas argumentativas torna-se indispensável", e "Na medida em que o funcionamento da justiça deixa de ser puramente formalista e visa à adesão das partes e da opinião pública, não basta indicar que a decisão é tomada sob a proteção da autoridade de um dispositivo legal, é necessário demonstrar ainda que é equitativa, oportuna, socialmente útil. Com isso a autoridade e o poder do juiz ficam acrescidos, e é normal que justifique com uma argumentação apropriada o modo como os usa. (PERELMAN, Chain: *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 185 e 216, respectivamente).

⁵ Contrário ao positivismo, o jurista contemporâneo preocupa-se, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso em suas determinações, orientado para uma ordem finalística, que protege a todos indistintamente. Desta posição coaduna Tércio Sampaio Ferraz Júnior, expondo que o jurista além de sistematizador passa a ser intérprete de complexidades, cumprindo funções típicas de uma tecnologia com o fim a decidibilidade dos conflitos. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3ed. São Paulo: Atlas, 2001).

positivismo burocrático, a visão individualista das garantias constitucionais vem perdendo força ante a preponderância de uma nova ótica publicista.

Em última instância, busca-se iniciar uma trajetória de sistematização do Direito, levando-se em conta, a idéia de um sistema coeso e harmônico. Nessa medida, é evidente o destaque conferido à Constituição da diretriz imperativa de todo o sistema normativo como função principal de dar referibilidade e concretude a toda ordem jurídica.

Entende-se por 'sistema' um conjunto de entes entre os quais existe uma ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si próprios.

Desta forma, de nada adiantaria enfatizar uma interpretação literal de princípios ou normas encontradas, se dessa prática, obtivéssemos um resultado incoerente com o próprio sistema que atua em determinada comunidade.

Claro que, caso o Direito fosse como um enorme conjunto de normas sem nenhuma relação entre si, nós teríamos uma enorme insegurança jurídica. Dessa forma, para garantir a unidade do sistema é necessário a relação das normas e, fazer uso da interpretação dos princípios constitucionais, conjuntamente, com o fim do ordenamento, no qual, se inserem, através de uma ponderação de valores, harmonizando-os com o sistema vigente.

2. A UNIDADE DA HERMENÊUTICA E A LINGUAGEM NO DIREITO

Nossa Constituição Federal de 1988 adotou em seu capítulo primeiro, que seríamos regidos por um modelo de ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, onde o Direito deve ser entendido como um instrumento de transformação social⁶, isto é, democracia participativa, em que há liberdade concreta e nitidamente estabelecida.

Para aferir o sentido da lei, é preciso analisar-se o papel do intérprete como agente de mediação entre o texto e o contexto, no qual está inserido. Não se pode entender a

⁶A Constituição tem o papel de regulamentação, como a garantidora das relações democráticas entre o Estado e a Sociedade.

interpretação como uma atividade puramente cognoscitiva, pois, não existe um significado próprio das palavras.

A interpretação não causaria abalo algum à segurança jurídica, conforme muitos possuem receio de que possam ocorrer certos malabarismos e silogismos de interpretação ou, até mesmo, de fazer a lei dizer o contrário do que ela expressa.

A moderna teoria dos valores identificada pelo princípio da proporcionalidade, através da ponderação de valores entre os princípios. Busca-se um caráter específico que possa revestir a interpretação constitucional e a legitimidade do poder para as novas construções sistemáticas.

O desafio da hermenêutica jurídica se impõe, porque o processo de assunção dos princípios jurídicos interage com o processo de afirmação dos valores éticos da sociedade plural. A busca do consenso e do entendimento de tais fenômenos é o *telos* de todo pensamento que se assume como racional.

Vivemos em crise constante em todas as esferas de poderes, os intérpretes buscam o resgate dos ideais de justiça, que valorizam nossa Constituição Federal e tentam lhe dar legitimidade, desdobrando-se diante dos vícios do sistema.

A partir das transformações sociais, é inegável o avanço que se permite dar aos direitos fundamentais, através da hermenêutica jurídica. O *ethos* de liberdade crítica é sustentado pelo conhecimento público de que a constituição está aberta para revisão e que a discussão sobre ela é uma importante dimensão da cidadania⁷.

Os intérpretes tendem a desafiar a idéia do conservadorismo e divergem da norma (positivismo jurídico), firmando suas convicções em cima dos direitos fundamentais, buscando promover um diálogo entre todas as complexidades do saber.

