

3. Bases teóricas para a tecnocracia jurídica (brasileira)

Em uma das mais ricas e interessantes partes de sua obra maior, Habermas (1984, p. 43 *et seq.*) procura reconstruir, a partir de trabalhos antropológicos, a evolução social primeiramente em termos de diferenciação simbólica da cultura, ou, talvez mais corretamente, de visões de mundo (*Anschauungen*), disponível na forma de relações formal-pragmáticas à disposição dos sujeitos de determinado contexto cultural, ou de determinado mundo-da-vida, a fim de que tais sujeitos possam a eles conectar as pretensões de validade dos atos de fala que veiculam nos contextos comunicativos do dia-a-dia.

Muito resumidamente – e, por isso mesmo, perigosamente – a tese da diferenciação simbólica de Habermas procura responder à questão da evolução social e explicar por que a *Anschauen* moderna, embora não possa ser chamada *melhor* do que as suas predecessoras, pode, ao menos, ser chamada *mais evoluída*, em termos de potenciais de racionalidade – algo que a maioria dos antropólogos modernos, especialmente o estruturalista Lévi-Strauss citado por Habermas, teria dificuldade de aceitar (cf. LÉVI-STRAUSS, 1976¹). Como Habermas demonstra, a diferenciação pragmático-formal dos referenciais simbólicos do mundo-da-vida causa a crescente necessidade de que todas as pretensões de validade discursivas levantadas em contextos de interação comunicativa possam, se necessário, ser justificadas em termos de fundamentos e princípios, por sua vez igualmente expressos em pretensões de validade discursivos. Com isso, progressiva e filogeneticamente, os estoques semântico-simbólicos da cultura e da sociedade no mundo-da-vida moderno deixam a sua certeza metafísica e passam a poder, via tematização, ser tomados de uma perspectiva comunicativo-racional².

A idéia de uma diferenciação simbólica das visões de mundo em termos de pretensões de validade, bem entendido, não começou em Habermas. Ele mesmo, ao reconstruir a sua pragmática formal em três pretensões de validade distintas – verdade, correção normativa e autenticidade ou sinceridade –, conectadas a uma

¹ Visão que chegou mesmo a se radicalizar em Lévi-Strauss, 1982.

² Cf. Habermas, 1984, *passim* e 1987, *passim*.

tripartição simbólica do *mundo*, na qualidade de ponto de referência semântico(-pragmático) dos atos de fala – mundo objetivo ou realidade, mundo social ou normativo e mundo subjetivo ou subjetividade – deriva especialmente de Weber este conceito tripartido de diferenciação cultural e de “estruturas de consciência” (cf. HABERMAS, 1984, especialmente p. 157 *et seq.* e p. 273 *et seq.*). E já antes de Weber, a escolástica medieval já havia, na sua apropriação teológica da filosófica ontológica grega, diferenciado três esferas de apreciação e crítica cultural, na forma das idéias regulativas ou dos “transcendentais” de “verdadeiro”, “bom” e “belo” (cf. RICOEUR, 2005, p. 12).

Bem se vê, por aí, que também não é o modernismo uma ruptura abrupta ou pontual com a tradição cultural e social anterior. Em todo caso, ainda do ponto-de-vista filogenético, a transição para a modernidade, especialmente no plano político, realizou um marco notável na necessidade de justificação e racionalização das estruturas do mundo-da-vida, já agora mais diferenciadas, igualmente, do aspecto material dos sistemas sociais – estado e mercado (cf. HABERMAS, 1987, *passim*). Antes que o modernismo e seus movimentos revolucionários, sua colocação em questão de tradições históricas e filosóficas antes pacificadas e, de todo modo, sua agitação político-social-intelectual, tomassem a cena na Europa Ocidental – e nos EUA, pouco depois –, um holismo mais ou menos marcado era ainda responsável por uma fusão simbólica e material entre estruturas de consciência e visões de mundo nas quais o plano objetivo, normativo e subjetivo se mesclavam sob a fusão mítica de crenças metafísicas pressupostas que não necessitavam de justificação – nem a aceitavam.

Portanto, deixando um pouco de lado o plano subjetivo do autêntico/sincero/belo, para o que aqui mais interessa, uma fusão simbólica entre o mundo objetivo e o normativo, entre ser e dever-ser, entre *is* e *ought*, entre *sein* e *sollen*, era ainda a tônica de tradições culturais em estágios anteriores de diferenciação simbólico-moral. E, aliás, como Clifford Geertz (2000a) tão interessantemente demonstrou, tal fusão mística ainda é muito presente em muitas partes do mundo contemporâneo – embora, como ele próprio reconhece, tal

presença se tenha progressivamente enfraquecido no séc. XX, não obstante e mesmo por causa dos movimentos de independência³.

A elevação desta diferenciação analítica dos planos pragmático-formais de acesso semântico ao mundo a uma diferenciação (quase-)ontológica foi produto principal de um modernismo exacerbado. Mas também, foi condição de possibilidade do nascimento de uma consciência científica mais organizada e, a partir da separação ontológica do que *é* e do que *deve ser*, também separada da filosofia. Esta última, bem por isso, começa, especialmente durante o séc. XIX a “perder” seus campos de investigação para a ciência, e passa a ser relegada ao plano do *dever-ser*, ou a uma abstrata condição holística de metaciência – com a qual condição retém os campos da ontologia e da epistemologia (cf. MORENTE, 1980, p. 29-33).

Do modo análogo, então, ao que, na Grécia, pela secularização do conhecimento, tornou a filosofia uma busca pelo conhecimento seguro, refletido, que rejeita as cosmogonias (e teogonias) místicas da mitologia teológica (cf. VERNANT, 1996; GARCIA-ROZA, 2005), na Europa do séc. XIX é a vez de a filosofia ser despojada de seu posto e “secularizada” nas mais prosaicas ciências (sociais, especialmente, para o que mais importa aqui), que “desfundem” os planos do *ser* e do *dever-ser* – ou, ao menos, para fazer justiça ao primeiro Kelsen – e passam cuidar somente da pretensão de *verdade* ou *realidade*. A pretensão de *correção normativa* é, pois, deixada para a especulação filosófica, em todo caso desacreditada por “subjéctiva” ou “incontrolável”⁴.

³ Diga-se de passagem, os resquícios desta fusão entre o ser e o dever-ser como produto de uma visão mística do mundo e a indiferenciação das estruturas de consciência nos respectivos planos de compreensão e validade não são somente presentes em tribos nativas nos cantos e recantos de “nações” modernamente dominadas. No que toca especificamente ao Brasil, e à tradição jurídico-política ibérica que o caracteriza, é muito instrutivo traçar um paralelo entre as “testemunhas privilegiadas”, descritas por Geertz (2000a, p. 187 *et seq.*) sobre o Direito Islâmico. Estas meio testemunhas, meio “prudentes” do direito, têm uma espécie de monopólio ou poder de fazer surgir a norma a partir da constatação do fato – num mecanismo automático e mesclado, não como aplicação *posterior* do direito ao fato assim declarado. No Brasil e, ao menos, no Direito Ibérico em geral, os cartórios extrajudiciais tem um igualmente misterioso poder de acertar fatos e sua autenticidade para que, com isso, também o direito se materialize – como na forma do *pleno iure* –, por meio deste quase-místico conceito de “fé pública”.

⁴ É ilustrativo, a este respeito, o fato de que a fenomenologia não foi tanto uma tentativa de “resgatar” a filosofia do jugo da ciência (positivista), mas de mostrar que a filosofia ainda poderia ter “valor científico”. Para isso, teria de abandonar a pretensão de “grandes narrativas” ou sistemas ontológicos generalizantes e cuidar das pequenas coisas, com tenacidade intelectual contínua, num

O positivismo jurídico, neste ponto, tal como o (neo)positivismo lógico⁵ do final do séc. XIX e início do séc. XX, teve seu lugar histórico na afirmação da ciência como único meio de conhecimento possível para o alcance da verdade e, com ela, de acesso ao – e representação do – mundo. Sua ênfase no método deste acesso esconde, no entanto, muitas vezes um longínquo e indispensável trabalho de isolamento ontológico, que fixa o campo sobre o qual este método vai recair para trazer a “verdade”.

No que segue, em primeiro lugar (3.1), será preciso reconstruir esta história que gera o positivismo jurídico e cria as bases para sua contestação, principalmente a partir do meado do séc. XX. Em seguida (3.2), esta contestação, na forma do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo terá um tratamento mais aprofundado, do ponto-de-vista geral. Por fim (3.3) duas das apropriações mais difundidas desta última visão no Brasil serão tematizadas.

microtrabalho de revelar a essência ontológica das “coisas mesmas”. Não por acaso, Husserl, o pai da fenomenologia, parece jamais ter escrito um tratado ao estilo da filosofia “pré-científica”, nem ao menos para expor sua metodologia. Ela não se deveria ensinar, mas praticar. Cf. Gadamer, 1977a e Costa, 1996, p. 26-38. Na busca por uma volta à ontologia abrangente, dissociada, em todo caso da metafísica cartesiana, Heidegger como que usa a fenomenologia para negá-la parcialmente. Cf. a reconstrução crítica de seu pensamento em Habermas, 2002a, p. 187-225.

⁵ A questão da nomenclatura, aqui, é particularmente problemática. De modo geral, quando se fala, no direito ou na filosofia da ciência sobre *positivismo*, parece querer-se referir o movimento filosófico mais ou menos consciente de si mesmo que tem como marco o Círculo de Viena – que envolvia Kelsen, mas também Freud – e também a escola lingüística de Cambridge, além de uma série de autores espaçados igualmente importantes – tais como, mais contemporaneamente, Popper. De todo modo, provavelmente é melhor, histórico-filosoficamente, utilizar para esta corrente do pensamento o termo *neopositivismo*, tendo em vista que, ao menos desde Hume (cf. HABERMAS, 1999), senão desde Hobbes, a idéia de transparecer a realidade através da representação metódica de conceitos empiricamente acessados pela razão – seja ela apriorística ou não –, e a conseqüente negação da ontologia realista, formam uma tradição digna de nota na filosofia moderna (cf., por todos, MORENTE, 1980, *passim*). A ruptura com esta tradição em Kant e Hegel explica o prefixo *neo-* que marca o seu retorno a partir do meio do séc. XIX. Talvez para evitar esta confusão conceitual, uma respeitável tradição da epistemologia norte-americana limite-se a englobar tudo que vem antes da virada lingüística caracterizada – embora não iniciada – pelo segundo Wittgenstein, sob o termo “empiricismo” (*empiricism*) ou “lógica antiga” (*old logic*) das ciências (sociais, principalmente). Cf. BOHMAN, 1993, p.16-56 e *passim*, VATTIMO, 2001, e, de uma perspectiva para-marxista, B. S. SANTOS, 2003, p. 17-31 e *passim*.

3.1. Do positivismo ao pós-positivismo: uma viagem circular⁶

A separação de que *é* e do que *deve ser* operacionalizou toda a ciência moderna. Com a óbvia precedência temporal das posteriormente chamadas ciências da natureza (*Naturwissenschaften*, no popularizado termo alemão), a idéia de que a ciência faz conhecimento *verdadeiro* sobre como o mundo (realmente) *é*, *representa* o mundo – seja na forma de idéias, seja na forma de conceitos/significados⁷ – por meio de proposições científicas; esta idéia foi aceita e incorporada nas práticas da cultura ocidental sob a qual toda a socialização do conhecimento foi posteriormente realizada⁸. De fato, desde que os chamados positivistas sociológicos, de Comte a Durkheim, apresentaram o termo *sociologia*, durante muito tempo, ainda o parâmetro de evolução científica das ciências sociais (ou ciências do espírito, *Geisteswissenschaften*) era a maior ou menor proximidade com o modelo das ciências naturais, cheios de leis gerais, silogismos dedutivos e capacidade de predição dos acontecimentos⁹.

Aliás, a maioria dos filósofos que inauguraram a moderna epistemologia – junto com o racionalismo e o idealismo filosófico – eram, também, matemáticos e físicos, e, por isso, faziam da filosofia da consciência um esforço metodológico pelas verdades últimas, sem ainda distinguir metodologicamente o que seria *Natur* e o que seria *Geisteswissenschaft*¹⁰. Durkheim mesmo, apesar de potencialmente um pós-empiricista antes do tempo (cf. HABERMAS, 1987, p. 43 *et seq.*), teve de afirmar, para “estender à conduta humana o racionalismo científico”, em frase que o fez clássico, que “os fatos sociais devem ser tratados como coisas” (cf. DURKHEIM, 1990, p. XVII e XX), a fim de que finalmente as ciências sociais

⁶ O título deste item vem, explicitamente, do título do último capítulo da obra “Os Donos do Poder” de Raimundo Faoro (2003).

⁷ Cf. a discussão em perspectiva histórica em Hacking (1999).

⁸ Basta notar que ainda hoje, muitas décadas de críticas depois, é este o modelo de ensino e aprendizado no Ensino Médio e no Fundamental – no Brasil, especificamente, mas em outras partes do mundo ocidental igualmente –, locais de socialização dos sujeitos para os conhecimentos formais mínimos de determinada sociedade.

⁹ O que, por referência a um influente autor da filosofia da ciência alemão radicado nos EUA, Carl Hempel, James Bohman (1993, p. 18 *et seq.*) chamou hempeliano, como já mencionado (cf. nota 28, acima).

¹⁰ Isso é obviamente válido para Descartes, mas vale também para Hobbes, Locke, Leibniz e, mesmo para Kant, normalmente posto a salvo da “acusação” de positivista. Cf. MORENTE, 1980.

pudessem alcançar estatuto autônomo, posto que ainda subordinado, em desenvolvimento, ao das ciências naturais, de mais longa afirmação e resultados mais óbvios e úteis, na forma de subsídios para a(s) revolução(ões) industrial(is).

Esta história de afirmação das ciências é certamente muito conhecida e já virou um quase truísmo nos estudos de história da filosofia da ciência e de evolução da sociedade moderna¹¹. A relação da ciência moderna com a sociedade moderna e suas implicações é obra levada a cabo por muitos historiadores, sociólogos, antropólogos, e filósofos¹², e, talvez, a única diferença digna de nota é quanto à afirmação de um esgotamento deste modelo de ciência, ou, ao menos, deste modelo de ciência como único possível ou correto; afirmação sem dúvida mais comum entre os cientistas sociais do que entre os naturais¹³. A aplicação deste conhecimento acumulado, no entanto, ainda parece problemática quando o assunto é o direito (moderno).

(a) O questionário é conhecido. O que é o positivismo jurídico? Como surgiu? O que defende? O que em suas críticas é justo e o que é injusto? Quem disse o quê? Positivismo jurídico é sinônimo de Teoria Pura do Direito? Kelsen é o positivista ou apenas o mais famoso dentre eles? Foi o primeiro? Afinal, o direito é só norma?

A quantidade de questões é tão grande e vasta – muitas outras poderiam aparecer neste rol – quanto confuso o ambiente teórico em que se desenrolam. Ainda hoje, reeditando em outros tempos e outros termos uma disputa teórica acirrada do final do séc. XIX e início do séc. XX, positivistas lutam agora não contra jusnaturalistas – aparentemente vencidos ou, ao menos, escondidos em outras e novas roupagens teóricas – mas contra *pós*-positivistas, sem dúvida um termo cômodo para negar o positivismo sem oferecer muito que construir no seu

¹¹ Cf., as reconstruções históricas por meio da análise de teorias clássicas da sociologia em Habermas, 1984 e 1987.

¹² Para uma síntese, cf., por todos, Vattimo, 2001.

¹³ Embora Boaventura de Souza Santos procure em mais de um lugar dar prevalência – por razões de estratégia argumentativa, aparentemente – aos “rombos”, como ele lhes chama, dados pela filosofia e pela epistemologia nas próprias ciências da natureza. Cf. B. S. Santos, 2003 e 2005.

lugar, como fizeram estes últimos quando venceram a batalha contra os antigos contendores jusnaturalistas.

Como vimos acima¹⁴, quando Bentham apareceu na cena teórica do direito inglês, sua luta era ainda por sepultar uma metafísica jusnaturalista que dominava o pensamento dogmático bretão. Eleito o alvo, Bentham, apocrifamente, num primeiro momento, destinou uma obra inteira a analisar e criticar o trabalho de William Blackstone, de quem havia sido aluno em Oxford. Verdade seja dita, Blackstone, se bem que componha com outros autores, uma linha de clássicos da (pouquíssima) doutrina do Direito Inglês¹⁵, nunca parece ter sido o mentor de qualquer grande estrutura jurídica ou política daquele país¹⁶. Também Bentham, que parece nunca ter advogado¹⁷ em uma tradição jurídica muito mais talhada pela prática do que pela produção acadêmica, somente pôde influenciar o mundo jurídico por seus escritos e cursos universitários, uma fonte muito limitada de divulgação de idéias no Direito Inglês.

O mesmo se pode dizer de John Austin. Em verdade um discípulo direto de Bentham, vizinho seu em Londres e com quem se reunia em grupos de estudo (cf. SGARBI, 2006, p. 28), também Austin partilhava da tradição utilitarista inglesa. Estudou direito no início do séc. XIX e foi nomeado professor de teoria do direito (*jurisprudence*, na tradição inglesa) do *University College* em Londres. Renunciou ao posto quatro anos depois, por falta de interesse dos alunos por seu curso, o que também serve a confirmar a falta de projeção política de seu pensamento na Inglaterra, ao menos até que Herbert L. A. Hart tenha a ele dedicado dois capítulos de sua obra mais conhecida, *The Concept of Law* (“O

¹⁴ Cap. 2, item 2

¹⁵ David (1998, p. 353-54), depois de advertir que, na Inglaterra, “o direito deve menos aos professores e mais aos juízes”, lista, dentre os clássicos doutrinadores, Glanvill, Bracon, Littelton e Coke, a maioria deles, tal como Blackstone, juízes.

¹⁶ Note-se que Blackstone era um defensor do controle de “constitucionalidade” – de validade, seria melhor – das leis pelo judiciário, inclusive em face do “direito natural”, pelo que foi criticado duramente pelo próprio Bentham (2003, p. 162 *et seq.*). Como se sabe, ainda hoje, a Grã-Bretanha mantém a longínqua tradição política do *Parliamentary Sovereignty* (Soberania Parlamentar) e é uma dos mais resistentes ordenamentos jurídicos no que diz respeito ao *judicial review*. Cf. Tate e Vallinder, 1995b, p. 517-18, Waldron, 2006, *passim*. Nos últimos anos, sob pressão da União Européia, há perspectivas de mudança (cf. ELIOTT, 2004), mas certamente não foram resultado da doutrina de Blackstone.

¹⁷ Cf a nota biográfica de Pompeu Casanovas e José Juan Moreso em Bentham (2000, p. 132).

Conceito de Direito”). Mais do que a projeção de sua obra, justifica a atenção que a ela se dá a simbologia que fornece na fundação de uma ciência do direito.

Tal como Bentham, Austin procurou fundar uma teoria do direito que largasse muito da metafísica da versão inglesa do direito natural, em prol de um estudo da norma jurídica em si (“norma/lei em sentido próprio”), tal como comandada pelo soberano, sob o único guia – crítico e gnosiológico, ao mesmo tempo – do princípio da utilidade geral, derivado da lei divina – ela mesma, “lei em sentido próprio” (cf. AUSTIN, 2000, p. 1, 9 *et seq.* e *passim*). Na realidade, a tipologia normativa de Austin é algo extensa e complexa. O que mais interessa aqui, no entanto, é menos a tipologia em si¹⁸, do que o esforço de Austin para elaborar uma (qualquer) tipologia normativa, com o precípuo objetivo de diferenciar o que é uma “lei em sentido próprio” – um *comando* (*command*) – de outros tipos de lei (“em sentido impróprio”), e para, a partir de uma tal distinção, colocar o foco sobre o que é lei *positiva* e, por metonímia, direito *positivo*.

Mais minuciosamente do Bentham (2000) – que só tinha distinguido dois grupos de lei (“coativa” e “discoativa”, de um lado, e “declarativa”, na verdade um fragmento do primeiro tipo, de outro) –, Austin trabalha as leis a fim de que fundem o *objeto* do direito. Até que houvesse um esforço para acertar o objeto da teoria do direito – ou, em inglês, *the province of jurisprudence* – não poderia haver ciência do direito, que dirigisse, metodicamente, ao conhecimento verdadeiro. Era preciso um objeto que representasse a manifestação de um fenômeno cientificamente cognoscível¹⁹. Este objeto, tal como começava a se delinear, seria a norma de direito, a “lei em sentido próprio”.

(b) Não deixa de ser interessante que a questão da definição do objeto do direito como ciência apareça mais claramente colocada na dogmática jurídica da *common law* inglesa do que na do direito romano-germânico continental. Afinal é neste que a tradição da produção acadêmica floresce, *na qualidade de teoria*, através da recuperação doutrinária do Direito Romano – especialmente, com os

¹⁸ Para uma análise didática da tipologia, inclusive com um quadro esquemático, cf. Sgarbi (2006, p. 1-28).

¹⁹ Cf. esta discussão já em Pádua, 2008b.

pós-glosadores germânicos. Em primeiro lugar, é bom que se diga, Austin passou dois anos (de 1826 a 1828) estudando Direito Romano na Alemanha a fim de estruturar seu curso de teoria do direito. Mas, em segundo lugar, parece ainda mais óbvio que somente onde a academia podia se despreocupar totalmente da prática político-jurídica, uma especulação acadêmica pura poderia ter lugar.

Na França ou na Alemanha, o direito vindo da universidade importava politicamente – e juridicamente, claro. Como já mencionado acima²⁰, a recepção do direito romano na Alemanha representava importante ferramenta para unificar o poder nacionalmente, já que só este direito abstratamente reconstruído poderia fazer frente à pulverização do direito comum (cf. KOSCHAKER, 1955).

Na França, igualmente, além desta função, o Direito Público Romano, pela via do conceito de república penetrou não só no pensamento revolucionário de 1789 – principalmente com Robespierre (cf. CATALANO, 2005) –, mas também em quase todas as teorias políticas sobre poder e governo, utilizadas internamente e/ou exportadas para outras revoluções, como a Americana²¹.

Nestes países, portanto, é natural que os debates jurídicos se empolgassem pela via da política, sobre assuntos diretamente influentes em muitas das decisões fundamentais do estado moderno que se formaria. Foi este o sentido, por exemplo, do sempre citado debate sobre a codificação do Direito Alemão, que opôs Savigny e sua Escola Histórica a Thibaut, afinal vencedor. Também a codificação do Direito Francês, finalizada por Napoleão, mas iniciada ainda sob o governo da Convenção, e a Escola de Exegese, fundada no entorno desta codificação, eram movimento jurídico-práticos. A Escola de Exegese era um movimento de aplicação do Código Civil, não um movimento de estipulação teórica sobre o direito. A ciência do direito, em termos propriamente modernos, positivistas, por assim dizer, só adentra a tradição do direito romano-germânico com o Austríaco Hans Kelsen, muitas décadas depois.

²⁰ Cap. 2, item 2

²¹ A referência implícita aqui é Montesquieu (1973) que passa grande parte de sua obra discutindo a civilização Romana, sob aspectos jurídicos e políticos e baseia nela, em grande parte, sua famosa tipologia dos governos em Monarquia, República e Despotismo. Cf., sobre isso, também, Aron (2003, p. 25 *et seq.*)

(c) Na Inglaterra, portanto, havia o ambiente ideal para especulação acadêmico-teórica sobre o direito. Aliviada das pressões revolucionárias liberais – equacionadas deste o fim do séc. XVII –, já consolidada a primeira Revolução Industrial, em vias de suplantar o mercantilismo pelo capitalismo – não à toa os economistas clássicos são na maioria ingleses –, começando a acostumar-se pela ciência moderna e pela técnica que proporcionava – Newton, Hobbes, Guilherme de Occam eram todos ingleses –, e, mais importante, desnecessitada de qualquer solução institucional que passasse pelo direito, a Inglaterra poderia, sem receio de ruptura institucional, ser o berço de uma crescente teorização sobre o direito, divorciada quase totalmente da prática jurídica baseada historicamente na regra (não-escrita) do precedente e na formação extra-universitária de advogados e juízes (cf. DAVID, 1998). Some-se a isso, como último ingrediente, a popularização da metodologia utilitarista, e tem-se, como resultado, a primeira tentativa de definir ontologicamente a base científica do direito.

Tanto Bentham como Austin, certo, não alcançaram os requisitos científicos posteriormente estabelecidos para as ciências sociais. Logo de início, o método de ambas as especulações – o utilitarismo – tinha uma marcada raiz metafísica, Deus, e careciam, por esta base axiomática transcendente, do poder explicativo e revelador da verdade a que a ciência tem de aspirar. Além disso, a definição ontológica da lei em sentido próprio, em Austin – mas, de certa maneira, também em Bentham –, mistura teoria do direito com teoria política, já que é elemento do *comando* a figura da sujeição de um ser humano por outro, através do poder do soberano²², emissor do desejo de obediência sancionado.

Para que a ciência do direito avançasse como tal, seria, pois, imprescindível “purificá-la” ontologicamente e refundá-la metodologicamente.

(d) O nome maior do positivismo jurídico é, sem dúvida, Hans Kelsen. Nome que desperta muitos sentimentos e afetos, amigáveis e agressivos, ninguém conseguiu arrebatá-lo do posto de sinônimo de toda uma corrente de pensamento.

²² cf. Austin, 2000, Pádua, 2008b e SGARBI, 2006, p. 17-18. Note-se que a sexta lição (*lecture*) da obra citada de Austin é dedicada à noção de soberania e de “comunidade política independente”. O enfoque, aqui, é claramente político(-jurídico), o que o diferencia da teoria do estado de Kelsen.

Kelsen não foi o inventor do direito positivo. Mas, certamente, foi o sistematizador da primeira teoria a que se pode chamar em todo o sentido histórico-filosófico da palavra, positivista. Há aqui uma discussão preliminar a rapidamente enfrentar. O significado do que seja *positivismo jurídico* ainda está longe de uma definição minimamente consensual entre os teóricos do direito. O ponto nodal da ambigüidade do termo foi bem exposto por Dimitri Dimoulis:

“O emprego do termo ‘positivismo’ faz surgir a interrogação se o PJ [positivismo jurídico] é uma corrente do pensamento peculiar ou se constitui a versão jurídica do positivismo nas ciências humanas e na filosofia, que se fundamenta na tese da objetividade e no estudo de fatos mediante observação.” (DIMOULIS, 2006, p. 66).

Dimoulis recusa parcialmente a filiação do positivismo jurídico do (neo)positivismo lógico da filosofia da ciência.

“É inegável que os partidários do PJ foram influenciados pelo positivismo filosófico, como se percebe na tendência de rejeitar teses metafísicas e/ou idealistas sobre a natureza do direito, concentrando-se em fatos demonstráveis, tais como a criação de normas jurídicas pelo legislador político. Mas isso não significa que os partidários do PJ aceitem todas as idéias historicamente designadas como positivistas. Isso seria impossível em razão da multiplicidade das abordagens positivistas tanto no direito como em âmbito científico e/ou filosófico.” (IBIDEM, loc. cit.)

Além disso, Dimoulis (2006, p. 67) ainda considera que, do ponto-de-vista filosófico, algumas abordagens do que ele chama “moralismo jurídico”, que mistura metodológica e ontologicamente o direito e a moral, caberiam na necessidade de observação, representação e neutralidade científica do (neo)positivismo lógico.

Deixando por ora de lado o fato de que Dimoulis não chega a investir profundamente em qualquer caracterização do (neo)positivismo lógico a fim de estabelecer tanto as convergências quanto as divergências das “múltiplas” tendências dentro desta corrente de pensamento; também à parte a contestabilidade da reconstrução histórica do positivismo jurídico por ele feita (cf. IBIDEM, p. 67-71); o fato é que, como Kelsen, Dimoulis precisa, para estabelecer cientificamente o estudo do direito, de duas frentes: uma ontológica e uma metodológica, da qual, no entanto, a primeira detém precedência teórica:

“Foi sustentado que a definição do PJ no sentido de uma teoria contraposta ao moralismo se baseia em duas teses. Primeiro, na *tese ontológica*, que responde a pergunta: ‘O que é o direito?’. O PJ *stricto sensu* considera que o direito é

historicamente contingente, não se vinculando necessariamente a concepções culturais, éticas ou políticas.

Em segundo lugar, temos a *tese metodológica* que responde a pergunta: ‘Como deve ser estudado o direito?’. A esse respeito, o PJ *stricto sensu* afirma que o estudioso deve descrever o direito sem envolvimento e posicionamento pessoal, isto é, sem justificá-lo ou corrigi-lo de acordo com suas preferências.

Consideramos este desdobramento supérfluo. [...] Isso indica que a tese metodológica é uma decorrência lógica da tese ontológica que define de forma satisfatória o PJ *stricto sensu*.” (IBIDEM, p. 102)²³

Portanto, para Dimoulis, está claro que o positivismo jurídico centra-se na caracterização ontológica de um direito como norma emanada de autoridade habilitada a emanar normas jurídicas. A neutralidade metódica do cientista/teórico do direito adviria desta mesma característica de distanciamento da norma jurídica de concepções “não-jurídicas”. O objeto neutro implicaria o teórico neutro, por assim dizer.

O equívoco, aqui, no qual Kelsen não incorreu, deriva, justamente, da falta de consideração das proximidades do positivismo jurídico com o (neo)positivismo lógico, mesmo que para, posteriormente, afastá-los pontualmente. Positivismo jurídico não veio só da idéia de direito positivo, *ius positivus*. De um lado, a neutralidade metódica do cientista é pressuposto de nascimento das ciências (sociais, especificamente) modernas, afastadas da filosofia, salvo indiretamente. Não é uma metodologia particular à ciência jurídica. Enquanto a ciência jurídica se quiser presa ao estatuto da moderna ciência positivista em geral, terá de assumir e sustentar esta neutralidade.

De outro lado, e bem por isso, a “neutralidade” do objeto jurídico não só não é total, mas nada diz com o método para conhecê-lo. A uma, porque, embora considerada existente por um critério dinâmico e não estático (cf. KELSEN, 2006, p. 112), do ponto-de-vista do cientista que identifica (ontologicamente) o direito, a norma jurídica não prescinde de considerações morais, políticas e culturais. Antes pelo contrário, a gênese da norma, pela autoridade juridicamente competente para

²³ Estamos intencionalmente deixando de lado, aqui, as distinções trabalhadas pelo autor entre positivismo jurídico *lato* e *stricto sensu* e sobre positivismo jurídico inclusivo ou exclusivo. Tais distinções, embora importantes para a situação do interlocutor nas discussões contemporâneas dentro do positivismo jurídico, carecem de relevância para o argumento desenvolvido no presente trabalho.

tanto, está impregnada de tais considerações, as quais, entretanto, pouco importam na *identificação e conhecimento* do direito. A duas, o que distingue, em Kelsen – ao menos no primeiro momento – o método do direito dos demais métodos da ciência social deriva do objeto em um sentido distinto, e, de certa maneira, a prioridade lógica e temporal do objeto em relação ao método, em Kelsen, ofusca-se em prol de uma co-implicação.

(e) Acima falamos do princípio da imputação como meio de unir o objeto do direito – a norma – e o trabalho do cientista. O que dá consistência a esta particularidade é a estrutura da proposição lingüística típica da ciência do direito. A distinção entre causalidade e imputação (cf. KELSEN, 2001a), como princípios de conhecimento e – em certo sentido – predição da dinâmica do objeto conhecido – pressupõe, e também permite, outra distinção: a entre norma jurídica – o objeto do direito – e proposição ou enunciado jurídico – o resultado do trabalho do cientista do direito.

“É a tarefa da ciência do direito representar o direito de uma comunidade, i. e. o material produzido pela autoridade legal no processo de normogênese (*law-making procedure*), na forma de enunciados (*statements*) para o efeito de que ‘se tais condições são observadas, então tais e tais sanções devem ocorrer’. Estes enunciados, por meio dos quais a ciência do direito representa o direito, não podem ser confundidos com as normas criadas pela autoridade normativa. É preferível não chamar estes enunciados normas (*norms*), mas proposições jurídicas (*legal rules*). As normas jurídicas criadas (*enacted*) pelas autoridades legiferantes (*law creating authorities*) são prescritivas; as proposições jurídicas são descritivas. [...]” (KELSEN, 2006, p. 45)

A particularidade do objeto da ciência do direito criou, pois, para Kelsen a necessidade de uma mudança metodológica que permita resguardar esta particularidade, sem abrir mão da linguagem científica como representação (neutra e fiel) da realidade a retratar (cf. MUMBY, 1997, p. 4-5; TAYLOR, 1987; HABERMAS, 2002b, p. 9-16): como um espelho que reflete a realidade (cf. RORTY, 1994, p. 124 *et seq.*)

“[...] Kelsen sustenta que os enunciados deônticos (que dizer, em termos de ‘dever’) são os instrumentos apropriados para descrever normas.

Em consequência, Kelsen não pode evitar distinguir entre normas (*Rechtsnormen, Sollnormen*) e asserções normativas (*Rechtssätze, Sollsätze*). Esta distinção não deriva do fato de haver assumido que, na realidade, na linguagem comum os enunciados deônticos são usados tanto para formular como para descrever normas. A distinção se faz necessária pela assunção de que as normas (diferente dos fatos) não podem ser descritas mediante simples enunciados

indicativos e que o uso de enunciados deônticos é o único apropriado para descrever entidades deônticas.” (GUASTINI, 1999c, p. 158)

Mas a mudança metódica e a confusão conceitual entre as proposições jurídicas e as normas jurídicas não permite, com clareza, atribuir qualquer prioridade ao objeto. Dimoulis só pode fazê-lo, como argumentado, porque não atribuiu qualquer particularidade ao método da ciência do direito – quer como ciência do direito, quer como ciência social em geral (como fez Ross, 2003) –, mas simplesmente atribuiu-lhe, como método, o pressuposto epistemológico de todo e qualquer espécime da ciência moderna, em sentido estrito.

Tal como o seu objeto, portanto, a ciência do direito estrutura, já em Kelsen, uma linguagem específica. O direito é a forma da distinção entre o *ser* e o *dever ser*, na qual se apóia o ideal de ciência positivista. A norma, objeto da ciência do direito, é representada, retratada, pela proposição. A norma é emanada pela autoridade competente de acordo com outra norma, que lhe dá fundamento de validade, numa escala sempre crescente e dinâmica que termina na sempre famosa norma fundamental hipotética, que confere validade à primeira constituição histórica de um ordenamento jurídico específico²⁴. A proposição é feita pelo cientista do direito, com o único objetivo de representar a norma tal como ela, realmente, é; por isso, então, a proposição não obedece a nenhum critério senão o de *verdade* sobre a sua representação do objeto científico *norma jurídica*.

Embora sumamente parecidos – mesmo iguais, na maioria dos casos – normas e proposições jurídicas têm diferentes *status* ontológicos. A norma é *válida* porque é emanada por autoridade competente, de acordo com o que prescreve uma norma superior na pirâmide normativa. A proposição jurídica é *verdadeira*, porque corresponde perfeitamente à norma que pretende descrever. A norma pertence ao mundo do *dever-ser* porque se estrutura segundo uma forma silogístico-prática que estabelece sanções pelo descumprimento de determinadas condutas prescritas – sanções que, se não ocorrentes na prática, não invalidam a

²⁴ A questão da norma fundamental hipotética, derivada da concepção hierárquica e dinâmica da pirâmide normativa kelseniana, é talvez o mais famoso conceito kelseniano. O seu estudo não é objeto deste trabalho, razão pela qual, veja-se, além do que escreveu o próprio Kelsen (2006, p. 115 e *passim*; 2003, p. 215 *et seq.*), também Sgarbi (2006, p. 45-49).

norma²⁵, que obedece ao princípio da *imputação*, não da *causalidade*. A proposição pertence ao mundo do *ser*, porque descreve esta norma tal como ela é, não como ela *deveria ser*. O fato da especificidade ontológica da norma jurídica cria a especificidade metodológica da ciência do direito, que depois se volta, epistemologicamente, sobre a própria formação do conhecimento acerca da norma jurídica. Objeto e método se implicam mutuamente, de uma dupla perspectiva.

Sobre o direito, como fenômeno do conhecimento e como fenômeno social, para a teoria kelseniana, aqui arquetípica de qualquer positivismo jurídico, importam duas perspectivas – que, não coincidentemente, correspondem aos dois autores possíveis da interpretação jurídica na mesma teoria –: a do cientista e a da autoridade normativa²⁶.

(f) A curiosa viagem histórica que leva o positivismo jurídico dos subúrbios intelectuais da Grã-Bretanha para o topo da ciência jurídica do final do séc. XIX, e, principalmente, para o início do séc. XX é também a história da mudança de perspectiva no que concerne à importância do direito do ponto-de-vista teórico. De instrumento de controle social, atividade administrativa e regulação do estado, o direito se tornou objeto de cogitação teórico-científica. Não foi bem o direito, ontologicamente, que se alterou – Kelsen continuou a conceituá-lo, em perspectiva global, como “técnica social específica”, para diferenciá-lo de outros fenômenos normativos (do plano do *dever-ser*) sociais. Foi o *ponto-de-vista* com que predominantemente era encarado que se alterou. De *o que fazer com o direito?*, a pergunta principal tornou-se *o que é o direito?* Kelsen queria, de fato, fundar uma teoria tão perfeita no seu aspecto descritivo que abarcasse *qualquer direito*, no tempo e no espaço, e mesmo o direito internacional. E, conquanto outros – como Ross ou Hart – tenham sido bem menos ambiciosos, é certo que

²⁵ Nem o silogismo prático se invalida pela não observância da consequência quando coincidentes o lado esquerdo da premissa maior e a premissa menor, como, aliás, é sua característica, na forma aproximada (cf. ATIENZA, 2003, p. 23 *et seq.*):

$$\frac{\Lambda H \rightarrow OS}{H} \\ OS$$

(onde: Λ = “sempre que” (ou, em termos quantitativos, “para todo”, \forall) e O = “deve ser”)

²⁶ Embora com diferenças teóricas e metodológicas importantes, esta é também, neste ponto, a concepção empirista de Ross (2003). Exceção importante, no campo positivista, é Hart. Sobre isso, cf. Pádua (2008b).

continuavam a botar o problema da identificação e descrição do direito como ponto nodal da teoria do direito, sobre qualquer outro ponto que pudesse ter tido ontem – especialmente qualquer pretensão de crítica *teórica*, não *metateórica*.

A divisão de tarefas era clara: a autoridade normativa preocupava-se com questões políticas e morais na elaboração da norma. Uma vez elaborada, era tarefa do jurista identificá-la e descrevê-la, com pretensão de verdade. Tal como, p. ex., a fixação da (melhor possível) referência exata da água, a fim de que se possa então converter no significado público da palavra água, é tarefa do biólogo ou do bioquímico; a fixação da referência exata do direito e de suas normas, para o mesmo fim, seria tarefa do jurista, cientista do direito, numa *divisão social do trabalho lingüístico*²⁷. A diferença óbvia de que o direito não correspondia a nada no mundo *objetivo*, mas no mundo *social*, embora percebida por Kelsen, não era, para ele, só por isso, importante metodológica ou teoricamente, exceto para estabelecer o princípio da imputação, por oposição ao da causalidade. Da perspectiva positivista, também no direito, um fenômeno era algo a ser descrito e representado pelo discurso científico segundo o que realmente fosse, sem qualquer pretensão moral, política, ou crítica de qualquer sorte. Tanto quanto a água, salvante as particularidades ontológicas que refletissem na metodologia de seu conhecimento rigorosamente científico; tanto quanto a água, o direito – a norma jurídica – era algo posto, um objeto, um fato, sobre o qual se debruçaria, neutra e desinteressadamente, o cientista.