A influência da centralidade da linguagem no pensamento jurídico começa a se sentir na obra kelseniana⁸, quando este irá separar a ciência do direito (dogmática jurídica) do direito positivo, mediante o artifício lógico da linguagem objeto e da metalinguagem.

⁷VIEIRA, José Ribas. *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007, página 105.

⁸Kelsen, em sua obra, *Teoria Pura do Direito*, propõe delimitar o direito em relação ao valor da justiça, significando que a avaliação ética das normas jurídicas não é função da ciência jurídica. Sendo, o direito "técnica social" e "organização da força".

Há uma mudança de paradigma da filosofia da consciência, que gera a introspecção, para a filosofia da linguagem, com uma nova racionalidade e o uso da *práxis*, na tentativa de fortalecer o instrumento da razão, combatendo a metafísica (esquecimento do ser).

A influência da teoria da linguagem irá demarcar a lógica, sendo a norma a unidade mínima de sentido do fenômeno jurídico. Importante se faz a abordagem do direito e da linguagem, já que esta é o “*médium universal*” em que se realiza a própria compreensão.

O texto legal, assim, é entendido como o suporte físico e se distingue da norma que é produto da interpretação do enunciado prescritivo, através de uma análise, abordando: o plano sintático, o plano semântico e o plano pragmático⁹.

No aspecto sintático o termo direito é impreciso, pois num contexto há variações de significados. A norma jurídica deve ser analisada em sua estrutura lógico-formal. Aqui a preocupação consiste em formar expressões lingüísticas. Pretende-se demonstrar as relações entre conceitos e raciocínios jurídicos, abstraindo-se a referência com o real (semântico) e com o ideológico (pragmático).

No aspecto semântico o signo lingüístico, sofre uma denotação, gerando possíveis ambigüidades. Os eventos irão sofrer um processo de constituição de sentido, e passam a ser fatos, através da análise da relação entre a expressão e a realidade. Verifica-se o conteúdo das proposições, que são, em regra, vistas como significações constituídas a partir dos enunciados prescritivos.

Ressalta-se ao fazermos uma análise entre o plano semântico em relação os princípios constitucionais, que teremos uma posição que não coaduna com a tendência de muitos autores, de classificar os princípios como sendo normas jurídicas. Desta forma, o aspecto semântico atinge os direitos fundamentais com o argumento da reserva do possível, conforme o sentido deôntico da norma, desta forma, o sem-sentido impediria o aspecto normativo.

Nesta ótica, os princípios não são normas, pois não são estruturados como proposição antecedente vinculada a uma proposição conseqüente. Eles consistem em proposições que se referem ora a valores, ora a limites objetivos. Assim, do ponto de vista

⁹O convencionalismo se propõe a investigar os usos lingüísticos, exigindo que se estabeleçam os diferentes ângulos de uma análise lingüística. Trata a língua como um sistema de signos. Estes estabelecem a importância da relação do conceito com a sociedade (descrição da realidade).

semântico, os princípios são enunciados prescritivos cujos sentidos irão compor a norma jurídica.

O aspecto pragmático aponta o princípio e o fim da atividade jurídica. Para se atribuir sentido ao texto é necessário que haja uma pré-compreensão. Esta pré-compreensão defendida por Gadamer¹⁰ rompe a relação cartesiana, pois decorre da relação intersubjetiva (sujeito x sujeito) que o intérprete tem do mundo.

A questão da interpretação dos direitos sociais não é lógica, mas de consciência social, além de lançar o problema da efetivação das normas como uma questão extrajurídica de conteúdo eminentemente subjetivo.

Colocar o aspecto pragmático para o núcleo mínimo do fenômeno jurídico, revela a arbitrariedade do poder público. A alegação de que a questão pragmática é sociológica ou política, é ideológica. Na realidade, só existe normatividade por conta da atuação do plano pragmático.

O problema da "baixa compreensão" do texto constitucional gera a falta de efetividade dos direitos fundamentais, indo de encontro com a idéia do "justo processo", que busca através de procedimentos e critérios legítimos a melhor decisão.

Através da interpretação procuramos um léxico filosófico, para compreendermos as propostas de todas as teorias argumentativas, como uma espécie de chave, que permita entrar nos escritos do texto e apresentarmos um nexos do texto com o contexto plural da sociedade¹¹.

3. A IMPORTANCIA DA ARGUMENTAÇÃO RETÓRICA

A teoria da argumentação significa a retomada de uma antiga tradição da retórica e da dialética gregas. Ressalta-se que, existe no homem tanto a densidade racional como a densidade do razoável, onde encontramos os valores éticos e políticos.