(g) Quando o pós-positivismo, nas suas mais variadas e pouco sistemáticas formas apareceu do meio para o final do séc. XX, sua principal preocupação era menos científica do que prática. A idéia era menos dizer que o positivismo estava errado no que havia descoberto sobre o direito, do que estabelecer o que ele havia esquecido sobre o direito e que também importava, talvez mais do que a identificação do seu objeto e descrição metódica, sobre ele. Era uma mudança, assistemática e problemática, de *agenda*.

²⁷ O conceito, bem como o exemplo da referência semântica da água é de Putnam (2008). A diferença entre significado e referência é extraída da teoria fregeana. Cf., por todos, Hacking (1999, p. 57-59 e *passim*)

“Em um certo sentido a teoria jurídica atual se pode denominar pós-positivista precisamente porque muitos dos ensinamentos do positivismo foram aceitas e hoje todos em um certo sentido somos positivistas.

[...]

Parece-me que mais do que da superação do positivismo, estamos ante um *deslocamento (desplazamiento)* da agenda dos problemas que interessam e, em alguns casos, a um certo distanciamento de algumas das tesis que eram sustentadas de forma majoritária pelas teorias positivistas.” (CALSAMIGLIA, 1998, p. 209-10, grifos do autor)

A lembrança de Calsamiglia, de que “todos os pós-positivistas são (em certo sentido) positivistas”, embora freqüentemente não levadas na devida consideração pelos que assim se denominam, ajuda a esclarecer o motivo pelo qual, muitas vezes, positivistas e pós-positivistas parecem num “diálogo de surdos”. Quando, por exemplo, uma das grandes aplicações do pós-positivismo no Brasil, o direito civil-constitucional, chama para si a unidade do ordenamento jurídico e a hierarquia das normas – supremacia formal da constituição – como fundamentos basilares de toda sua construção (cf. BODIN DE MORAES, 1999, p. 117-18), inevitavelmente, Hans Kelsen deveria ser a citação principal. No entanto, freqüentemente, ainda estas duas correntes – positivismo e pós-positivismo – se perdem num debate pouco produtivo sobre a inserção ou não de valores no direito e sobre como isso foi ou não negado por Kelsen, ou qualquer outro positivista. Como (quase) tudo o que cobre as margens, peca por deixar o centro descoberto

Em verdade, o mais importante do debate, como bem viu Calsamiglia, não é o que a moralidade ou a política representam para a teoria do direito positivista, mas antes qual é a sua preocupação e quais são as conseqüências teóricas destas preocupações. O positivismo jurídico tinha uma árdua tarefa – mais evidente com Kelsen, porém presente em todos os positivistas seus contemporâneos –: achar um objeto próprio da ciência do direito e encontrar uma metodologia que pudesse conhecer *verdadeiramente* este objeto, e retratá-lo em termos de enunciados representativos *verdadeiros*. A mesma tarefa enfrentaram, de certa maneira, Durkheim, Weber e os positivistas e neokantistas para a sociologia; Husserl e os fenomenologistas para a filosofia; Carnap, Hempel, Popper e outros, para a epistemologia em geral. Todos, em maior ou menor grau, queriam fundar ciência onde julgavam não haver ciência, não obstante as tentativas de Hobbes a Hume. E tinham, obviamente, um modelo: a física e a matemática, que, desde muitos

séculos antes, vinha formalizando o mundo objetivo a partir de seqüências semânticas em linguagens quase-estáticas e herméticas, aptas a representar o que *realmente acontecia* com extremo rigor de método, observação e experiência.

O pós-positivismo, no direito como na epistemologia, não tem mais esta árdua tarefa a desempenhar. Os filósofos da ciência pós-positivistas precisam, agora, somente explicar onde a ciência – social, para o que aqui interessa, mas natural também, em muitos pontos – esticou demais seu desiderato descritivista e empiricista. Têm de canalizar uma série de especulações pertinentes e irrespondidas que, desde o Thomas Kuhn, o segundo Wittgenstein e o pragmatismo filosófico, e a hermenêutica filosófica, assediam a produção de conhecimento “neutro” e “puro”²⁸; conhecimento que, desinteressada e simplesmente “retrata” ou “representa” o mundo “como ele, realmente, é”.

Os pós-positivistas do direito, esperava-se que também eles seguissem este caminho de crítica epistemológica à ciência e à teoria do direito positivista. No entanto, como mesmo Calsamiglia acaba por reconhecer – e legitimar – o pós-positivismo jurídico simplesmente ignora as questões epistemológicas – e as ontológicas delas derivadas – e contende com o positivismo apenas em *alguns* aspectos metodológicos. Com a resposta positivista reforçada desde o final do séc. XX, muitas vezes – talvez a maioria – o que se vê é o “diálogo de surdos”, favorecido, em todo caso, pela própria dificuldade do positivismo jurídico de se assumir, filosoficamente, positivista – ao invés de procurar um qualquer “estatuto próprio” ou “particularidade”.

(h) Sobre o pós-positivismo mais será dito no item seguinte e nos demais deste capítulo. O que desta viagem circular se deve destacar imediatamente é que, ao abandonar o curso natural da crítica epistemológica ao positivismo – sem abandonar os avanços inegáveis no conhecimento do direito, como sistema, especialmente, que ele proporcionou –, o pós-positivismo enveredou-se numa interminável discussão metodológica parcial. A nota interminável da discussão reside, justamente, no fato de que, no direito, positivismo e pós-positivismo falam

²⁸ Cf., além das referências sobre filosofia da ciência já feitas no início do capítulo, Habermas, 1984, p. 102 *et seq.*, e, mais recente e detidamente, IDEM, 2002b.

de focos diferentes do direito, e contendem não tanto sobre o que vêm, mas sobre qual foco é melhor.

O pós-positivismo parece querer uma espécie de retorno a Roma, em que o direito, de um sistema hierárquico e dinâmico de normas, passe a ser visto, *predominantemente*, como um “saber prático” sobre a resolução de conflitos específicos pelos órgãos de jurisdição/adjudicação (cf. ZAGREBELSKY, 1995, p. 120-26). O problema não é, pois, a pirâmide normativa ou a hierarquia dinâmica do direito – que dá, aliás, ao pós-positivismo o seu indispensável componente fetichista da constituição –, senão o fato de que, presentes estes elementos, o jurista deve, *também*, ser um resolvidor de casos concretos, um *prudens* (“prudente”), no sentido romano.

O trabalho do prudente romano, no início necessariamente um sacerdote, numa época em que o direito não era escrito e grande parte da população – mesmo patrícia – era analfabeta, consistia em saber o direito e mostrar aos outros como aplicá-lo. Os grandes prudentes fundaram escolas – com a dos Proculeianos e Sabinianos (cf. GIORDANI, 2000, p. 182-83) –, elaboraram opiniões e pareceres e personificavam o direito: eram autênticas instituições jurídicas personalizadas. “Pontífices e juristas leigos foram antes práticos que teóricos, procurando sempre orientar as partes na redação dos atos e nas formalidades processuais” (IBIDEM, p. 181)

A importância do prudente no direito romano era completada pela do pretor, originalmente um dos magistrados como poder de *imperium* da República Romana, que, no entanto, permaneceu, reduzido de poderes, mesmo sob o Dominato (cf. IBIDEM, p. 129 *et seq.*). O pretor, magistrado responsável pelo que hoje se chamaria o poder judiciário, tinha a função de decidir conflitos interpessoais, tanto os que hoje se chamariam criminais, quanto os que hoje se chamariam cíveis. Era ele que realizava o *iurisdicere*. Principalmente na Roma Republicana, o pretor, ao resolver os casos que lhe eram trazidos, também inovava no direito, seja em suas decisões sobre os casos já apresentados, seja, mais especificamente, através dos *edicta* (“editos”), que colacionavam, antes da apresentação dos casos, os, por assim dizer, entendimentos que o pretor prometia

seguir quanto aos que lhe fossem posteriormente trazidos. Este corpo de editos e decisões, muitos, a partir de determinada época, escritos em pedra, constituíam as correções “judiciárias” do direito posto (*ius civile*) que viria a constituir o instituto do *ius honorarium*, por vezes tão ou mais valioso do que outras fontes mais gerais de legislação como as *leges* (“leis”) ou os editos do senado (*senatusconsulti*)²⁹.

Pretor e prudente, juiz e jurista, completavam, acrescentavam e inovavam no Direito Romano, que só viria a ser “codificado” muitos séculos mais tarde, quando já em decadência a civilização romana. O prudente, além disso, acumulava a função de “cientista” do direito, ao, como dito, passar o conhecimento sobre o *ius* para gerações futuras.

De alguma maneira, como vimos no primeiro capítulo, esta concepção de direito como algo que servia a solucionar problemas políticos ou sociais – interpessoais ou não – passou para a Idade Média e sobreviveu, principalmente, pela retomada do Direito Romano nas primeiras universidades, através de glosadores e pós-glosadores. Já naquela época, os estudiosos do direito eram menos importantes politicamente e se circunscreviam, predominantemente, à esfera acadêmica. Porém, ainda assim, o trabalho que produziam era destinado não propriamente a fazer *ciência*, mas a fornecer subsídios para a vida política dos estados, especialmente quando os estados nacionais começaram a se formar, no final da Baixa Idade Média.

Foi só com o advento da ciência social moderna e com o tardio positivismo jurídico que esta preocupação eminentemente prática do direito foi deixada de lado – ou melhor, deixada para advogados e juízes (e legisladores) – em prol de um olhar puramente teórico, metodologicamente rigoroso e orientado. O pós-positivismo, ao abandonar este movimento, trazendo jurista e pretor de volta juntos, não só não realiza o trabalho epistemológico crítico comum às demais ciências sociais, mas também encastela o direito, ainda mais que o seu predecessor, nas mãos do jurista, longe do alcance do cidadão comum.

²⁹ Cf., sobre o que foi dito, Giordani, 2000, *passim* e, de um ponto-de-vista mais processual, Calixto, 1999, p. 41 *et seq.*

3.2.

Do advento do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo: o reforço do fetichismo constitucional

O retorno à Roma do pós-positivismo jurídico tem como principal consequência política o reforço da importância institucional e do poder ideológico (no sentido weberiano) do jurista. Antes um cientista como qualquer outro, o jurista agora, volta a acumular a função de *prudente*, de guardião da técnica e do saber jurídico, que ele deve combinar com o pretor/juiz, de modo a solucionar os casos concretos. A viagem circular está completa: o positivismo retirou o direito da esfera pública para transformá-lo – ou enfatizá-lo – em *sistema* que estrutura e se amolda ao poder estatal, no meio específico da linguagem formal imperativa das normas institucionalizadas e garantidas por sanção externa (cf. BOBBIO, 1999, p. 27-31). O pós-positivismo, contestando parcialmente a metodologia jurídica – mas não (tanto) a científica – de seu predecessor, completou a obra de ligação do direito com o poder estatal e desligamento deste complexo direito-poder da esfera pública ao colocar todo o direito nas mãos do jurista, em qualquer de suas vertentes – não só na sua descrição *ex post*.

O positivismo jurídico criara uma divisão clara de trabalho: ao jurista, enquanto cientista, cabia *descrever* o direito, *representá-lo* em sua realidade (deontológica ou não) através de um discurso científico mais ou menos *puro*. Ao aplicador, também em sentido amplo um jurista, cabia usar o direito como técnica (de controle) social (específica), interpretar a norma (autenticamente ou não) com vistas à sua utilização social concreta. Se o aplicador ou legislador – embora, para Kelsen (2006, p. 132 *et seq.*), muito coerentemente, todos fossem aplicadores e criadores do direito, dada a estrutura dinâmica e hierárquica do ordenamento jurídico – não confirmassem o discurso descritivo-assertórico do jurista, de duas, uma: ou estavam descumprindo o direito, caso em que deveria haver, para eles, uma sanção; ou o jurista-cientista se equivocara na sua descrição do direito, e sua produção de conhecimento fora provada *falsa*. Os papéis eram claramente distintos e, de certa maneira, autônomos. Uma metáfora possível talvez fosse a do engenheiro e do mestre-de-obras; ou do matemático puro e do matemático aplicado. Um cria conhecimento, o outro o utiliza (bem ou mal). A óbvia

particularidade, aqui, é que também o objeto do direito – norma, ordenamento, etc. – é, antes de tudo, produto de construção de sentido social e, por isso, modifica-se sem obedecer a leis causais (rígidas)³⁰. Mas também esta particularidade não foi enfocada pelo pós-positivismo jurídico.

Em vez disso, como vimos, o pós-positivismo jurídico optou por atacar o positivismo a fim de dissolver esta divisão do trabalho. O jurista agora não se dividia: ele identificava o direito, dizia o que ele é, e também cuidava de sua aplicação no caso concreto, segundo critérios de justiça ou equidade que também ele, *como jurista*, estaria mais apto a encontrar *dentro* da ontologia e da metodologia do direito. E, embora o positivismo jurídico, uma ciência pura, pouco se importasse, *nesta qualidade*, com os rumos políticos que o direito tomaria num estado qualquer – ou internacionalmente –, a motivação que fez surgir o pós-positivismo e sua posterior hegemonia na teoria do direito foi, interessantemente, a experiência nazi-fascista na Europa do meado do séc. XX.

(a) Quando Werner Kägi, um professor de direito suíço, escreveu uma obra pioneira em 1940-41. sobre a “desmontagem da constituição” ele procurava, antes de tudo demonstrar os efeitos catastróficos que a tibieza da Constituição de Weimar provocara na história política da Alemanha, e, com ela, na do mundo; não só no plano pragmático, mas também no plano teórico. Muitos anos – 17 mais ou menos – antes da hoje famosíssima aula inaugural de Konrad Hesse na Universidade de *Freiburg* (1959), em que este último proclamou a *normative Kraft der Verfassung* (“força normativa da constituição”)³¹, Kägi (2005) buscava, a partir de uma crítica catastrofista, afirmar o quanto se havia involuído na teoria constitucional, a fim de (re)afirmar o caráter fundamental da constituição no estado moderno.

“No conjunto dos Estados Ocidentais a Constituição como ordenamento jurídico-normativo fundamental do Estado passa hoje por uma crise radical. Sem

³⁰ Daí a idéia epistemológica de Giddens, de que a ciência social se vale de uma culpa hermenêutica: a que (pré-)interpreta seu objeto para construí-lo *na qualidade de objeto*, e a que o interpreta depois de construído, por meio do discurso científico sobre ele produzido – ao contrário das ciências naturais, onde o objeto já está “dado” e a única interpretação recai sobre a produção do discurso científico em si. Cf. Habermas, 1984, p. 109-111.; e IDEM, 1996a, p. 41-42 (nota 8)..

³¹ A primeira tradução desta obra no Brasil, muito instrutivamente, só parece ter-se dado em 1991, embora outras traduções européias já fossem correntes. Aqui, a referência é Hesse (1991).

embargo, desta vez, à diferença da época da Primeira Guerra Mundial, não é só uma crise da **prática** constitucional, quer dizer, um apartamento de um ordenamento fundamental positivado forçado pela emergência do momento. Pelo contrário, é uma crise do **pensamento** constitucional. Nele radica o preocupante da situação em que se encontra nosso Direito do Estado: a idéia de Constituição está se desvanecendo; seu sentido está [sendo] questionado.” (KÄGI, 2005, p. 45)

A preocupação de Kägi, já nos finais da 2ª Guerra Mundial estava em que o caráter “dinâmico” da sociedade, e a relatividade dos valores que se procurava implantar minavam a possibilidade de uma “existência racional”, segundo os cânones do estado constitucional. Embora procure não citar o nazismo, Kägi vê na não-limitação do poder do estado, especialmente na modalidade autoritária, uma das principais origens desta excessiva dinâmica normativa, que mina a pretensão de permanência dos valores constitucionais fundamentais, e com isso, contribui para a “desmontagem da constituição”.

“[...] o desenvolvimento atual se realiza no sentido de um deslocamento do centro de gravidade em direção ao poder executivo. O “Estado Judicial” e o “Estado Legislativo” [característicos de momentos históricos anteriores] são substituídos pelo “Estado Executivo” ou , como se deveria dizer com mais propriedade, “Estado Governamental”. Ele é a expressão notável de que a lei é deslocada do centro dominante do Estado. Este retrocesso normativo se manifesta em numerosos fenômenos particulares [...]” (IBIDEM, p. 168)

Pioneiramente em Kägi, mas, de modo geral, em – ao menos, quase – toda teoria pós-positivista o fantasma do autoritarismo nazista, que concentrava, como todo autoritarismo, poderes numa figura que funde a chefia do governo a do estado e, enfim, confunde-se e personifica a própria soberania estatal; o fantasma (mesmo no sentido psicanalítico do termo³²) da autocracia nazista era usada de fundamento para a afirmação da necessidade de uma espécie de reforço normativo da constituição (escrita).

Este hipostasiamento da constituição faria com que ela tomasse, para os juristas, ao menos, o lugar do totem, da figura do pai (cf. ENRIQUEZ, 1983; MAUS, 2000, p. 185-87 e *passim*), lugar que fundamenta simbolicamente, no

³² Tradução (problemática, aliás), originalmente francesa (*fantasme*), ao que parece, do termo freudiano *Phantasie*, trata-se de um conceito muito modificado na obra de Freud e diferentemente apropriado por escolas posteriores da psicanálise. Para o que aqui se apontou, basta dizer que o termo se relaciona com o desejo inconsciente na busca pela formação de uma realidade psíquica que o satisfaça, de acordo com a lógica do princípio do prazer. É também a maneira pela qual o sujeito representa a si mesmo as suas próprias origens psíquicas e filogenéticas. Cf. Roudinesco e Plon, 1998, p. 223-26.

passado e no presente, a reunião de sujeitos diferentes – por isso irmãos – em uma coletividade política diferenciada das demais. Ao mesmo tempo, no entanto, a constituição passa a não mais – como o pai primordial – ser uma figura histórica determinada no tempo e no espaço, mas um conceito inscrito no simbolismo social, ou sócio-jurídico, de acesso retirado da consciência social. Porque não tem (mais) uma existência material, mas meramente simbólica e sublimada de volta à própria sociedade a constituição, como conceito e fundamento de coesão/existência social, não pode ser tematizada pelo discurso social³³, mas tem de ser, de qualquer modo, “aplicada”, “concretizada”, “reconhecida em sua força normativa” ou em sua “capacidade transformadora”.

Em Kägei, próximo que estava do coração do guerra, a frustração com a impotência dos direitos e liberdades constitucionais em face dos horrores da guerra, criou uma forma particularmente exacerbada deste *fetichismo constitucional*³⁴. Para ele, não só a falta de efetividade e de tomada à sério da constituição “como ordenamento fundamental do estado” era preocupante: também a mutação constitucional, a revisão constitucional e mesmo a cláusula *rebus sic stantibus* no direito dos tratados internacionais, representavam perigos para a normatividade constitucional (cf. KÄGI, 2005, p. 149 *et seq.*). Tudo o que representasse um componente excessivamente “dinâmico” a ameaçar o *status* fundamental da constituição deveria ser encarado com preocupação e comedimento.

³³ O que não quer dizer, por óbvio que a constituição material de cada estado não seja tematizada e, eventualmente, até criticada pela comunidade jurídica. Mas esta constituição material é, quando muito, o registro (sempre imperfeito, ambíguo) de realidade de uma constituição simbólica, conceitual, que caberá, sempre, aplicar até a sua “máxima efetividade”. A dicotomia entre o que está explícito na constituição e o que está “implícito” nela dá bem a nota desta distinção de registros entre as “duas constituições”. No caso brasileiro, a inserção da primeira parte do §2º no art. 5º (“§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]”) mostra que também no processo constitucional esta constituição simbólica se fez bem presente.