¹⁰Gadamer analisa a função essencial da interpretação para a ciência do Direito. Ressalta que, quando mal utilizada, a Hermenêutica pode transformar-se num dos maiores instrumentos de dominação e poder existentes no mundo político-jurídico. Explica que o conceito de hermenêutica designa a modalidade da presença, sua infinitude e historicidade, abrangendo o todo e sua presença no mundo, de forma construtiva. Conclui que é indispensável ao jurista, mais do que aplicar a lei ao caso concreto, saber interpretá-la para alcançar o justo. (GADAMER, Hans-George. *Verdade e método. Traços fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999).

¹¹O pluralismo impede o Estado de tratar igualmente pessoas com valores culturais distintos. Assim para compatibilizar a participação política em um cenário democrático, deve-se recorrer à dimensão ética da democracia. Segundo Michael Walzer, o termo adequado para o pluralismo, seria tolerância, pois a solução das diferenças não produzirá jamais, um resultado definitivo.

Ao questionar-se, como se estrutura a argumentação desenvolvida no âmbito das ciências humanas da filosofia e do Direito, cuja atuação do valor é constante e determinante. A nova retórica apresenta-se como um modelo discursivo que se preocupa com a compreensão da vertente prática, atribuindo sua função discursiva de atuação pragmática na resolução de cada conflito (caso concreto).

Perelman¹² trata da importância da retórica, enquanto teoria geral do discurso persuasivo, e a função de certificar a pretensão da racionalidade do discurso que se pretende.

O autor explica que caso o discurso se apresenta fracionado em uma dualidade de objetivos analiticamente divergentes. Cabe à retórica, enquanto instrumento lógico/técnico a construção e a desconstrução crítica do discurso jurídico.

Neste processo, ressalta-se que não se pode deixar transparecer a tênue polaridade entre a emoção e a razão do discurso. É justamente através desta polaridade que encontramos a eficácia performativa.

Ao abordarmos a evolução do método interpretativo, é importante evidenciarmos o papel desempenhado pela tópica¹³ (forma de interpretação através de um raciocínio pragmático), e pela análise da dicotomia entre a dogmática e a Zetética¹⁴ (polaridade entre respostas do ensinar e especulações do perguntar), conforme Theodor Viehweg, professor da Universidade de Mainz.

Busca-se tratar o Direito tanto pelo seu aspecto interno através da *práxis* jurídica, quanto pelo seu aspecto externo, através das modalidades, que o Direito se insere na vida social, política e econômica.

Inverte-se, a perspectiva do aplicador do direito, cuja busca pela solução parte do exame do caso concreto, por intermédio de diversos *topoi*, que equivalem aos diversos

¹² PERELMAN trata a importância da retórica em sua obra o Tratado da Argumentação.

¹³Theodor Viehweg, como referencial a obra Tópica e Jurisprudência, publicada na Alemanha em 1953.

¹⁴ Uma teoria apresenta diferentes enfoques teóricos, como explicação sobre os fenômenos que se manifestam como um sistema de proposições. Ao proceder a investigação de um problema, ou acentuamos o aspecto pergunta ou o aspecto resposta. A Zetética Jurídica aborda a abertura constante para o questionamento dos objetos em todas as direções (empírica ou analítica). A Dogmática Jurídica faz o estudo restrito, procurando comprometê-lo e torná-lo aplicável. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3ed. São Paulo: Atlas, 2001, página 45).

pontos de vista, tornado o discurso jurídico aberto e permeável às questões ético-sociais¹⁵.

A decisão mais justa, portanto, além de devidamente motivada, observando o devido processo legal, deve pautar-se em um conjunto de pontos de vista relevantes que refletem os diversos valores sociais para a solução do caso concreto.

Nesse sentido, as teorias da argumentação representam uma crítica ao pensamento positivista que reduzia a ciência jurídica a um sistema fechado de racionalidade jurídico-formal.

Assim, a Sistematização do Direito como tópica tem como questão central a relevância dos meios que servem de suporte à atividade interpretativa. O caráter prático da interpretação vem amplamente reivindicado nos tempos atuais, a partir de teses básicas que valorizam a presença da dimensão tópica da atividade interpretativa, da retórica e da argumentação nos processos hermenêuticos, ou mesmo na revalorização da razão prática na interpretação do Direito. Nesta concepção, a norma não é pressuposto, mas o resultado do processo interpretativo.