³⁴ Com uma fundamentação teórica parecida, Maus (2000, p. 191-93) fala em “teologia constitucional” e em “superego constitucional”. A idéia do fetichismo e a do superego, aqui, no entanto, têm uma distinção importante: o superego é internalizado pelo sujeito – ou pela sociedade – a partir da figura do pai (cf. FREUD, 1996a), ao passo que o símbolo ou o fetiche representam um *objeto externo* de idealização e catexia pulsional erótica – na psicanálise e também em outros campos do saber, como a etnologia (cf. ROUDINESCO e PLON, ob. cit., p. 235-38). Têm funções e ligações psíquicas distintas. Mesmo na teoria de Maus, parece mais adequado reservar o conceito de superego para o poder judiciário (como no título do artigo em questão), que se operaria, entre outros mecanismos, pelo fetichismo constitucional.

“Se bem que as Constituições normativas modernas [...] desde o princípio já não pretenderam a inalterabilidade solene dos ordenamentos medievais, estiveram, sem embargo, impregnadas por uma vontade que quis fixar validamente seus valores também para as gerações futuras. Isso se depreende especialmente das previsões (*afianzamientos*) dos direitos fundamentais. Ainda nas Assembléias Nacionais Constituintes se dá uma *communis opinio* acerca da finalidade e dos limites do Estado. Os direitos do indivíduo se consideraram *pré e supra* estatais e inclusive intocáveis pela maioria. O sentido e a tarefa da constituição era assegurar esta clara ordem de relações indivíduo-Estado.

Hoje, falta aquela ampla unanimidade de vontades político-constitucionais. Mas quando já não existem critérios firmes acerca da posição do indivíduo na comunidade e, em especial, sobre os limites do poder estatal, a Constituição como ordenamento normativo do Estado tampouco pode ter aquela clareza e estabilidade que, por exemplo, admiramos na criação da Convenção da Filadélfia.” (IBIDEM, p. 118)

Assumindo um auge de fetichismo constitucional, Kägi rejeita, de um lado ou de outro, tanto a “formalização da constituição” a o abandono de sua “essencialidade material”, atribuída a Kelsen, principalmente (cf. IBIDEM, p. 99-102), quanto o casuísmo na aplicação da constituição, ou a mescla entre constituição jurídica e política constitucional, como no “decisionismo de Carl Schmitt” ou na “dinâmica de integração de Smend” (IBIDEM, p. 107).

A teoria material da constituição, para Kägi, diz, justamente, com a manutenção de valores fundamentais, com a anti-relatividade destes valores e com a manutenção da “normatividade da constituição”, dissociada tanto de um foco em seu aspecto formal – na hierarquia dinâmica das normas de um ordenamento jurídico – como de uma dissolução de sua materialidade de acordo com contextos políticos particulares. É uma materialidade quase-imutável. Uma defesa de uma constituição simbólica, que preexista e regule o estado no seu presente e para o seu futuro, a partir de valores consagrados sobre os quais a dinâmica política deste mesmo estado não tenha qualquer – ou muito pouca – ingerência.

(b) A teoria constitucional de Werner Kägi, evidentemente, trazia consigo todos os traços de uma construção embrionária, especialmente o radicalismo extremo em suas proposições. No entanto, seu papel pioneiro demonstra, melhor do que os temperamentos posteriores, o núcleo teórico do pós-positivismo no cerne do momento histórico em que se desenvolveu. De certa maneira, mais claramente na obra de Kägi do que nas posteriores, o pós-positivismo tem de

problematicamente equacionar uma dialética complexa entre o universal e o particular, de que, talvez, o melhor e mais simbólico exemplo seja a Declaração Universal de Direitos do Homem da ONU, no sugestivo ano de 1948.

Um grandiloquente documento, belo nas palavras e afirmação da disposição para a (re)construção do mundo ocidental após as mazelas da Guerra, a Declaração de 1948 é também um documento, como diz o próprio modificador no título, *universal*. Seu preâmbulo começa justamente pela afirmação desta universalidade: “[c]onsiderando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]”

A universalidade estampada na Declaração de 1948 é a mesma universalidade dos valores *pré* e *supra* estatais de Kāgi. Num mundo que já começava a passar por rápidas transformações sociais, políticas e tecnológicas, era preciso afirmar valores que não se submeteriam a esta dinâmica sócio-cultural. Tal como no caso já visto do constitucionalismo comunitário, a necessidade de um consenso universal em torno de valores compartilhados seria condição de possibilidade da (nova) lógica jurídica do pós-Guerra. Ao mesmo tempo, como no caso da constituição compromissória brasileira, a pluralidade concepções de bem e a necessidade de acomodar interesses diversos enseja o problema de pluralidade. Também aqui, a lógica da constituição aberta que nasce e se volta – e, paradoxalmente, se fecha em – à dignidade da pessoa humana (cf. SIQUEIRA CASTRO, 1999) parece ser o fundamento encontrado para unir universalidade e pluralismo.

Considerando a historicidade destes direitos, pode-se afirmar que a definição de direitos humanos aponta a uma pluralidade de significados. Tendo em vista tal pluralidade, destaca-se neste estudo a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida com o advento da Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993

[...]

É neste cenário [do fim da “Era Hitler”] que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a 2ª Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução.” (PIOVESAN, 2004, p. 80-81)

A pluralidade de significados, embebida na maré universal de afirmação da dignidade humana, obviamente, coloca o problema de como conceber universalidade e pluralismo juntos, no mesmo espaço histórico e, mais difícil, ainda, no mesmo espaço teórico. No plano do estado nacional, Zagrebelsky (1995, p. 114-16) ainda se esforçava por encontrar um idealizado e improvável “momento constitucional”, quando “todas as forças, devido à insegurança de seus interesses particulares imediatos, se vêem induzidos a obrar sobre a base de considerações de ordem geral”. A dificuldade é, evidentemente, muito mais acentuada no plano internacional, especialmente se se consideram – para além da diversidade cultural entre as nações ocidentais – os ainda hoje vigentes sistemas tradicionais e tribais de direitos da Ásia meridional e de vários países da África e tribos na América Latina³⁵. Nada obstante, também no plano internacional, valores compartilhados são assumidos a partir de um fetichismo constitucional que recai, agora, não só sobre a constituição escrita de um estado específico, mas sobre suas relações com documentos jurídicos internacionais, segundo a adaptação conceitualmente problemática da noção francesa de *bloc de constitutionnalité* (“bloco de constitucionalidade”)³⁶ para as relações entre direito constitucional interno e direito internacional.

(c) Uma vez (re)unidos pelo pós-positivismo, o jurista prático e o jurista teórico têm agora, de descrever o direito em termos de verdade e aplicá-lo em termos de correção normativa. Não se trata, necessariamente, da formação de uma teoria crítica do direito, para a consolidação da qual, aliás, faltaria uma tonelada de trabalho teórico – ainda em curso, por exemplo, nas ciências sociais (cf. HABERMAS, 1987, p. 374 *et seq.*; IDEM, 2002, *passim*, e HANSEN, 2005)³⁷.

³⁵ Para algumas considerações e casos interessantes sobre a Ásia e a África árabe, cf. Geertz (2000a).

³⁶ O conceito de bloco de constitucionalidade ficou famoso pela sua aplicação nos julgados do *Conseil Constitutionnel* (“Conselho Constitucional”) francês. A idéia era que, porquanto a Constituição francesa de 1958 não possui capítulo sobre direitos fundamentais, o preâmbulo do documento e a *Déclaration Universelle des Droits de L’Home et du Citoyen* (“Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão”) de 1789 se agregariam à dita constituição para funcionar como parâmetro de controle da legislação infraconstitucional. Cf. FRANCISCO, 2005, p. 100 (especialmente nota 1).

³⁷ Obviamente, existem teorias que se propõem “críticas” no direito. A base comum do marxismo revisado produziu, na França, com muito influência no Brasil, a *Critique du Droit*, e, nos EUA, a *Critical Legal Studies (CLS)*. No entanto, a vida destes movimentos parece ter sido curta, por diversos motivos – inclusive perseguição acadêmica. Além disso, não parece ter havido muito esforço de construção teórica capaz de estruturar uma teoria crítica do direito, tal como se

Trata-se, na verdade, da assunção (política), mais ou menos refletida, de que o direito “formalizado”, descrito com pretensão científica pelo positivismo jurídico, fora o responsável – ou, ao menos, um dos principais responsáveis – pela possibilidade político-jurídica de ascensão do nazi-fascismo na Europa³⁸.

Se é este o diagnóstico, o tratamento seria, então, no plano teórico, a inserção das considerações morais dentro do trabalho da teoria do direito, que, para isso, deixaria de se preocupar com a questão “o que é o direito?”, e passaria a se preocupar com a questão “como se aplica o direito?”. A esta mudança de agenda teórica, corresponderia, no plano prático, uma “retomada” da força normativa da constituição, tornada guardiã simbólica e fantasmática³⁹ dos valores fundamentais derivados da dignidade da pessoa humana. E o jurista, naturalmente, seria o ator social treinado para realizar as duas tarefas simultaneamente: interpretar e concretizar a constituição, mostrando como se deveria aplicar o direito.

O pós-positivismo, como negação do positivismo, combina-se com o *neoconstitucionalismo*, como retomada a normatividade constitucional em novo plano. Ambos se combinam neste novo papel híbrido e englobante atribuído ao jurista: ele cuida da aplicação do direito e, a partir daí, desenvolve sua teoria. Ele junta o geral ao particular, o universal e singular: um fundamento jurídico feito para valer em qualquer lugar do globo – a dignidade da pessoa humana – e a infinidade de princípios e regras e suas dinâmicas de aplicação em cada vez mais “difíceis” casos concretos. A união de um desenvolvimento teórico embrionário e metodologicamente pouco centrado e uma convicção política na necessidade de dar força ao direito (constitucional) aplicado ao caso concreto – a união entre pós-positivismo e neoconstitucionalismo – é o que permitiu a este movimento teórico inicialmente marginal uma primazia marcada já do meio para o final do último

tentou – e tenta – nas ciências sociais. Muito, aliás, da crítica destas teorias veio, também, da Escola de Frankfurt e de mesclas heterodoxas dela com o pós-estruturalismo francês, num movimento de apropriação tardia, pela teoria do direito, de elaborações já modificadas ou profundamente contestadas nas demais ciências sociais e na filosofia. Cf. Junqueira, 2001.

³⁸ A afirmação é já verdadeiro truismo na literatura pós-positivista. No Brasil, cf., por todos, Barroso, REF. Esta assunção é extremamente problemática, como se verá a seguir.

³⁹ Cf. nota 114, acima.

quarto do séc. XX. O fantasma do nazi-fascismo foi mais forte e mais duradouro do que o rigor metodológico-científico do positivismo jurídico.

Sobre este aspecto, aliás, é preciso prestar atenção em um aspecto da dinâmica histórica da teoria do direito – constitucional, notadamente – para a qual o idealismo extremado do pós-positivismo não costuma prestar muita atenção: o pós-positivismo neoconstitucionalista é, em muitos pontos, *contemporâneo* de várias correntes do positivismo jurídico que pretende combater. A *General Theory of Law and State* (“Teoria Geral do Direito e do Estado”) de Kelsen – apresentada deliberadamente ao público anglófono como vitrine da teoria pura que tinha criado – é de 1945. Uma segunda edição modificada da *Reine Rechtslehre* (“Teoria Pura do Direito”) do mesmo autor – arqui-inimigo do pós-positivismo é de 1960. *Om Ret og Retfoerdighed* (“Direito e Justiça”), a obra magna de Alf Ross foi escrita em dinamarquês em 1953 e traduzida para o inglês (*On Law and Justice*), de onde se espalhou para o mundo em 1958⁴⁰. Finalmente, para ficar em alguns exemplos de clássicos do positivismo, a primeira edição de *Concept of Law* (“O Conceito de Direito”) de Hart é de 1961⁴¹.

Pari passu, portanto, com o desenvolvimento de uma teoria da aplicação da constituição em casos concretos, através de valores universais, o positivismo jurídico continuava a sua caminhada em busca do maior rigor metodológico e da fixação delimitada de seu objeto próprio. Não há marco zero ou ponto de superação do positivismo jurídico, assim como não há marco zero do nascimento do pós-positivismo, muito menos é o pós-positivismo um antecedente do neoconstitucionalismo⁴². É emblemática desta dificuldade em encontrar origens

⁴⁰Cf. a nota do tradutor brasileiro em Ross (2003, p. 17-18).

⁴¹ Novamente, propositadamente, evitamos colocar Bobbio na lista principal, já que sua morte – na casa dos noventa anos, em verdade – é muito recente. Mas muitas de suas obras são também do início da segunda metade do séc. XX e uma das mais importantes para o direito, “Teoria do Ordenamento Jurídico”, é de 1960. Sobre algumas das referências e datas acima, cf. Sgarbi (2006).

⁴² Aliás, sobre isso, é muito interessante a pesquisa de doutrina comparada em Dimoulis (2006, p. 45 *et seq.*). Este autor, após muito procurar, somente encontra poucas referências, em várias línguas diferentes a algum sintagma equivalente a pós-positivismo. A sua conclusão de que este seja um termo “praticamente desconhecido” fora do Brasil parece, no entanto, um pouco forte demais; especialmente se considerarmos sua pertinência e aceitação inclusive na filosofia da ciência. As descobertas de Dimoulis, no entanto, servem a demonstrar a pouca sistematicidade do método e das propostas dos autores que auto ou heterodenominados acabam por se chamar pós-positivistas.

teóricas para o pós-positivismo o apelo que se faz ao norte-americano Ronald Dworkin como um dos pais desta teoria (cf. BONAVIDES, 1996, p. 237-38), ainda que ele se tenha proposto, em primeiro lugar, a discutir, contra Hart, sobre uma teoria da jurisdição que desse conta da prática das cortes norte-americanas – de *common law*, portanto (cf. SGARBI, 2006, p. 149 *et seq.*).

O neoconstitucionalismo, como luta pelo revigoramento jurídico(-político) da constituição simbólica tem lugar no segundo pós-Guerra, a partir, como dito, da atribuição de parte da culpa pelo nazi-fascismo ao “formalismo positivista”. E é neste repúdio ao formalismo e no revigoramento do papel unificado do jurista que também o pós-positivismo encontra seu (difuso) fundamento. E é também aqui que pautas comuns se estabelecem, tais como a relação entre direito e moral e a revisão da teoria das normas e das fontes do direito.

(e) O nazi-fascismo é o ponto de repúdio comum dos pós-positivistas neoconstitucionalistas. A própria idéia de um neoconstitucionalismo só faz sentido se se afirmar que um *antigo* constitucionalismo – o da Europa na Era das Revoluções Liberais, nomeadamente – não deu conta de alguma dinâmica histórica posterior à sua primeira afirmação. Neste sentido, se o constitucionalismo, como vimos, foi um movimento predominantemente político, antes que jurídico, de consolidação dos limites do poder do estado, em relação ao sujeito privado/cidadão/indivíduo, o *neoconstitucionalismo* seria um resgate da dimensão material do direito e da normatividade constitucional (cf. COMMANDUCCI, 2005, p. 76-81; ARIZA, 2005, p. 239-42), perdida na legitimação jurídico-formal do nazi-fascismo pelo fracasso no reconhecimento da normatividade das constituições anteriores e pelo positivismo jurídico – especialmente kelseniano. Por uma curiosa mistura de circunstâncias, enquanto o constitucionalismo foi um movimento de limitação do estado e afirmação do indivíduo, o *neoconstitucionalismo* foi um movimento de reforço do poder do estado, que agora, a partir da jurisdição (cf. VALLINDER, 1995, p. 19-20), velaria, justamente, por esta comunidade de valores compartilhados por toda a nação – e, no limiar, por todo o mundo (cf. CRUZ, 2005, p. 1-5 e *passim* e PIOVESAN, 2004).

Obviamente, nada disto faz muito sentido histórico se o nazi-fascismo não puder ser atribuído, duplamente, às falhas da dinâmica constitucional *per se* e à legitimação teórica supostamente dada pelo positivismo formalista. Insistentemente, é isso o que afirmam os neoconstitucionalistas desde Kāgi.

“O positivismo pretendeu ser uma *teoria* do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva [...] fundada em juízos de fato. Mas resultou sendo uma *ideologia*, movida por juízos de valor, por ter se 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. [...]

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 de 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.” (cf. BARROSO, 2006a, p. 26)

E, no entanto, talvez surpreendentemente, o positivismo jurídico parece ser inocente aqui⁴³. Logo de início, é duvidoso que o nazismo tenha ascendido ao poder “segundo a lei vigente”. De fato, nas eleições de julho de 1932, uma coalizão de comunistas e nazistas ganhou mais de 50 por cento dos votos e formou a maioria parlamentar. Em janeiro de 1933, Hitler foi indicado primeiro-ministro (*Bundeskānzler*), como resultado da coalizão vencedora. Ele usou o poder que ganhou para forçar a dissolução do parlamento e convocar novas eleições – não totalmente democráticas – em março de 1933, quando o governo conseguiu maioria absoluta. Por fim, usando o art. 48 da Constituição de Weimar, Hitler e seu governo expurgaram os comunistas do parlamento, e, com isso, asseguraram ao Partido Nacional-Socialista a maioria absoluta parlamentar que garantiu a aprovação da ditadura para Hitler (cf. VALLINDER, 1995, p. 19-20).

“Dizer que Hitler alcançou o poder democraticamente é, por isso, no máximo, uma meia-verdade. No entanto, meio meias-verdades podem (*may*) ser assustadoras e requerer contramedidas. A República Federal da Alemanha as tomou em 1949: uma nova constituição, a *Grundgesetz*, foi promulgada (*enacted*) incluindo um extenso catálogo de direitos (*bill of rights*), um tribunal constitucional e controle de constitucionalidade.” (IBIDEM, p. 20)

Além do mais, o “positivismo formalista” muito dificilmente pode ser acusado de anti-democrático, explícita ou implicitamente. Em primeiro lugar,

⁴³ Cf., no que segue, a excelente reconstrução histórico-teórica do direito nazista e a sua não-vinculação ao positivismo jurídico em Dimoulis, 2006, p. 257 *et seq.*

como já visto, o positivismo jurídico, tal como o (neo)positivismo lógico na filosofia, era uma teoria epistemológica e ontológica do direito, com fins científicos. Um de seus pilares era – e ainda é (cf., por exemplo, POZZOLO, 2005, DIMOULIS, 2006, *passim* e FERRAJOLI, 2002, p. 29 *et seq.*) – a separação entre as esferas ontológicas do ser e do dever-ser, a fim de fixar o trabalho da ciência na primeira. Era o conhecimento do direito como *verdadeiramente fosse*, e não sua modificação para como *deveria ser*, que interessava ao positivismo jurídico, em qualquer de suas versões – mesmo no “positivismo inclusivo” vanguardista de Hart (cf. PÁDUA, 2008b).

Porém, mais ainda, se era este o fundamento e a finalidade do positivismo, também não faria sentido que ele adentrasse, *como tal*, as discussões políticas, legislativas e – mesmo – judiciais sobre o direito. O jurista teórico e seu método científico – *mas não* o seu objeto – era puro; o jurista prático, que não poderia fazer ciência, poderia, no entanto, participar da criação da norma, em qualquer de seus planos, como melhor lhe aprouvesse⁴⁴. Isso, como no Brasil, também foi verdadeiro na Alemanha pré-Guerra.