A retórica e a tópica, representadas por Perelman e Viehweg, apresentam-se de acordo com a uma concepção democrática do direito, através de um discurso pós-moderno, na medida em que pretendem defender um discurso condicionado a um entendimento comum.

4. OS NOVOS DESAFIOS PARA A ORDEM CONSTITUCIONAL

A decadência do positivismo jurídico impôs aos operadores do Direito a necessidade de repensar a dogmática jurídica em uma perspectiva que transponha o plano da validade. O pós-positivismo representa um movimento *juspublicista* da teoria do Direito e o aspecto da constitucionalização.

O Constitucionalismo vem passando por inúmeras transformações nos últimos anos representando, sobretudo, uma nova forma de interpretar o Direito. A projeção dessa

¹⁵Esse método tem como referencial a obra de Theodor Viehweg, realiza em uma análise dos resultados, retomando à tópica aristotélica e ciceroniana. Trata-se da investigação dos diversos *topoi* admissíveis que, dialeticamente ponderados, levam à solução mais justa. O uso da tópica no discurso jurídico valoriza a atividade criativa do juiz, importante para a construção de um entendimento comum e à união de idéias em uma comunidade dialógica.

premissa no rumo da interpretação jurídica trouxe o reconhecimento da particular influência que sobre a interpretação constitucional exercem os fatores sociais e políticos que gravitam sobre tal atividade, assim como o programa de fins e valores que devem orientá-las.

O novo paradigma do Estado Constitucional é marcado pela crescente aproximação entre o Direito e a Moral, entre o Direito Constitucional e a Filosofia do Direito. Desta forma, o neoconstitucionalismo representa a ascensão de um “não positivismo” principiológico, na superação da clássica dicotomia jusfilosófica, entre o jusnaturalismo e o positivismo.

A ideologia traçada pelo constitucionalismo nos séculos XVIII e XIX se preocupava em limitar o poder do Estado. Tal forma de pensar está superada, devido o poder estatal não mais ser visto com temor pelo neoconstitucionalismo atual. A idéia de constitucionalização, aqui explorada, está ligada a um efeito expansivo das normas constitucionais.

O novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica uma nova percepção da Constituição e de seu papel de interpretação. Um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, através de três marcos fundamentais: o marco histórico, o marco filosófico e o marco político¹⁶.

Como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX.

Como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética.

O marco teórico é o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. Procurou-se, superar a distinção entre o ser e o dever ser, entre a descrição e a prescrição; propondo a consagração dos princípios constitucionais.

¹⁶ Classificação do neoconstitucionalismo conforme Luís Roberto Barroso.

Como Teoria do Direito, o neoconstitucionalismo, tem relação com a crise do positivismo jurídico, com a reabilitação da razão prática, e a releitura moral do Direito.

Dworkin¹⁷ demonstra que na prática jurídica a distinção entre o direito e a moral não é tão clara como sustentam os positivistas. Nesta fase de assunção dos princípios, ele ressalta a figura do Juiz Hércules dotado de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas para rejeitar a idéia de identificação dos princípios através de uma regra de reconhecimento.

O juiz ideal teria que conhecer todos os princípios vigentes e ser capaz de adequar (coerção normativa) a decisão correta para os “*hard cases*”. Entretanto, isso não significa um retorno ao jusnaturalismo, pois a sua noção de princípios está vinculada às instituições políticas.

Assim, verdade se desvela a partir da análise, saímos da verdade inquestionável, predicativa, para a verdade adaptável, ou seja, manifestada.

Neste contexto, avulta-se um amplo processo de constitucionalização do ordenamento jurídico, pelo qual a Constituição passa a ocupar o centro normativo do ordenamento jurídico, além de, ao mesmo tempo, um crescente desprestígio da concepção liberal de legalidade.

5. A SISTEMATIZAÇÃO DO DIREITO

As modernas teorias dos valores foram buscar no caráter específico que reveste a interpretação constitucional o arrimo e a legalidade para as construções sistemáticas.

A sistematicidade constitucional, mais do que um simples método de trabalho para o intérprete, é considerada como uma atividade prioritária no plano dos métodos da hermenêutica constitucional. Tem seu fundamento na própria Constituição, mas, não configura dado puramente formal, na medida em que o intérprete não deve nem pode ignorar as exigências de unidade e coerência dos interesses que conformam a realidade social. Ressalta-se a criação de um patriotismo constitucional.

¹⁷ Luiz Vergílio Dalla-Rosa (ROSA-DALLA Vergílio. *Uma Teoria do Discurso Constitucional*. São Paulo: Landy, 2002).

A caracterização da interpretação constitucional decorre da aproximação entre o constitucionalismo e a democracia, a força normativa da Constituição e, a difusão da jurisdição constitucional. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da constituição.

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser, não apenas, um sistema em si, com sua ordem, unidade e harmonia. Este fenômeno, identificado como uma “filtragem constitucional” consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e interpretada sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados¹⁸.

A idéia de sistematização aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, tem a imperatividade de seus efeitos propostos, em outro dizer, pretendem produzir algum efeito no mundo dos fatos.

Nesse sentido, a Constituição há de ser pragmática, e não programática; há de ser um instrumento de ação social, e não depósito de expressões de utopia intelectualizadas.

Com o processo de sistematização, observa-se cada vez mais abertamente, a função essencial que pertence à doutrina e à jurisprudência na formação e na evolução do direito.

Dois problemas surgem com o plano da interpretação constitucional em relação ao método jurídico¹⁹: a questão da concretização da norma constitucional e dos princípios orientadores de sua interpretação.

Esta transformação proporcionou o surgimento de teorias constitucionais que vêm a interpretação como um problema de concretização do conteúdo normativo, formulado de modo abstrato e indeterminado.

A teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre

¹⁸A "filtragem constitucional" é apontada por Luís Roberto Barroso, como característica do neoconstitucionalismo, explicando que as normas infraconstitucionais, todas elas, são interpretadas a partir da constituição e invalidadas no caso de desobediência.

¹⁹ David Diniz Dantas, *Interpretação Constitucional no Pós-positivismo*. São Paulo: Madras. 2005, p.23.

princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra, sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios como espécies diversificadas do gênero norma; e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.”(BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 14ed. SP. Editora Malheiros).

As teorias constitucionais, ora constroem princípios de interpretação como um problema de concretização do conteúdo normativo, de decisões jurídicas dentro do limite do texto; ora constroem um novo conceito de norma, para entendê-la como um processo, que conjuga a norma-dado que constitui o primordial da interpretação, com a norma resultado que supõe o momento completo e culminante da elaboração normativa. E, assim, na concepção atual de interpretação jurídica, a norma jurídica não é o pressuposto, mas, o resultado do processo interpretativo.

As teorias constitucionalistas, ora constroem princípios de interpretação como um problema de concretização do conteúdo normativo, de decisões jurídicas dentro do limite do texto; ora constroem um novo conceito de norma, para entendê-la, como um processo que conjuga a norma, dado que constitui o primordial da interpretação, com a norma resultado que supõe o momento completo e culminante da elaboração normativa. E, assim, na concepção atual de interpretação jurídica, a norma jurídica não é o pressuposto, mas, o resultado do processo interpretativo.

O novo constitucionalismo não apaga o fato de que vivemos em um mundo jurídico que busca abolir os fatos e conflitos tratados pelo direito, isto é, em um mundo no qual a metodologia jurídica continua com a função de promover a desvinculação do caráter historicamente individualizado do caso que esteja na sua base, para atingir o abstrato generalizável e comum, conforme alerta Castanheira Neves²⁰.

O desafio da sistematização com o auxílio da hermenêutica, desta forma, se impõe porque o processo de afirmação e construção de princípios jurídicos interage com o

²⁰Antônio Castanheira Neves, *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra, Coimbra Editores, 2003, p.287.

processo de assunção e construção de valores éticos, no contexto, no entanto, de uma sociedade não homogênea²¹.

Afirmado-se na pós-modernidade inaugura-se uma nova fase de relação de reciprocidade e de complementariedade, entre os chamados direitos individualizados e os direitos fundamentais potencias. Tal relação dialética é resolvida no campo da hermenêutica jurídica, não gerando oposição de direitos²².

Ressalta-se, por fim, a importância acerca do equilíbrio que deve haver entre: a supremacia constitucional, a interpretação judicial da Constituição e o processo político majoritário. Reforçando o papel do Supremo Tribunal Federal neste processo de reconstrução da dogmática, inclusive em razão da crise de legitimidade por que passam o Legislativo e o Executivo, como sendo, um problema crônico de disfunção institucional.

CONCLUSÃO

A efetiva construção de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, pela reconstrução da teoria do direito, através dos valores e anseios sociais, tão voláteis nos dias de hoje, sem que o preceito da segurança jurídica seja abandonado ou mesmo mitigado.