“Desde a introdução tardia do parlamentarismo, com a República de Weimar, a conexão interna entre a vinculação à legalidade e independência do Judiciário parece ter ganho uma dimensão que corresponderia à própria dissolução do parlamentarismo. A Justiça transformou em fetiche sua independência mediante exigências políticas corporativistas, ao mesmo tempo que, ao negar fundamentalmente sua ‘vinculação à legalidade’, exigiu independência do recém-democratizado Poder Legislativo. Em contraponto à teoria positivista e formalista de aplicação do direito dessa época, apoiada por poucos representantes ‘republicanos’ da polêmica weimariana, a teoria dominante defendia a liberdade judicial perante a lei em dois sentidos: primeiro, sustentava com grande ênfase argumentativa as decisões do Tribunal Imperial dos anos 1920, pelas quais reconheceu ao juiz, pela primeira vez na história judiciária alemã, um direito de exame das normas legais do Império, apoiando a possibilidade de um controle jurisdicional de constitucionalidade a ser exercido de forma ‘difusa’ por todos os tribunais [...]; segundo, defendia – e de forma ainda mais conseqüente – uma expansão do cânone jurídico-metodológica que permitisse à Justiça decidir em cada caso se convinha referir-se à lei (reconhecida ‘conforme a Constituição’) ou a pontos de vista e premissas próprios.” (MAUS, 2000, p. 194-95)

⁴⁴ O próprio Kelsen, como se sabe, participou da elaboração da Constituição Austríaca de 1920, no qual se destacou a proposta de controle concentrado de constitucionalidade (ainda hoje chamado, por isso, “modelo austríaco” ou “modelo europeu”; cf. FAVOREU, 1996, p. 5-6). Foi também, além disso, membro e redator permanente da Corte Constitucional Austríaca então criada (cf. IBIDEM, p. 31-32, e SGARBI, 2006, p. 63). Nada disso, no entanto, foi feito *cientificamente* por Kelsen, mas politicamente, ou jurídico-praticamente.

Muito mais do que ao positivismo jurídico, a vinculação de juízes e juristas, na Alemanha do início do séc. XX era para com o direito feito caso a caso, numa espécie de pós-positivismo *avant garde*.

“Os juízes sentiram-se afrontados não só socialmente como funcionalmente, reagindo com irritação à exigência de atuarem como meros ‘serviçais das normas’, não só as do Código Civil de 1900, mas sobretudo as da legislação extravagante de teor ‘político-partidário’. Nesse interesse corporativo convergiam liberais, a esquerda e a conservadora Associação dos Juízes Alemães. [...] Assim, ambas as correntes exigiam maior liberdade dos juízes frente à lei: os teóricos do Direito Livre postulando abertamente a possibilidade de decisão judicial baseada em norma jurídica positiva como exceção, e os protagonistas da Associação dos Juízes, que redefiniram o conceito de ‘vinculação à lei’, colocando esta à disposição da ambicionada flexibilização do direito.” (IBIDEM, p. 195)

Durante o nazismo, do ponto-de-vista teórico, foi a corrente jurídica que renegava a lei quem forneceu o fundamento e a inspiração para significados altamente volúveis e muito pouco restritos pelo uso corrente, aos quais recorreu Hitler na sua cruzada de limpeza étnica. “Fim social da norma”, “ideologia do povo alemão”, “verdadeiro *Da-sein* (“ser-aí”) do povo alemão”, todos foram sintagmas correntes que justificaram, inclusive “positivados” no direito nazista⁴⁵ pelo que hoje se considerariam “cláusulas gerais”, a política hitleriana⁴⁶. Isso sem falar que o principal jurista do nazismo não foi Kelsen – afugentado da Europa por ser judeu –, mas um de seus principais adversários teóricos, Carl Schmitt, um fervoroso crítico da “neutralidade” política no direito, e profundo teórico da ditadura (cf. AGAMBEN, 2004, p. 83 *et seq.*; FAORO, 2007b, p. 195-205; DIMOULIS, 2006, p. 262-63). De fato a inspiração do direito nazista pareceu ter sido predominantemente jusnaturalista, baseada na aceitação de um destino metafísico da “raça ariana” (cf. BULYGIN, 1991, p. 620-21).

Já do ponto-de-vista político, a magistratura parece ter maciçamente apoiado – ao menos durante tempo demais – a ascensão nazista, principalmente

⁴⁵ Um direito de decretos e medidas executivas muito distante mesmo do ideal exegético da lei geral, abstrata e impessoal da Era Liberal européia, bem entendido.

⁴⁶ No direito penal, é famosa a referência à Escola de Kiel, que desmerecia, precisamente, a pré-determinação lingüística do tipo penal – e, com isso, o princípio da legalidade estrita – a fim de enquadrar virtualmente qualquer conduta como crime. Por este meio, o controle social nazista poderia fazer-se mais efetivo, já que submetia qualquer um, potencialmente, ao crivo da punição – nada branda – do regime, na base da delimitação caso a caso. Também no caso da Escola Kiel, no entanto, não parece ter sido seu objetivo político a fundamentação do nazismo. Ao contrário do positivismo jurídico, no entanto, ela e fato *foi aproveitada* como teoria penal pelo regime nacional-socialista. Cf. DIAS, 1999, p. 190.

através da Associação dos Juízes Alemães. Os juízes viram no direito nazista o mesmo tipo de casuísmo, antipositivismo e antiformalismo que procuraram implantar mesmo antes de Hitler alcançar o poder e aprovar a sua ditadura.

“Discriminações motivadas politicamente no tratamento de cada caso singular, como as que foram então exigidas, não são compatíveis com a vinculação a uma “lei” qualquer, a qual esteja em vigor por um espaço mínimo de tempo. Deste modo, aparece nas “Cartas aos Juízes” nacional-socialistas, com grande coerência, a personalidade dos juízes como uma importante garantia para a ‘correta’ jurisprudência, cujas tarefas ‘só poderiam ser executadas por seres humanos livres, dignos, dotados de clareza interior, portadores ao mesmo tempo de um grande senso de responsabilidade e de satisfação na execução desta’; a magistratura deveria representar a ‘elite nacional’. Na literatura jurídica da era nazista tal crença aparece de modo lapidar: o ‘juiz-rei do povo de Adolf Hitler deve libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo’” (MAUS, 2000, p. 197)

O positivismo jurídico e a corrente exegética e legalista do direito não foram pilares teóricos e muito menos políticos para o nazi-fascismo. Seu aparente problema foi, por coerência teórica, ter de responder com um “sim” à pergunta sobre se o que se produziu normativa e institucionalmente na Alemanha nazista ou na Itália fascista foi direito. Mas isso, certamente, interessa muito pouco como *razão* ou *causa* para a ascensão destes particularmente destrutivos tipos de autoritarismo e autocracia na Europa do meio do séc. XX. Nem, certamente, esta pergunta lhes foi feita, naquele momento, por um nazista ou um fascista.

(f) Se o fantasma do nazismo é, de fato, alheio a princípio da realidade, o que justifica e sustenta a escalada do neoconstitucionalismo pós-positivista? É claro que, nada obstante o convincente argumento de Maus quanto à magistratura alemã, não se trata de um ardiloso expediente arquitetado por um grupo social para tomar ilegitimamente o poder. Por outro lado, a mudança paradigmática do direito já iniciada deste o final do primeiro quarto do séc. XX⁴⁷ tornou social e historicamente possível a concepção do direito não mais como asseguração da área de livre atuação de sujeitos autônomos presumidos livres e iguais, senão como instituição promotora de uma igualdade material a partir da atuação promotora e interventora do estado. Assim que se percebeu – errada ou corretamente – uma usurpação do estado (administrador) em relação a este poder interventor, dois caminhos se colocariam: investir na esfera pública informal e sua

⁴⁷ Cf. cap. 2, item 2, acima.

conexão com a formal, para fortalecer a base da cidadania contra qualquer ameaça à democracia; ou voltar-se para o próprio estado, e nele, para um ramo seu antes aparentemente desimportante e marginalizado, o “terceiro poder”, o poder judiciário.

Este último foi o caminho escolhido. A resposta encontrada, do ponto-de-vista da sociedade e dos sujeitos transferiu, como bem notou Maus, a função de estabilização da conflituosidade natural da vida política para uma nova figura simbólica que, representada inconscientemente, serviu para, pela morte do pai anterior – a administração pública transmutada em ditadura totalitária –, instituir uma nova figura parental: o poder judiciário e toda a comunidade jurídica, protetores da constituição, elevada e fetichizada na condição de totem⁴⁸ moderno. Do ponto-de-vista do mundo-da-vida em geral, a colonização do poder estatal sobre a sua própria dinâmica simbólica é disfarçada por esta outra dinâmica simbólica parental com a qual se apresenta o estado revigorado pela nova referência à constituição. Do ponto-de-vista do sistema estatal, por fim, a irritação provocada pela modificação do mundo-da-vida quando pelo trauma do exacerbamento da concentração de poder no estado nazi-fascista tornou necessária uma adaptação do poder e uma associação sua com o direito, para que a reprodução sistêmica não se interrompesse, no marco do paradigma do estado material⁴⁹.

Embora o positivismo jurídico, com a análise do direito através da ciência já se prestasse a conceber e proporcionar ao direito um estatuto sistêmico auto-reprodutor, a limitação deste estatuto à esfera privada da comunidade científica impedia maiores conseqüências sociais para a produção discursiva do positivismo. Foi só quando o neoconstitucionalismo pós-positivista estendeu, via fetichismo constitucional e enfoque teórico na comunidade jurídica em torno do poder judiciário; quando estendeu a autonomia sistêmica do direito ao trabalho privilegiado do seu aplicador que o direito pôde unir-se ao poder como meio de

⁴⁸ A referência óbvia é a Freud, e à sua obra *Totem e Tabu*, onde o totem é (um dos) representantes simbólicos do pai primordial, na forma de proibições (leis) que instauram a ordem. Cf. ENRIQUEZ, 1983, ROUDINESCO e PLON, 1998, p. 756-60 e, com uma interpretação – em princípio correspondente com as teses do presente trabalho – que coloca o pai primordial na condição de metáfora do déspota autocrático moderno, J. F. COSTA, 2003, p. 50 *et seq.*

⁴⁹ Esta dinâmica entre sistemas e mundo-da-vida será aprofundada no cap. 4, abaixo.

atuação estatal e colonizar a esfera pública. Para isso, portanto, o encastelamento teórico do direito teria de se completar e atingir também a sua aplicação.

Certamente, um dos principais mecanismos pelos quais esta sistematização colonizadora do direito se realizou foi a (re)inserção da moral *dentro do* direito, segundo os mecanismos teóricos próprios a este campo da teoria e da prática social. Não por acaso, é este, possivelmente, um dos principais focos de divergência contemporânea entre neoconstitucionalistas pós-positivistas e positivistas jurídicos renovados.

Em primeiro lugar, é preciso, no entanto, dizer que nenhum positivista clássico parece ter excluído a moral do direito. Kelsen, Ross ou Hart – este menos ainda, visto seu interessante conceito de um “direito natural mínimo”⁵⁰ – não dizem que o direito não pode ter, na criação e aplicação da norma, uma dose de considerações morais que o impregnem.

O que está em disputa, neste por vezes “diálogo de surdos”, é que papel pode ter a moral no estabelecimento epistemológico e ontológico do direito: na ciência do direito e no direito como objeto desta ciência. Kelsen, numa elucidativa passagem, introduzindo sua *General Theory* e explicando sua teoria pura ao público de *common law* ao qual a obra se destinava, afirmou:

“Desde que o fim desta teoria geral do direito é possibilitar ao jurista preocupado com uma ordem legítima particular, ao advogado, ao juiz, ao legislador, ou ao professor de direito, entender e descrever tão exatamente quanto possível seu próprio direito positivo, uma tal teoria deve retirar (*derive*) seus conceitos exclusivamente dos conteúdos do direito positivo. Ela não pode ser influenciada

⁵⁰ Esta tese, tão citada e, aparentemente, tão pouco estudada não se alimenta propriamente de uma ontologia moral, senão de uma ontologia jurídica: porque, para Hart, o direito é um sistema de regulação organizada e institucionalizada de condutas humanas a partir de normas (algo como o que Kelsen já havia chamado “técnica social específica”) jurídicas, não haveria razão para que o direito se concebesse se não se mantivesse um mínimo ambiente “natural” – Hart usa o termo “sobrevivência” – entre o ser humano e a sociedade sobre o qual pudesse recair tal regulação jurídica. O direito não poderia ser direito nesta acepção, se permitisse ou incentivasse a destruição física do ser humano ou da sociedade. É daí que Hart retira um conteúdo o direito que obedece (*causalmente*) à natureza humana e social que o direito precisa *pressupor* para ter sentido ontológico. Isto está claro na lista de “normas” deste conteúdo mínimo de direito natural: não permitir a morte e a violação física do ser humano (“vulnerabilidade humana”); não permitir a dominação total de um ser humano por outro (“igualdade aproximada”); não permitir a generalização da violência física de que é capaz qualquer ser humano (“altruísmo limitado”); proteger alguma forma, ainda que mínima, de propriedade privada (“recursos limitados”); estabelecimento de sanções coercitivas (“entendimento e força de vontade limitados”). Cf. Hart (1961, p. 89-96).

pelos motivos e intenções de autoridades normativas (*lawmaking authorities*) ou pelos desejos e interesses de indivíduos com respeito à formação do direito ao qual eles estão sujeitos, exceto à medida que tais motivos e intenções, tais desejos e interesses, manifestam-se no material produzido pelo processo normogênico (*lawmaking process*). O que não pode ser encontrado nos conteúdos de normas legais positivadas não pode também ser um conceito do direito (*cannot enter a legal concept*).” (KELSEN, 2006, p. xxxv)

Já para positivistas históricos, portanto, interesses, motivos pessoais, desejos, etc. *podem entrar* e, de fato, *na maioria das vezes* entram no direito positivo pela via da gênese normativa, em qualquer dos níveis da pirâmide do ordenamento jurídico.

“O direito de todo estado moderno mostra em mil lugares (*a thousand points*) a influência tanto da moral aceita socialmente como de ideais morais mais amplos. Estas influências entram no direito tanto abrupta e declaradamente através da legislação, quanto silente e parcimoniosamente (*piecemeal*) através do processo judicial” (HART, 1961, p. 199)

A afirmação de um dos mais influentes autores do pós-positivismo neoconstitucionalista, Robert Alexy (2005a, p. 17), de que “todos os positivistas defendem a tese da separação ou da separabilidade [entre direito e moral]”, precisa, portanto, para pretender verdade, ser, no mínimo contextualizada. A teoria de Alexy, com efeito, é singular – e singularmente bem fundamentada – mesmo dentro do pós-positivismo – ou “não-positivismo” (*nicht-Positivismus*), como ele o chama. Sua principal singularidade é o fato de que Alexy, voltando-se para o direito que se aplica pela jurisdição como todos os pós-positivistas, cria uma teoria da argumentação jurídica – bem formalista, diga-se de passagem – e subordina esta argumentação jurídica a argumentação prático-moral em geral (cf. ATIENZA, 2003, p. 159 *et seq.*). Alexy, portanto, retoma o mínimo ético kantiano na forma, agora de uma teoria da argumentação: o direito agrega particularidades aos princípios formais que caracterizam o argumento em contextos práticos⁵¹.

⁵¹ “Prático” é um termo altamente problemático em filosofia. Apropriado na modernidade por (pelo menos) duas correntes filosóficas diferentes e igualmente importantes historicamente – kantismo e marxismo – a palavra alemã *Praxis* dissociou-se pragmaticamente em o que é relativo ao mundo concreto, à realidade, na última tradição citada – por oposição a teoria (*Theorie*) –, e o que é relativo ao *dever-ser* (*sollen*) ao mundo normativo – por oposição ao *ser* (*sein*), ao mundo objetivo –, na primeira. Embora permaneça o mesmo campo semântico – o de prática, de ação, de atuação social –, a inserção dos dois, pragmaticamente, como usos filosóficos acabou quase tornando-os contrários. Não há solução para o problema, uma vez que um eventual sinônimo de prático no sentido de mundano, concerto, o termo “pragmático” também tem sua dualidade problemática na sua apropriação pela filosofia da linguagem. No contexto da teoria de Alexy, de inspiração kantiana, como dito, o significado e o uso de “prático” relaciona-se com o último dos usos comentados, ou seja: com o mundo normativo. Nos demais pontos deste trabalho, quando

Ainda assim, no entanto, a disputa entre positivista e pós-positivista em torno do tema “direito e moral” padece de dois pontos de (falta de) contato que inviabilizam um efetivo diálogo e lhe retiram uma referência semântica comum.

(g) O primeiro ponto de (falta de) contato vem de ser explorado. O positivismo não se preocupa com a moral e sua influência no direito, porque seu principal problema é responder a duas questões que não interessam mais, senão parcialmente, ao pós-positivismo – “o que é direito?” e “como descrever metodicamente o direito?”. Daí por que o positivismo não *se nega* – nem pode, como bem viu Hart, se negar – a reconhecer a influência da (alguma) moral sobre o direito. Esta influência, no entanto, só pode ser, *do ponto-de-vista do cientista*, que assume a postura do observador neutro (cf. PÁDUA, 2008b), *externa* ao seu objeto de elucidação e ao método pelo qual o descreve. O ponto principal onde o direito *recebe* a moral, a gênese da norma, interessa pouquíssimo ao positivismo jurídico, o qual, mesmo na formulação empirista extrema de Ross (2003, p. 91-97 e *passim*), interessa-se pelo sistema jurídico *já criado* – “direito vigente”, para este último –, e deixa para os “sociólogos do direito” os fatores que influenciam a criação do direito, em qualquer de seus níveis⁵².

Alexy (2005a, *passim*) procura dar conta desta questão restringindo-se ao plano ontológico da “distinção [ou inclusão] *conceitual*” entre direito e moral. O que diferenciaria positivistas e pós-(ou não-)positivistas é o problema de considerarem que o direito tem ou não uma conexão necessária na formulação de seu objeto, qual seja, a norma/ordenamento jurídico. Ainda aqui, no entanto, o conflito parece derivar de diferentes *focos* teóricos e, por isso, a distinção entre “separação” e “separabilidade” entre direito e moral parece não ter maior sentido. É que, de novo, Alexy preocupa-se com a argumentação jurídica em contextos jurisdicionais (de aplicação); ou seja: preocupa-se com um muito específico

usado, o significado do termo pode ser retirado pelo contexto de enunciação, presente a dupla oposição possível: a “teoria”, num caso; e a “ser” no outro.

⁵² Ross, aqui, é uma exceção parcial. Como deriva o direito vigente das normas tal como efetivamente aplicadas pelos tribunais, Ross centra-se na criação da norma particular no último nível da pirâmide normativa. Ainda assim, seu objetivo não é perscrutar os motivos individuais de cada juiz e as concepções pessoais que os levaram a interpretar e aplicar o direito nesta ou naquela direção – daí sua crítica ao realismo americano –, senão o produto comum de toda esta atividade, apto a responder à pergunta “o que é o direito (vigente)?” em determinado local.

momento de criação/aplicação do direito. Para isso, não só sua principal contenda com o positivismo começa na teoria da interpretação (aplicativa/jurisdicional) do direito – a partir da idéia de indeterminação do significado do texto normativo (cf. KELSEN, 2003, p. 387 *et seq.*, e ROSS, 2003, p. 135 *et seq.*) ou da “textura aberta da norma” (cf. HART, 1961, p. 120 *et seq.*) – (cf. ALEXY, 2005a, p. 21-23); mas também tem ele, especificamente de, sem uma crítica epistemológica específica neste campo⁵³, assumir uma atitude de segunda pessoa (participante) em relação à comunidade jurídica (cf. PÁDUA, 2008b), a fim de avaliar *de que forma* a moral influencia na concepção – no duplo sentido de “identificação” e “nascimento” – do direito (cf. IBIDEM, p. 23-25).

Ainda assim, é preciso notar que o positivismo jurídico clássico – e, em muitos pontos, também o contemporâneo (cf. DIMOULIS, 2006, *passim*) – não tinha uma teoria da jurisdição e, tampouco, uma teoria estruturada para a interpretação e aplicação do direito. O trabalho do positivismo jurídico foi, em grande parte, mais epistemológico do que ontológico: estabelecer um método de análise do direito e seus contornos (meta)teóricos fundamentais, ao invés de buscar o conteúdo de normas específicas em circunstâncias histórico-políticas específicas. Não há nenhuma obra positivista muito conhecida que aborde determinado direito positivo e suas normas específicas: todas as principais tratam de *como identificar e descrever qualquer direito positivo*. Na divisão de Guastini (1999d, p. 21 *et seq.*), o positivismo jurídico sempre foi uma teoria do direito, não uma dogmática do direito.

Este ponto de (falta de) contato entre positivismo e pós-positivismo, no entanto, não dá conta de vazio de referencial semântico comum entre estas duas tendências. Um outro problema, talvez mais profundo, torna o diálogo ainda mais problemático. Trata-se da falta de uma teoria moral (minimamente) comum já dentro destas teorias, mas, principalmente entre uma e outra. A disputa ontológica parcial entre positivismo e pós-positivismo, se bem que, como dito, tenham

⁵³ Que, aliás, é surpreendentemente ausente das principais teses pós-positivistas, que se limitam a acusar o positivismo de sufragar teoricamente a injustiça ao dizer que direito “injusto” é, ainda assim, direito. Poucas exceções podem ser citadas: cf., além da já mencionada crítica à ciência do direito em prol de um “saber prático do direito” em Zagrebelsky (1995, p. 120 *et seq.*); também Ariza (2005, p. 245 *et seq.*). No Brasil, cf. STRECK, 2006a.

objetivos teóricos rigorosamente distintos, atingem um tênue ponto comum quando o pós-positivismo pretende utilizar a moral como meio de *identificação* do direito, ou seja: como critério ontológico do objeto da teoria do direito⁵⁴.

O problema do pós-positivismo neoconstitucionalista, já foi dito acima, é encontrar uma sustentação teórica que não permita mais a institucionalização jurídica de um autoritarismo do tipo nazi-fascista derrotado na Segunda Guerra. Ancorados na imaginação comum⁵⁵ de que o positivismo jurídico contribuíra ou contribuiria para tal experiência autoritária, os teóricos da comunidade jurídica precisavam de uma arma própria de sua atividade – teórica, obviamente – que permitisse não só reformular a aplicação do direito a partir do primazia (fetichista) da constituição: precisavam de uma maneira de *negar validade* a normas emanadas de fontes em tese legalmente reconhecidas, mas que contivessem conteúdo – de algum modo – injusto. O problema, no entanto, que se passou a colocar era, de novo, metodológico: *qual critério* serviria para fixar a injustiça – e a invalidade – da norma.

(h) O jusnaturalismo, já na sua formulação liberal-contratualista dos sécs. XVII a XVIII⁵⁶, tinha algumas teorias morais. A idéia de direitos naturais do homem, que nascem com ele e com ele morrem, traz consigo a idéia de situações subjetivas que precisariam ser compatibilizadas com um poder estatal criado sobre a base da legitimação dos sujeitos de direitos. O estado nasceria por vontade destes sujeitos a para melhorar-lhes a vida de alguma maneira. E, salvo em Hobbes – uma espécie de meio-termo entre positivismo e jusnaturalismo –, a falha nessa missão ensejaria conseqüências jurídicas (e políticas) ao estado faltoso, a

⁵⁴ Um outro ponto de contato possível seria uma disputa metodológica sobre a inserção da teoria da argumentação dentro da teoria do direito. No entanto, não só a teoria da argumentação jurídica se volta completamente para a aplicação (jurisdicional) do direito, não para um conhecimento rigoroso – muito menos científico – do objeto direito, senão também a assunção de princípios epistemológicos pelo pós-positivismo, conforme comentado na nota 133, acima, é precária e assistemática. Cf., também, sobre isso, Pádua, 2008b.

⁵⁵ Pelo que, eficazes como significado social, pouco importa sejam hoje provados ilusórios ou não, conforme bem argumenta Geertz, 2000b, *passim*.

⁵⁶ Obviamente, também a teoria do direito divino dos reis calcava-se em alguma espécie de direito natural (teológico) e mesmo na antigüidade – e ainda hoje, em muitos povos teocêntricos (cf. GEERTZ, 2000a e 2000b) – alguma noção de direito natural se confundia, religiosa ou laicamente, com princípios primários, imutáveis de ordem (como a Themis grega) ou de revelação pela palavra – não necessariamente divina, mas ritual de qualquer modo (como a Dike grega) – cf. Beneviste (2005, p. 99-110). Já em Roma, igualmente, era vista a expressão *ius naturale*, embora muitas vezes de confundisse com princípios causais da natureza. Cf. Giordani (2000, p. 90-97)

mais significativa das quais talvez seja o direito de resistência em Locke (1983, p. 119 *et seq.*). O direito positivo era direito positivo porque derivava de um estado criado pelo homem através do contrato social, o qual, de novo, salvo em Hobbes, estabelecia “cláusulas” que determinavam o que poderia e não poderia o estado fazer para obrigar os cidadãos seus criadores. Como nascia com o homem naturalmente, também ao homem pertencia, latentemente, o princípio de toda autoridade normogenética.

A idéia de direito natural continuaria a habitar o direito moderno e, fundamento de validade do movimento revolucionário liberal que teve início com a Revolução Francesa – e, já antes, com a Revolução Americana –, também influenciaria muito do que se produziu a partir da Era Revolucionária⁵⁷. Neste plano, no entanto, como no exemplo paradigmático do jusnaturalismo contratualista, o direito ainda se fundia com a política e reunia, nesta fusão, as dimensões do ser e do dever-ser. A fundamentação metafísica do direito era a mesma que autorizava o Terceiro Estado a reclamar e tomar o poder pela força, era o mesmo que lhe dava o poder constituinte (cf. SIEYÈS, 1997, e BÖCKENFÖRDE, 2000b, p. 159 *et seq.*), e era o mesmo que impelia à formulação de grande códigos, que simbolizassem por escrito este desejo extramundano e noumenal⁵⁸ de *ordem*⁵⁹.

O positivismo jurídico, como vimos, já desde seu início com Bentham e Austin, mas principalmente com Kelsen, tem, como sua principal bandeira ontológica a redução do objeto da ciência do direito àquilo que a autoridade normativa produz. Kelsen dedicou boa parte de seu trabalho a desacreditar a teoria do direito natural, com uma variada sorte de argumentos que iam desde a asserção de que o direito natural também teria de ser um sistema normativo fundado

⁵⁷ Vale lembrar que, como dito, tanto a Escola de Exegese francesa quanto a Escola Histórica do Direito alemã têm origem e movimentos jusnaturalistas (cf. DAVID, 1998, p. 51 *et seq.* e *passim*) e, quanto a esta última, ainda manteve um núcleo de fundamentação metafísica – o “espírito do povo” – que fez Kelsen (2006, p. 126-28) criticá-la especificamente

⁵⁸ A referência aqui, obviamente, é ao mundo do nômeno platônico, onde habitavam as essências – conceito depois revitalizado por Kant. Cf. Morente, 1980

⁵⁹ É por isso mesmo grande engano confundir positivismo jurídico com Escola de Exegese. Cf., corretamente, Dimoulis (2006, p. 53 *et seq.*)

formalmente numa norma fundamental hipotética, até, para o que mais nos interessa aqui, o ceticismo ético.

“Tornar o conceito de direito livre da idéia de justiça é difícil, pois ambos estão constantemente confundidos no pensamento político não-científico assim como na linguagem geral (*general speech*), e porque essa confusão corresponde à tendência ideológica de fazer o direito positivo parecer justo. [...]

[...]

É óbvio que não pode haver ordem ‘justa’, isso é, uma que permita felicidade para todos, desde que se defina o conceito de felicidade no seu estrito e original sentido, significando a felicidade de um homem o que ele assim o considera. [...] Mas que necessidades humanas são dignas de serem satisfeitas e especialmente qual é seu lugar próprio na hierarquia? Estas questões não podem ser respondidas por meio de cognição racional. A decisão destas questões é um julgamento de valor, determinado por fatores emocionais a é, por isso, subjetivo em essência [*in character*], válido somente para o sujeito que julga e, logo, somente relativo.” (cf. KELSEN, 2006, p. 5-6⁶⁰)

Neste debate, aparentemente, o positivismo jurídico saiu vitorioso e conseguiu – salvo algumas exceções menores⁶¹ – praticamente sepultar a tradição do direito natural. O pós-positivismo, então, carente do apelo a qualquer forma direta de direito natural se viu na contingência de ter de elaborar um padrão de reconhecimento do direito imanente ao próprio direito positivo. A saída foi postular, via fetichismo constitucional, uma teoria moral mais ou menos estruturada de inserção de “valores” no direito constitucional.

Um dos poucos autores do pós-positivismo a verdadeiramente procurar estrutura uma teoria moral específica foi Alexy. Iniciando com uma teoria da argumentação que colocava o direito dentro da moral, Alexy inseriu, como limite ao direito, a já agora conhecida *pretensão de correção*.

“Os atos institucionais são levados a cabo sobre a base de normas de competência. Exemplos destes são a decisão legislativa, a sentença judicial ou o

⁶⁰ Cf. argumento muito similar em Ross, 2003, p. 87-90, embora com algum reconhecimento de uma origem também social – e não puramente emotiva – para a moral, dissolvida, em todo caso em um solipsismo tal como o kelseniano.

⁶¹ Uma destas notáveis exceções é Hans Welzel, tenaz defensor do direito natural na metade do séc. XX. Posto que um dos maiores nomes do direito penal até os dias atuais, Welzel, entretanto, alcançou pouca projeção na filosofia e na teoria do direito. Além do mais, a sua versão do direito natural é menos solipsista do que clássica, centrada em uma estrutura lógico-objetiva do mundo (*Sachlogische Struktur*), que não poderia ser modificada pelo direito (cf. WELZEL, 2006a). No entanto, muito da crítica de Welzel ao positivismo jurídico deriva menos do direito natural do que da necessidade uma fusão, em algum momento de ser e dever-ser para que uma norma válida seja reconhecida como tal pela comunidade jurídica (cf. IDEM, 2006b). Esta última crítica, que implicitamente apela para a posição do participante na formulação da teoria do direito foi também objeto de Pádua, 2008b, a partir de uma reconstrução da teoria hartiana da regra de reconhecimento.

decreto [*el dictado*]de um ato administrativo. O núcleo do argumento da correção consiste na tese de que os atos jurídicos institucionais deste tipo sempre estão vinculados com o ato não-institucional de *afirmação* de que o ato jurídico é material e procedimentalmente correto.” (ALEXY, 2005b, 35)

Apesar do que o próprio Alexy (2005c, p. 73) parece acreditar a pretensão de correção, que ele afirma corretamente valer não só para um ato de fala institucionalizado na forma jurídica, é um requisito de legitimidade procedimental. A ilustração fornecida por este autor de uma norma ou uma sentença injusta não dizem com nenhum conteúdo específico, senão com a necessidade de que, sob um critério de validade discursiva – portanto, *a priori*, de conteúdo indeterminado –, todos os atos institucionais do direito se editem com a pretensão de que estão corretos, mesmo que discursivamente prevalece a decisão de que esta pretensão não se confirma.

A aceitação deste critério como um “universal material” do direito por Alexy (2005c, p. 73-74) provavelmente deriva do fato de que o parâmetro pelo qual se afere a pretensão de correção pode estar dado *ex ante*. Isso porque não só o direito, por seus atos normativos levanta uma pretensão de validade na modalidade correção normativa (cf. HABERMAS, 1984, p. 273 *et seq.*), mas também as normas “devidamente promulgadas e socialmente eficazes que são incompatíveis com o núcleo dos direitos humanos básicos”, de “validade universal no tempo e no espaço” (cf. ALEXY, 2005c, p. 75 *et seq.*), são, por isso, *inválidas*, segundo a “Fórmula de Radbruch” por ele adotada (cf. IDEM, 2005a, p. 23-25). A reunião da pretensão de correção e da Fórmula de Radbruch levam a que o direito possa ser avaliado ontologicamente da perspectiva do participante no discurso jurídico – e não só pelo cientista que assume a perspectiva objetivante da terceira pessoa. No entanto, ao colocar o jurista, guardião do significado material universal do direito, como um participante de ordem superior, Alexy traz de volta o problema jusnaturalista da absolutização metafísica da justiça⁶², sem oferecer uma convincente fundamentação para o cognitivismo ético que não seja baseada em supostas injustiças históricas universais como a escravidão. Com isso, o que

⁶² Daí Figueroa (2005, p. 176 *et seq.*) colocar Alexy, elogiosamente, bem entendido, como representante máximo de um jusnaturalismo “fraco”, ponto de partida essencial para o neoconstitucionalismo em sua crítica à condenável “neutralidade moral do positivismo”.

aqui vai reforçada é a fragmentação cultural do mundo-da-vida e a colonização sobre ele imposta pelo poder do estado.

(i) Com o advento do neoconstitucionalismo, a viagem redonda está concluída. O direito pode agora afirmar-se como meio do sistema estatal destacada da esfera pública política do mundo-da-vida. Juristas cuidam do direito, não só para objetivamente -descrevê-lo, senão para moralmente modificá-lo, de acordo com pautas axiológicas “objetivas” às quais, no entanto, só eles têm o correto acesso, através da dinâmica (estatal) da jurisdição. “A expansão das idéias do Estado constitucional democrático corresponde, na Europa ao desenvolvimento de uma teoria e um *praxis* constitucionais comuns, singularmente no que se refere ao controle de constitucionalidade [...]” (ALEXY, 2005d, p. 31). O Terceiro Poder assume a posição de árbitro final da “moral”, aqui confundida com “valores” de um aglomerado social – nação, povo, ou outro – que se presume concorde, de alguma maneira, com tais valores. Os tribunais se ocupam de uma “representação argumentativa” (ou “funcional”) dos cidadãos, ao passo que o parlamento os representa “politicamente”. Estes dois tipos servem a “reconciliar” distintas concepções de bem individuais vocalizadas politicamente, com os “valores comuns” do povo; conciliar a “moral pessoal” (“como quero viver?”) com a “moral pública” (“como queremos viver?”) (cf. IBIDEM, p. 39-41).

Interessantemente, o guardião desta “moral pública”, que se confunde com uma idéia comunitarista de “valores compartilhados numa mesma comunidade”, são os juristas, em torno – e dentro – dos tribunais. De representante científico do direito, o jurista neoconstitucionalista passa a representante ético-moral do direito, tornado ponto de referência último dos valores comuns a todos os cidadãos – do mundo, até. Este poder assumido pelo jurista, obviamente, só se poderá considerar minimante legítimo – dado que não lhe assiste transferência de poder por mandato de qualquer espécie – se se puder demonstrar que (i) de fato existe ou pode existir uma ética compartilhada materialmente por todos os cidadãos – digamos, de um estado ocidental qualquer; e (ii) se de fato o jurista puder, por qualquer motivo, acessar *melhor do que outro ato social qualquer*, esta ética compartilhada e, com isso, proclamar estes valores universais.

Se isso não ocorrer, como é tese deste trabalho que não ocorre, está-se diante, simplesmente, de uma concentração de poder político-estatal, simplesmente em função de uma certa qualificação profissional específica, tal como, no Estado do Bem-Estar Social, se deu predominantemente com assistentes sociais, educadores e administradores públicos de escalões inferiores não-eleitos. Como a constituição é o totem que representa simbolicamente a redenção social do autoritarismo personificado no líder morto, e como a constituição, apesar de suas particularidades políticas, é uma norma jurídica, então ao jurista que identifica e interfere no direito se confere, via *fetichismo constitucional*, o poder de controlar as aplicações deste poder simbólico⁶³.

Ocorre, todavia, que, sem a possibilidade de remeter este poder ao efetivo poder (soberania) popular democrático – senão pelo próprio fetichismo da constituição, como se tudo da polissemia política constitucional fosse determinado *pelo povo* e dado *ao jurista*, revivendo a figura do *prudente*⁶⁴, por uma espécie de mandato simbólico –; sem poder ligar este poder, de algum modo *direto* (cf. BÖCKENFÖRDE, 2000c) à democracia, o resultado é uma tomada do poder pela técnica, uma *tecnocracia* pelo conhecimento do direito: uma *tecnocracia jurídica*.

Moral pública sem participação direta do público, valores comuns não sujeitos à deliberação comum, momento de concórdia constitucional assumida por presunção absoluta. Tais contradições em termos parecem, na verdade, ser a base do neoconstitucionalismo pós-positivista, em seu apelo aos tribunais. Também – e muito mais gravemente – no caso do Brasil.

⁶³ O sentido deste poder simbólico, tendo em vista a colonização do mundo-da-vida pelo poder, ancorado na produção de uma fragmentação simbólica da cultura e da sociedade, pode aproximar-se do que usa Bourdieu (1996) para qualificar a dominação cultural classista através do domínio ritual da linguagem. Cf. uma aplicação da teoria do poder simbólico de Bourdieu à linguagem jurídica em Ferraz Jr. (2003, p. 288-297). No entanto, levado ao extremo, este conceito em Bourdieu impede a emancipação do sujeito desta mesma colonização, ao vedar à linguagem, em qualquer caso, o poder de produzir coordenação social legítima. Cf., sobre esta última crítica, Pádua, 2007.

⁶⁴ A diferença evidente, no entanto, é que o prudente romano, como visto, era um *pioneiro* na *confeção* e na *fixação* da idéia mesmo do direito institucionalizado, principalmente a partir da sua origem religiosa – talvez a mais antiga instituição normativa da cultura humana.

3.3.

Duas vertentes do neoconstitucionalismo pós-positivista no Brasil:

Desde há muito se afirma o caráter híbrido do sistema de recepção de direitos brasileiro. De um lado, o direito privado europeu continental, de outro, o direito público norte-americano. Isto parece particularmente visível na recepção do controle de constitucionalidade no Brasil (cf. TAVARES, 1986, p. 1136-38 e *passim*). A primeira experiência desta recepção se deu, como reporta Tavares (1986, p. 1153-54), segundo o modelo do *judicial review* norte-americano – controle difuso⁶⁵ –, com a particularidade de ter sido pensado e inserido por via legislativa, quando das discussões sobre o que acabaria sendo a Constituição Federal de 1891, a primeira da República Brasileira. No anteprojeto de uma comissão de juristas em 1890, não constava o controle de constitucionalidade, que só seria acolhido quando o governo apresentou um substitutivo próprio, elaborado por Rui Barbosa, ao anteprojeto mencionado. A primeira posituação do *judicial review* no direito brasileiro, no entanto, apareceu ainda antes de promulgada a Constituição Federal de 1891, pela via do Decreto 848 de 11.10.1890 (art. 3º e art. 9º, par. ún.⁶⁶), inspirado, sempre segundo Tavares (1986, p. 1153) na Lei de

⁶⁵ É um equívoco igualar controle de constitucionalidade pela via da exceção com controle difuso com controle de constitucionalidade (em) “concreto” e o controle pela via da ação com controle concentrado com controle abstrato, com fazem alguns autores (cf., por exemplo, J. A. SILVA, 2001, p. 50; BONAVIDES, 1996, p. 272 *et seq.*; e, aparentemente, mesmo MENDES, 1999a, *passim* e IDEM, 1999b). Aliás, os próprios termos “por via de ação” e “por via de exceção” são problemáticos, neste contexto. O que causa a confusão é que os termos sejam usados em bloco, como sinônimos. A grande distinção que se quer fazer aí, entre o modelo norte-americano do *judicial review* e o austríaco da *Verfassungsgerichtsbarkeit*, se estabelece mais verdadeiramente entre o controle constitucional *difuso*, no primeiro caso e o controle constitucional *concentrado*, no segundo (cf. FAVOREU, 1996, *passim*). No primeiro modelo, *qualquer juiz*, de qualquer ramo da jurisdição ordinária ou especial, pode declarar uma norma (in)constitucional ou dar a qualquer norma interpretação constitucional específica. No segundo, apenas uma Corte Constitucional poderá fazê-lo. Quanto à *via processual* aberta para isso – uma ação ou um incidente processual – ou a *concretude do caso* que servirá de base para o controle – norma em tese, norma aplicada no caso concreto –, no primeiro como no segundo modelo, várias combinações são possíveis, algumas existentes outras apenas potenciais (como o controle de norma *em tese* no modelo difuso, inexistente de fato, mas possível em princípio). Notem-se, apenas a título de exemplo (i) o fato de que o arquimodelo do controle de constitucionalidade concentrado, o *Bundesverfassungsgericht* (“Tribunal Constitucional Federal”) alemão, tem jurisdição constitucional em concreto, através de uma ação impugnativa autônoma (*Rechtsbehelf*) famosa chamada *Verfassungsbeschwerde* (“reclamação constitucional”), individual ou coletiva, contra decisão do estado – em qualquer de seus poderes – que contraria direitos fundamentais previstos na Lei Fundamental de Bonn (cf. FAVOREU, 1996, REF.); e (ii) o fato de que, nos EUA, muitas vezes o controle de constitucionalidade se dá pela via da ação, através das *injunctions* ou dos *declaratory judgments*, vedadas apenas as *advisory opinions* (“conselhos”) sobre constitucionalidade de normas pelos tribunais (cf. TAVARES, 1986, p. 1145-48)

⁶⁶ Eis os textos (com a grafia original):

Organização Judiciária Norte-Americana de 1789. A positivação definitiva veio com o art. 59, § 1º da Constituição Federal de 24.02.1891⁶⁷ (alterado, com significado igual, para art. 60, § 1º com a Emenda Constitucional n.º 1 de 03.09.1926 à mesma constituição).