O sistema jurídico fechado — construído sob o dogma da completude e adotado pelo positivismo — demonstrou-se incapaz de resolver os conflitos sociais de forma satisfatória. O senso comum, parte do provável e não do verdadeiro colocando o saber prático como outra forma do saber. No caso concreto há de se abranger as circunstâncias em sua infinita variedade²³.

²¹ Ao analisarmos a questão da pluralidade da sociedade, temos que observarmos a problemática da antropologia cultural, a dimensão normativa e os valores que caracterizam a cultura. O conceito de cultura, como emerge a Antropologia cultural, em 1871, por Taylor (Edward B. Taylor – 1832-1917), é o conjunto complexo que inclui o conhecimento, as crenças, a arte, a moral, o direito, os costumes, e quaisquer outras capacidades e hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade. Para em 1930, entrar a dimensão normativa, na problemática da antropologia cultural, como os valores comportamentais, como um conjunto de modelos normativos compartilhados pelos membros do grupo, modelos que servem para acompanhar sua conduta e que são acompanhados por certas sanções quando a conduta não se conforma a eles, sendo uma grande lição de tolerância que nos provém da antropologia cultural atual.

²² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

²³ GADAMER, Hans-George. *Verdade e método. Traços fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

A (re)construção de um ordenamento jurídico como um sistema aberto, obriga a uma (re)avaliação dos princípios hermenêuticos, sob a ótica da hermenêutica pós-positivista, a atividade jurisdicional passa a ser parte da criação do Direito: o elemento central da construção do Direito passa a ser o elemento fático.

Deve-se abandonar uma teoria de cunho meramente formal para construir uma teoria substancial, um repensar jurídico, na perspectiva de uma semântica, de uma sintática e, sobretudo, de uma pragmática dos princípios.

Busca-se o ideal moderno de democracia, tendo em vista o anacronismo das concepções positivas do Direito. Um ideário de uma justiça sem consciência própria, na qual os euforismos são meros objetos que servem de instrumentos para interesses de poucos segmentos sociais (a minoria).

Nessa tônica, a partir da concretização dos comandos teóricos, enfatizamos a importância do Discurso jurídico e a importância de se promover uma interdisciplinaridade com entre Direito e as ciências sociais.

A compreensão desse processo de reconstruir a dogmática jurídica passa pela formação de um juízo acerca de sua conformidade face ao cenário normativo constitucional, onde várias premissas deverão ser analisadas e cumpridas.

A Moral e o Direito estão entrelaçados formando a base na construção da luta pela garantia dos direitos fundamentais, ao agregar todo um conjunto valorativo para dentro do ordenamento, sendo objeto de análise do jurista. Tais valores, mesmo que sejam escolhidos pelo próprio sistema, passam por uma análise de “ser” e “tempo”²⁴. Desta forma, coadunam com os valores contextualizados como reinantes na sociedade, na perspectiva do tempo se revelar como o horizonte do ser, rompendo com o subjetivismo.

Assim, conclui-se que, por detrás de uma norma jurídica positivada, existe normalmente um princípio, um valor. Essa vinculação pode ser evidente ou não, mas dentro do amplo campo de atuação dos princípios, que as normas se formam e se combinam, respondendo às necessidades da organização sistêmica, que pode ter o Direito.

Para que um método de interpretação constitucional produza decisões justas é

²⁴ Projeto de Heidegger de uma fenomenologia hermenêutica sobre a problemática do ser e do tempo. GADAMER, Hans-George. *Verdade e método. Traços fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999. página 389).

necessário que existam juizes, tomados pela aspiração de – se não construir uma sociedade justa, pelo menos, em termos mais realistas, lutar contra as enormes injustiças que caracterizam a nossa sociedade. Um modo de ver o Direito a partir do mundo da vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à Aplicação dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de; PEREIRA, Jane Reis. *A nova interpretação do direito: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 15ª tiragem. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. Compilação Nello Morra. Trad e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7ª ed. UnB, Brasília, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra-Portugal: Livraria Almedina, 1998.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais: Elementos Teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GADAMER, Hans-George. *Verdade e método. Traços fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

NEVES, Antônio Castanheira. *O Actual problema metodológico da Interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra Editores, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. 259 p.

_____. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes. 1996. 3ª tiragem. 2000, 722 p.

_____. *Tratado da argumentação*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROSA-DALLA, Vergílio. *Uma Teoria do Discurso Constitucional*. São Paulo: Landy, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck *et alii*: *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, José Ribas. *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007.