A aclimação do instituto do controle de constitucionalidade de leis pelo poder judiciário, algo estranho à tradição romano-germânica ao menos até 1920, ano de promulgação da constituição austríaca⁶⁸, teve seus percalços em vários aspectos da recepção do modelo americano ao longo dos anos da república brasileira, presentes além do mais, as interrupções autoritárias de 1937-45 (Vargas) e 1964-85 (militares). Tavares (1986, p. 1151 *et seq.*) nota que, ao lado da influência de uma elite intelectual formada em direito – com destaque para Rui Barbosa, em 1891 – ser decisiva para a transplantação do instituto para o Direito Brasileiro, uma série de modificações teve ele de sofrer para se adaptar ao nosso sistema. A criação da suspensão, de competência do Senado Federal, das leis declaradas inconstitucionais em última instância pelo Supremo Tribunal Federal, para compensar a falta da regra do precedente; a pormenorização das competências jurisdicionais e da forma de composição do Supremo Tribunal

“**Art. 3º.** Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionaes a magistratura federal só intervirá em especie e por provocação de parte.

[...]

Art. 9º. Compete ao [Supremo] Tribunal [Federal]:

[...]

Paragrapho unico. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunales e juizes dos Estados:

a) quando a decisão houver sido contraria á validade de um tratado ou convenção, á applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, á legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada;

b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto;

c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula.”

⁶⁷ “**Art 59.** Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.”

⁶⁸ Cf. nota 125, acima.

Federal pelas constituições brasileiras; culminando com, a partir da Emenda Constitucional de n.º 16 de 26.11.1965 à Constituição de 1946, a criação de uma via de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal; tudo isso atesta que, de um lado, a atuação dos juristas foi indispensável para a consolidação da força do poder judiciário no Brasil, à falta de qualquer circunstância política que apontasse uma qualquer necessidade deste fortalecimento; de outro lado, do ponto-de-vista sistêmico, especialmente num país que não seguiu a trajetória de evolução jurídica quer dos EUA, quer dos principais países da Europa Continental, o direito só recebe os transplantes jurídicos vindos destas tradições à custa de muitas alterações internas e de forte trabalho teórico.

No Brasil, é duvidoso que a transferência de poder para o judiciário tenha derivado politicamente de um trauma fantasmático qualquer, tal como o nazifascismo na Europa. Tampouco a introdução da idéia, no final do séc. XIX derivou de uma percebida necessidade política derivada de uma improvável constituição e estruturação estatal, como no caso dos EUA (cf. GRIFFIN, 1996, p. 88 *et seq.*). Aqui, a primeira transplantação do instituto se deu com a proclamação da primeira república, por golpe militar, e de acordo, principalmente com a ação político-jurídica de um grande intelectual, particularmente apaixonado e admirador do Direito Norte-Americano. A segunda transplantação se deu por ação de uma comunidade de juristas, no ano de 1965, logo após o golpe militar de 1964 e muito depois que o governo totalitário para-fascista de Getúlio Vargas fora deposto. Apesar da manifestada influência do Direito Italiano pós-1948 na Exposição de Motivos da Emenda Constitucional de n.º 16 26.11.65, a adoção de reformas no poder judiciário fora já objeto de Ato Institucional revolucionário – o de n.º 2 de 27.10.1965, um mês antes da emenda referida (cf. MENDES, 199b, p. 249-53).

Nada obstante, com a Constituição Federal de 05.10.1988, esta sim, seguinte à derrocada de uma estrutura de poder autocrática, os poderes de controle de constitucionalidade foram ampliados, especialmente a partir da ampliação da legitimação ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e pela previsão de uma argüição de descumprimento de preceito fundamental. A

ampliação, no plano processual, recebeu maior impulso com a regulamentação infraconstitucional dos dispositivos do controle concentrado de constitucionalidade, especialmente com a edição da Lei de n.º 9.868 e 9.882, ambas de 1999, que aumentam os parâmetros e os objetos de controle de constitucionalidade (cf. MENDES, 2003a e 2003b). Como resultado, temos, como bem observa Arantes (2001, 89), “a jurisdição política constitucional mais complexa do mundo, o que não deve ser motivo de orgulho.”⁶⁹

Se é certo que o trauma do autoritarismo de 1964 – embora bem menos dramático, no geral, que o nazismo alemão, por exemplo – é significativo e real, também é certo que os mecanismos jurídicos que se procurou inserir na Constituição Federal de 05.10.1988 alcançam o mesmo movimento concentrador de poder tecnocrático já observado em outros países ocidentais no 2º pós-guerra. Contando com forte atuação no final do Regime Militar brasileiro e no Congresso Constituinte de 1987-88, os juristas conseguiram, em grande medida, emplacar a visão de que um dos maiores problemas que possibilitaram a escalada autoritária de 1964 fora a incipiência das garantias constitucionais nas cartas anteriores e o “positivismo” imperante no pensamento jurídico brasileiro até então – crítica, aliás, como visto, já explorada na Alemanha, por exemplo.

O resultado desta assertiva reconhecida em grande medida pela redemocratização na Nova República foi a tardia divisão do poder estatal entre a administração e a jurisdição, com o enfraquecimento da primeira e fortalecimento da segunda⁷⁰, ao passo que a esfera pública política permanecia enfraquecida e fora do jogo. Para que tal resultado fosse alcançado e consolidado, no entanto, o trabalho dos juristas teve de prosseguir após editada a Constituição Federal de 05.10.1988. Para isso, dois dos principais autores responsáveis pela consolidação da recepção das idéias do neoconstitucionalismo pós-positivista no Brasil serão trabalhados a seguir.

⁶⁹ Obviamente, a afirmação é contestável, especialmente em face dos complexíssimos mecanismos (técnicas) de controle de constitucionalidade de que dispõe, por exemplo, o Tribunal Constitucional Italiano. Em todo caso, mesmo que hiperbólica, a afirmação vale como mostra de que, misturando os dois principais sistemas de controle de constitucionalidade, e cada vez mais adotando técnicas oriundas das cortes européias – especialmente a alemã – estamos muito bem encaminhados na disputa pelo primeiro lugar em complexidade.

⁷⁰ Cf. cap. 2, item 3.2e item 4.

3.3.1.

Luís Roberto Barroso e o pós-positivismo carioca

Luís Roberto Barroso não teve grande influência sobre a Constituição Federal de 05.10.1988 em sua feitura. Também não pode ser considerado, propriamente, um pioneiro do pós-positivismo no Brasil. Sua ligação parece mesmo ser maior com os EUA, onde realizou um LLM (*Master of Laws*), mais ou menos uma mistura entre o mestrado e a pós-graduação *lato sensu* no sistema universitário brasileiro. Ainda assim, desde ao menos o final dos anos 1990, sua influência no Direito Constitucional brasileiro começou a estabelecer-se firmemente. Hoje é difícil encontrar uma grande decisão de jurisdição constitucional por aqui que não o cite ou em que ele mesmo, como advogado, não atue. O mesmo vale para muito da doutrina e da dogmática constitucionalista que se produz nos grandes centros acadêmicos, do Nordeste ao Rio Grande do Sul. A ausência de muitas obras críticas sobre o seu trabalho somente demonstram que (i) se criou uma espécie de consenso inercial em grande parte da teoria constitucional brasileiro sobre os tópicos que constituem a obra de Luís Roberto Barroso; e que (ii) as vozes que discordam de suas obras, principalmente em profundidade, não assumem uma posição no debate público. É preciso corrigir esta situação.

A bem da verdade, certamente o grande mérito de Luís Roberto Barroso foi menos o de criar grandes teorias que o de trazer para o Brasil e/ou popularizar várias outras teorias estrangeiras que, de vários pontos-de-vista, de um ou outra maneira, se podem considerar neoconstitucionalistas pós-positivistas. Discussões como a da eficácia de normas constitucionais, teoria das normas (constitucionais), inserção ética do direito, interpretação constitucional, e jurisdição constitucional; todas devem muito de seu estágio atual a este autor, mais difundido por seus escritos monográficos e artigos do que por livros corridos.

Não é o objetivo deste trabalho aprofundar a descrição das teses de Luís Roberto Barroso e dos que compartilham de suas concepções. Em todo caso, é o objetivo deste trabalho mostrar como este autor adaptou o neoconstitucionalismo pós-positivista ao contexto da ordem jurídica brasileira e como, pela via de sua obra, esta teoria estrangeira pôde, também no Brasil, naturalizar a figura

onipotente do jurista: teórico do direito e guardião de sua aplicação; descritor do direito positivo e guardião da ética/moral social através deste direito, na leitura privilegiada de sua aplicação jurisdicional pelos tribunais.

(a) Como qualquer pós-positivista, a principal preocupação de Barroso sempre foi com a aplicação do direito a casos concretos. Acusando o positivismo jurídico que teria imperado no Brasil até 1988, ele procura encontrar mecanismos que tragam a justiça ao direito, sempre na ótica do caso concreto.

“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 ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com ímpeto de desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade.” (BARROSO, 2006a, p. 28)

A idéia pós-positivista e neoconstitucionalista, portanto, aparece aqui em toda a sua força. Neste mesmo texto, linhas antes, Barroso (2006a, p. 26-27) havia ligado o nazi-fascismo ao positivismo jurídico, sob o argumento de que propugnava este um direito neutro, sem referências morais ou éticas. Em todo caso, reconhecia o caráter assistemática do pós-positivismo:

“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” (IBIDEM, p. 27, grifos do autor)

O pioneirismo de Luís Roberto Barroso, portanto, consiste em buscar sistematizar, no todo assistemático e filosoficamente precário do neoconstitucionalismo pós-positivista, um conjunto de princípios teóricos e campos de pesquisa do direito. Que esta empresa teórica coincida em largos passos com o que vimos caracterizando nos parágrafos anteriores não é nem surpresa nem coincidência.

(b) A linha comum no “difuso ideário” do pós-positivismo é a negação do positivismo, quer uma reconstrução justa de seus argumentos, quer uma caricata, tal como visto no caso do nazi-fascismo – que Dimoulis (2006, 257-264) chama “*recutio ad Hitlerum*”. Admitido pelos críticos que duas das teses centrais do

positivismo seriam a redução do direito à lei e o expurgo de argumentos e conteúdos morais do direito, o principal ponto de partida do pós-positivismo, especialmente no caso brasileiro, seria o “retorno” da ética/moral ao direito e o correlato reconhecimento de uma ampliação na teoria das normas (constitucionais) que permitisse este retorno. Dois serão os mecanismos que possibilitarão este movimento teórico, ambos relacionados: uma (nova) teoria das normas que permitisse uma nova espécie normativa no direito; e uma (nova) teoria da interpretação (constitucional) que desse um maior papel à contingência, à retórica e à maleabilidade normativa no caso concreto.

(aa) A (nova) teoria das normas será confessadamente retirada de Ronald Dworkin.

“A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra-positivos, no qual as idéias de justiça e realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin. Sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria” (BARROSO, 2006a, p. 30)

A função destes princípios seria, justamente a de operacionalizar a penetração de conteúdos ético-morais na constituição, a fim de que possam ser considerados direito positivo e não mera assunção metafísica jusnaturalista.

“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 esta abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. [...]

[...]

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. [...] De parte isso, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.” (IBIDEM, p. 28-30, grifo nosso)

Está claro, pois, que os princípios só funcionam a contento onde há uma síntese valorativa comunitarista: onde uma determinada comunidade, “em dado momento e lugar”, compartilha valores e visões de mundo que penetram o direito a partir dos princípios. E o jurista, aqui na figura do *intérprete*, ganha acesso a tal

consenso axiológico comunitário através dos mesmos princípios, que o “guiam” em sua atividade de identificar a aplicar a norma especial ao caso concreto. Para isso, o intérprete dispõe de uma tipologia complexa de princípios⁷¹, e, mais importante, de um mecanismo de aplicação específico: a ponderação.

(bb) A ponderação de bens, interesses e valores constitucionais é, na linha de Luís Roberto Barroso – e vários outros –, seguindo a Robert Alexy (cf. ALEXY, 2005e, p. 65-67; ATIENZA, 2003, p. 179-83; CRUZ, 2005, p. 123 *et seq.*; TOLEDO, 2003), a maneira própria de aplicação dos princípios jurídicos, por oposição às regras, que se aplicariam segundo o mecanismo da subsunção. Isso ocorre porque, entre várias outras diferenças (cf. BARROSO, 2006a, p. 30-32; BARROSO e BARCELLOS, 2006, p. 337 *et seq.*), os princípios se aplicam, na expressão de Alexy, como “comandos (ou deveres) de otimização” (*Optimierungsgebote*), e, logo, gradativamente, na maior eficácia possível, enquanto as regras se aplicam na lógica do tudo ou nada (*all or nothing*). Além do mais, os princípios teriam a dimensão de peso ínsita à sua carga valorativa mais marcada, ao passo que as normas só seriam adequadas ou não, em sua totalidade, ao caso concreto, exhaustivamente previsto em sua estrutura silogística.

Como consequência, em caso de conflito, as regras ou se aplicam ou não se aplicam, situação em que ou há regra excepcional (critério da especialidade) ou a regra inaplicável é inválida, segundo os demais “critérios tradicionais” de resolução de conflito de normas (hierárquico, ou cronológico)⁷². Com os princípios, dado que eles tutelam e contêm valores e dado o “pluralismo constitucional” destes valores, não há afastamento de princípios, e os conflitos se convertem em “colisão” entre eles.

“ [...] pro força do princípio da unidade da Constituição, o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outras em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas. Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que princípios nela consagrados

⁷¹ Barroso e Barcellos (2006, p. 358 *et seq.*) desenvolvem uma pormenorizada classificação dos princípios constitucionais em instrumentais e materiais fundamentais, gerais e setoriais. Vários deles não estão “explícitos” na Constituição Federal de 05.10.1988, mas podem ser encontrados pelo intérprete do conjunto sistemático das normas.

⁷² Cf. a exposição em Bobbio (1999, p. 91 *et seq.*)

freqüentemente entram em rota de colisão.” (BARROSO e BARCELLOS, 2006, p. 345)

A solução que dê conta de uma aplicação gradativa, na base da maior eficácia possível destes *Optimierungsgebote* que são os princípios é esta técnica de ponderação de princípios (ou valores ou bens ou interesses) constitucionais. A ponderação⁷³, técnica de aplicação própria dos princípios, é também uma maneira de interpretá-los e de criar, a partir de sua combinação, regras específicas para o caso concreto (cf. ÁVILA, 2004). A “descoberta” dos princípios enseja, também, a necessidade de uma nova interpretação constitucional.

(cc) A nova interpretação constitucional é nova em relação à teórica “clássica” da interpretação jurídica. Isso quer dizer que às “técnicas” já longevas – muitas romanas – de fixação do conteúdo das normas, novas teriam de ser descobertas e inventadas, a fim de se adequar aos princípios, como adição ontológica ao direito positivista.

“A idéia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o *subsuntivo*, fundado na aplicação de *regras* – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente.

Mesmo no quadro da dogmática jurídica tradicional, já haviam sido sistematizados diversos princípios específicos de interpretação constitucional, aptos a superar as limitações da interpretação jurídica convencional, concebida sobretudo em função da legislação infraconstitucional, e, mais especialmente do direito civil. A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido

⁷³ Embora mais sobre a ponderação seja objeto de partes posteriores deste capítulo, não há sentido em pormenorizar a técnica da ponderação em si, visto que não é objeto deste estudo. A ponderação nos interessa, aqui, como parte da teoria pós-positivista de Barroso, e como parte de uma construção que aumenta, cada vez mais, o poder político-tecnocrático do jurista. Para a técnica de ponderação em si, além de Barroso (2006a, p. 31-34) e Barroso e Barcellos (2006, p. 344-50), cf., também, Sarmiento (2001, p. 35-98)

unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar.” (BARROSO e BARCELLOS, 2006, p. 331-32)

Lançando mão – não expressamente –, curiosamente, de uma intuição kelseniana (cf. KELSEN, 2003, p. 388), a nova teoria da interpretação constitucional de Barroso procura “devolver” ao intérprete-jurista o poder sobre o conteúdo da norma que lhe havia sido retirado em favor da auto-evidência semântica do texto, pela Escola de Exegese civilista.

“O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema resolvido.” (IBIDEM, p. 332)

A auto-evidência semântica da norma, em tempos de princípios jurídicos como espécie normativa, é substituída pelo seu quase extremo oposto: o vazio semântico inicial, que só será preenchido pelo intérprete-jurista, em vista do caso concreto. Para que isso não se torne uma atividade incontrolável, ou excessivamente subjetiva, esta abertura interpretativa extrema deverá obedecer a determinadas técnicas e determinados métodos⁷⁴, além de se enquadrar em uma teoria da argumentação, apta, por suas regras intrínsecas a controlar, minimamente, o resultado normativo – a decisão do intérprete – a ser produzida⁷⁵.

⁷⁴ Tais como os “princípios instrumentais de interpretação” da “supremacia da Constituição”, “presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público”, “interpretação conforme a Constituição”, “unidade da Constituição”, “razoabilidade ou proporcionalidade”, e da “efetividade” (cf. BARROSO e BARCELLOS, 2006, p. 358-64).

⁷⁵ Lembre-se, no entanto, que, em que pese ao fato de a preocupação com a excessiva quebra da segurança e da previsibilidade das decisões ser crescente entre os pós-positivistas, como se nota pela recente ênfase que se tem dado às regras em detrimento dos princípios (cf. ÁVILA, 2004; BARCELLOS, 2006), parece haver-se constituído lugar comum a tese de Alexy sobre o tema. Segundo ele, segurança jurídica e justiça são, como quaisquer princípios constitucionais, *Optimierungsgebot* (“comandos de otimização”), que consagram valores especialmente queridos pela comunidade e que, portanto, precisam ser realizados na máxima medida axiológica de cada um, pelo mecanismo da *Abwägung* (“ponderação”), segundo o *Verhältnismäßigkeitsprinzip* (“princípio da proporcionalidade”). Assim, não se pode, sempre nesta linha, privilegiar um ou outro em abstrato – senão segundo uma “hierarquia frouxa” (cf. ATIENZA, 2003, p. 179-83; TOLEDO, 2003) –, mas retirar de sua ponderação uma regra específica para o caso concreto.

(dd) A teoria da argumentação jurídica⁷⁶, ao lado dos limites impostos ao intérprete pelos princípios de interpretação constitucional e pela técnica de ponderação, é o principal método de controle – ou redução da subjetividade incontrollável – do resultado da atividade deste agora central personagem do direito. A idéia é que haja um mecanismo que se aplique à avaliação da correção da decisão, ainda que não seja absoluto. Obviamente, tanto nos princípios e métodos de aplicação da constituição quando na teoria da argumentação, é sempre o próprio intérprete-jurista quem determina, no âmbito da técnica do direito, o que conta e o que não conta, o que devem ou não fazer os próprios juristas(-intérpretes).

“[...] considerados os mesmos fatos e os mesmos elementos normativos, pessoas diferentes poderão chegar a conclusões diversas. A principal questão formulada pela chamada *teoria da argumentação* pode ser facilmente visualizada nesse ambiente: se há diversas possibilidades interpretativas acerca de uma mesma hipótese, qual delas é correta? Ou, mais humildemente, ainda que não se possa falar de *uma* decisão correta, qual (ou quais) delas é (são) capaz(es) de apresentar uma fundamentação racional consistente? Como verificar se uma determinada argumentação é melhor do que outra? (BARROSO e BARCELLOS, 2006, p. 351-52)

Claramente, no entanto, a subjetividade da atividade de aplicação do direito, bem como a “superação” da idéia de uma norma completa, sem lacunas, ou imperfeições e vazios semânticos, não permite qualquer controle maior ou segurança maior sobre o resultado da atividade interpretativa. No limite, apenas alguns requisitos de “racionalidade” das decisões jurídicas – judiciais, nomeadamente – poderão ser formulados por uma síntese normativa da argumentação jurídica; requisitos que, eles mesmos, dependem de interpretação e argumentação normativa:

⁷⁶ A teoria da argumentação jurídica, a bem da verdade, não é propriamente – ou não é só – uma teoria dos limites e das regras do discurso de aplicação jurídica. Embora Alexy a tenha desenvolvido predominantemente neste sentido, como uma ética do discurso jurídico-judicial (cf. HABERMAS, 1996b), a grande contribuição que a teoria da argumentação jurídica deu à teoria do direito – da tópica de Viehweg à nova retórica de Perelman – foi a procura, similar e coetânea à que identificamos aqui como pós-positivista, por dar novo estatuto à ciência jurídica. Para isso, a idéia era revigorar a importância do caso concreto (fato) para a descrição e identificação da norma, bem como a fundamentação de uma outra lógica (“argumentativa”) para a teoria do direito. Esta deixaria, com isso, de ser uma ciência (ou um saber) apodítica para tornar-se dialética, que tanto melhor trataria o seu objeto, quanto melhor pudesse convencer o seu auditório e explicar por que e como ele poderia ser convencido, numa fusão entre identificação e aplicação da norma jurídica também similar à que vimos elucidando neste capítulo. Cf. Mendonça (2000); Maia e Souza Neto (2001, p. 57-70). Para um estudo pioneiro sobre a tópica de Theodor Viehweg no Brasil, cf. Bonavides (1983).

“Chega-se, por fim, à *argumentação*, a razão prática, ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos casos difíceis, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável. As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes – por esta última, o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador. Para assegurar a legitimidade e racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.” (BARROSO, 2006b⁷⁷)

Tal como em Alexy (cf. ATIENZA, 2003, p. 159 *et seq.*), as regras de argumentação jurídica servem a determinar a coerência interna e externa da decisão jurídica, a partir do duplo pressuposto de que há casos em que não há uma única solução possível (“casos difíceis”), e de que quanto maior o poder conferido ao aplicador do direito – especialmente o judiciário –, maior também o seu dever de justificar o uso deste poder, sob pena de arbítrio.

(c) O “descobrimento” dos princípios como categoria normativa autônoma e a correlata fusão entre interpretação, ponderação e argumentação dão a tônica da teoria pós-positivista e neoconstitucionalista que Luís Roberto Barroso popularizou, a partir da teoria constitucional, na teoria do direito brasileira. Como ele mesmo sintetizou (cf. BARROSO, 2006b), a conjugação do marco histórico do pós-segunda guerra, do marco filosófico do pós-positivismo e de um marco teórico tripartido, cria as bases para a afirmação da supremacia da constituição no contexto brasileiro, antes dominado pelo código civil e pela doutrina civilista. A isso, a esta “constitucionalização do direito brasileiro”, a esta “afirmação tardia do direito constitucional no Brasil, chama Barroso (IBIDEM) o neoconstitucionalismo brasileiro.

Este neoconstitucionalismo brasileiro, portanto, trabalha sobre a base de uma tríplice fundamentação. Em primeiro lugar (“marco histórico”), reconhecendo o peso que a fraqueza normativa constitucional teve na força de

⁷⁷ Um aprofundamento destes requisitos de racionalidade das decisões judiciais encontra-se em Barroso e Barcellos, 2006, p. 352-58.

movimentos autoritários ao redor do mundo (Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e, supostamente, Brasil), e reconhecendo a conseqüente necessidade de uma “reconstitucionalização” do direito – e do *estado* (de direito). Em segundo lugar (“marco filosófico”), reconhecendo a superação do debate entre jusnaturalismo e positivismo jurídico, uma vez que as constituições contemporâneas já positivam valores e permitem a ultrapassagem da “legalidade estrita”, sem o desprezo pelo direito posto. Em terceiro lugar, por fim e conseqüentemente (“marco teórico”), reconhecendo a “força normativa da constituição”, a “expansão da jurisdição constitucional”, e a “nova interpretação constitucional” (cf. BARROSO, 2006b).

Não obstante as flagrantes lacunas teóricas e metodológicas, este conjunto teórico de tendências díspares alcançou inegável e ampla disseminação na comunidade teórica do direito brasileira. Mesmo aqueles que procuram criticar estas assertivas expostas linhas acima, ainda parecem precisar admitir a mesma base teórica, sobre a qual, eventualmente buscam promover algumas mudanças e reformas.

Humberto Ávila (2004), apesar de uma profunda e interessante reconstrução do debate sobre a conceituação e diferenciação entre princípios e regras, bem como sobre a eficácia destas duas espécies normativas; e apesar de procurar “virar o jogo” a favor da regras, continua a pressupor um consenso valorativo *inserido* nos princípios constitucionais (“estados ideais de coisas”), e, com a introdução da categoria dos “postulados normativos”, volta ainda mais influência para o jurista, que agora se liberta do peso da referência à norma escrita, e ganha o poder de criar os “modos” de aplicação destas normas, fora do ordenamento positivo – embora, supostamente, em decorrência dele.

Também Ana Paula de Barcellos (2006) ou Paulo Ricardo Schier (2007), embora gastem boa parte de seus trabalhos criticando os exageros e problemas decorrentes da excessiva “euforia” com os princípios constitucionais ou com a filtragem constitucional, respectivamente, apenas buscam conter estes excessos e manter íntegra a teoria neoconstitucionalista e pós-positivista. E este núcleo é o da posição privilegiada do jurista ou do “intérprete” na decifração e aplicação de um consenso axiológico fundamental representado juridicamente pelas normas –

principalmente os princípios –constitucionais, com vistas a promover valores, ou estados ideais de coisas, das quais, sem mandato político qualquer, foi ele eleito guardião.

(d) Foi já dito acima que, para o pós-positivismo neoconstitucionalista funcionar, seria preciso, em primeiro lugar, provar a existência de uma qualquer ética compartilhada entre a comunidade jurídica de que se trate. Barroso (2006a, p. 28 *et seq.*), como vimos, assume que os princípios contêm, representam ou carregam em si estes valores compartilhados por toda a sociedade. A constituição seria o receptáculo destes valores, e os expressaria na qualidade de normas jurídicas – na forma de princípios. Mesmo alguns dos seus críticos assumem a mesma concepção. Curiosamente, o mesmo Barroso também reconhece as vicissitudes políticas que dominaram e envolveram o Congresso Constituinte brasileiro de 1987-88:

“A ausência de um texto base e a ânsia de participação de todos os segmentos da sociedade civil, arbitrariamente alijados do processo político por mais de vinte e cinco anos, dificultaram significativamente a racionalização e a sistematização dos trabalhos constituintes. Divididos os parlamentares, inicialmente, em vinte e quatro subcomissões, oito comissões temáticas e uma Comissão de Sistematização, o processo constituinte padeceu das vicissitudes inevitáveis a um empreendimento desse porte naquele contexto, assim como de ingerências excessivas do Executivo e da dificuldade de formação de maiorias consistentes, mesmo em questões meramente regimentais.

[...] No texto de seu *Preâmbulo*, a fotografia, retocada pela retórica e pelo excesso de boas intenções, do momento histórico de seu nascimento e das aspirações de que deveria ser instrumento.” (BARROSO, 1999, p. 42-43, grifo do autor)

Não é só o processo constituinte que teve suas “vicissitudes”. O resultado do seu trabalho refletiu, neste ponto, os problemas políticos de certa maneira inevitáveis por que passou a Constituinte deste a sua convocação, como novamente reconhece Barroso:

“O processo constituinte que resultou na nova Carta Política teve como protagonistas, portanto, uma sociedade civil marcada por muitos anos de marginalização e um Estado apropriado pelos interesses privados que ditavam a ordem política e econômica até então. Na euforia – saudável euforia – de recuperação das liberdades públicas, a constituinte foi um amplo exercício de participação popular. Neste sentido, é inegável o seu caráter democrático. Mas, paradoxalmente, foi este mesmo caráter democrático que fez com que o texto final expressasse uma vasta mistura de interesses legítimos de trabalhadores e categoria [sic] econômicas, cumulados com interesses cartoriais, corporativos, ambições

peçoais, etc. O produto final foi heterogêneo, com qualidade técnica e nível de prevalência do interesse público oscilantes entre extremos.” (IBIDEM, p. 44)

O difícil salto teórico que medeia entre um documento político nitidamente heterogêneo, problemático – e que em muitos pontos, como vimos, mantém a chamada “tradição republicana brasileira”⁷⁸ – e uma prática jurídico-interpretativa que opera sobre uma base axiológica estável e homogênea é feito, aparentemente, pela pena do jurista. Sobre um documento “oscilante entre extremos”, o jurista tem de teorizar e aplicar as normas tratadas por suas próprias correções. Estas, por sua vez, podem se valer de sistematizações teóricas que transcendem a norma posta expressamente na constituição. Os princípios constitucionais implícitos, os valores fundamentais e a “hierarquia frouxa” entre eles, as técnicas e os postulados normativos aplicativos, a teoria da argumentação. Todo este conjunto teórico criado pelo próprio jurista, *fora do* processo político de criação de normas jurídicas – no que Kelsen (2003, p. 388-90) chamaria de interpretação não-autêntica –, volta-se para o segundo passo do trabalho do mesmo jurista, que agora aplica a norma, devidamente *modificada e aperfeiçoada no seu trabalho teórico*.

A constituição não vale tanto como norma positiva e, neste sentido, dificilmente pode fornecer uma “superação” do jusnaturalismo moderno. O seu valor, como, de novo, reconhece Barroso para a Constituição Federal de 05.10.1988, é predominantemente – diríamos meramente – simbólico:

“A Constituição brasileira de 1988 tem, antes e acima de tudo, um valor simbólico: foi ela o ponto culminante do processo de restauração do Estado democrático de direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista de exercício do poder, timbrada na intolerância e na violência. Ao reentronizar o Direito e a negociação política na vida do Estado e da sociedade, removeu o discurso e a prática da burocracia tecnocrático-militar que conduzira a coisa pública no Brasil por mais de vinte anos.” (IBIDEM, p. 43)

A apropriação simbólica da idéia de constituição, dissociando-a, ao mesmo tempo, do processo político que a concebeu e mesmo, em grande parte, do resultado material normativo que se operou a partir deste processo, é a maneira pela qual se pode utilizar a constituição, *fetichizada*, para justificar, mediante uma

⁷⁸ A expressão é de Werneck Vianna (2008) sobre a revolução passiva e a centralização estatal no Brasil. Cf. nota 81, acima.

argumentação mais ou menos regrada – sempre pelo jurista, de qualquer forma –, a pressuposição pouco crível de um consenso valorativo fundamental. A concepção dos princípios como valores, além disso, retira o seu caráter de norma jurídica, para colocar em seu lugar um vacilante e plástico caráter ético-axiológico.

Como valores, os princípios ser livremente moldados, aplicados parcialmente, re-significados quase livremente, e, de todo modo, entregues inteiramente ao trabalho técnico no intérprete. O seu nascimento democrático-político na qualidade de norma jurídica, associado ao seu caráter coercitivo-institucional inerente, se perde em favor de uma eficácia seletiva dependente do trabalho de remodelação do intérprete segundo suas próprias concepções de valores e de bens (cf. HABERMAS, 2001, p. 258-61). Para justificar isso, é preciso, além de pressupor uma comunidade de valores compartilhados, na qual não seja antidemocrático substituir normas jurídicas por valores; é preciso também assumir que o jurista recebe uma especial legitimação para acessar, melhor do que os demais cidadãos, estes valores.

(e) A transferência da controvérsia sobre finalidades e bens da esfera pública informal e da formal a ela ligada para um ramo do estado justificado pela técnica e não pela política, o poder judiciário, é feita sobre a base da maior legitimidade democrática deste poder para conduzir racionalmente esta controvérsia ou para abandoná-la em prol dos valores e bens “compartilhados por toda a sociedade”. Aqui, um duplo movimento teórico tem de ser feito: uma valorização idealizada do poder judiciário e do sistema judiciário que o circunda – a “comunidade dos intérpretes da constituição” – e uma desvalorização pessimista-realista dos demais poderes estatais. Um mecanismo teórico-político para realizar esta dupla tarefa já foi descrito acima, quando se viu a construção de uma divisão entre representação política e representação funcional – para Werneck Vianna (2003) – ou representação argumentativa – para Alexy (2005d). Por este mecanismo, a representação funcional-argumentativa serviria a complementar a representação funcional, corrigindo-lhe os excessos e as falhas sobre a base dos valores e dos princípios éticos que o direito permitia acessar, através do judiciário e das instituições que os circundam.

Um segundo mecanismo, no entanto, mais teórico-jurídico talvez, consiste em ver na técnica jurídica acessada pelos tribunais, pelo Ministério Público e pelos advogados em sentido amplo um meio privilegiado de racionalidade que estaria vedado à dinâmica política em sentido estrito. Esta, dominada pela corrida eleitoral, pela defesa de interesses e pela regra da maioria, se tornaria imperfeitamente ligada a estes valores que toda a sociedade compartilharia a partir da “tábua axiológica constitucional”.

“O debate [norte-americano sobre o *judicial review*], na sua essência, é universal e gravita em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia. É bem de ver, no entanto, que a idéia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos na minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los. O *deficit* democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contra-majoritária, não é necessariamente maior do que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação.

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes, ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.” (BARROSO, 2006b)

Ao descrédito da política “eleitoral” se soma, portanto, o descrédito à regra da maioria, um debate, como dito na passagem acima, muito comum na filosofia política e jurídica norte-americana.

(aa) A imagem manchada do poder legislativo – principalmente, mas também do executivo – não é nova e, no Brasil, é mesmo uma constante. Desde os tempos em que a unidade nacional era o problema número um da nação brasileira (cf. WERNECK VIANNA, 2008) – também da colônia, bem verdade – o poder executivo, reconhecido como tal desde a primeira Constituição Imperial de 1824, buscava centralizar grande parte dos poderes nas suas engrenagens administrativas. O Poder Moderador (art. 101 da Constituição de 1824) não era

um poder à parte: era antes um complemento ao poder executivo do imperador, que poderia, com seu uso, dominar os outros poderes e manter a centralização do poder no território brasileiro, através da revisão das normas das assembleias provinciais.

A breve experiência para-federativa brasileira, durante o período regencial, quando o Ato Adicional de 1834 reformou a então constituição, dando significativa maior autonomia às províncias, foi logo vista como perigosa para a sagrada unidade nacional e os movimentos revoltosos que eclodiram na época – Cabanagem, Sabinada, Balaiada, Guerra dos Farrapos (cf. SKIDMORE, 1998, p. 67-72) – mostraram-se suficientes para que o estamento burocrático encastelado em torno da centralização imperial pudesse retomar todo o seu poder. A espécie de governo parlamentarista que se instalou quando D. Pedro II efetivamente assumiu o trono tinha de efetivamente viver sob a sua autoridade quase-ilimitada, embora o germe do dissídio com a centralização estamental estivesse plantado (cf. FAORO, 2003, p. 444-53).

A única e não muito longa experiência de predomínio legislativo no Brasil talvez seja a República Velha. Ainda assim, a “Política dos Estados”, ou “dos Governadores” era aliança política frágil, que garantia a autonomia estadual e a importância do parlamento à custa de fraudes eleitorais, voto de cabresto, e uma predominância por vezes incontestável do presidente da república, que determinava a distribuição dos recursos do orçamento e agia para garantir os ganhos dos cafeicultores, quando o mercado externo entrava em crise. A fraqueza da aliança política São Paulo-Minas Gerais era de resto demonstrada pelos “acidentes” nas indicações eleitorais para a presidência da república, como no caso do Mal. Hermes da Fonseca. Além disso, as pressões estamentais vindas, principalmente, da bancada do Rio Grande do Sul não permitiu qualquer ganho de estabilidade nesta já tênue transação política. Não por acaso, veio deste Estado o governante que simbolizou a ruptura com a “Política do Café-com-Leite” e que, de fato, manteve o poder pelos próximos quinze anos (cf. IBIDEM, p. 627 *et seq.* e).

Nada obstante, o predomínio do legislativo, instável como foi, durante o início da república brasileira não lhe rendeu frutos históricos. Ao contrário, a operacionalização da “Política dos Governadores”, através do parlamento, em prol do domínio rotativo do poder pelas elites agrárias de São Paulo e Minas Gerais trouxe descrédito e menosprezo historiográfico e político a esse poder. A imagem fisiológica e parasitária do funcionamento de deputados e senadores, não criada nesta época, foi, no mais, muito bem explorada pelo governo Vargas, que soube centralizar a política na figura do presidente da república, tal como já antes fora na figura do imperador.

A história do poder legislativo, no Brasil, é, portanto, salvo espasmos não muito bem sucedidos, a história de sua ligação parasitária como o domínio efetivo e estamental do poder pelo executivo (cf. PÁDUA, 2008a). É uma história de subordinação e de importância secundária, na qual a inexistência de revoluções liberais jogou grande papel. Desde o Império, e como acento durante os muito períodos ditatoriais pelos quais passou o Brasil, a tônica é a centralização de poderes na União e, dentro dela, no Executivo – e, mais recentemente, no Judiciário (cf. SALAZAR, 1977, p. 127-36).

A Constituição Federal de 05.10.1988 se propunha a revitalizar o poder legislativo, vitimado por anos de domínio direto e desvelado durante o regime militar de 1964. No entanto, o ímpeto reformista dos constituintes acabou freado pelas continuidades históricas com a tradição brasileira e com a influência notável dos juristas na eleição do judiciário como nova pedra de toque da democracia brasileira.

“A revitalização do nosso Congresso foi considerada passo decisivo na redemocratização do País. A Constituição de 1988 reforçou-lhe os poderes, para restaurar um equilíbrio que, no juízo dos que lutaram pelo fim do regime autoritário, tinha sido perdido durante a sua vigência. Contudo, não foi reposto o quadro institucional da República de 1946, em que, por exemplo, carecia o Poder Executivo do instrumento dos decretos com força de lei e o Congresso tinha muito maior competência em matéria orçamentária do que hoje. No regime militar, os decretos com força de lei estavam presentes, mas os constituintes de 88 não foram tão longe no seu trabalho de remover o ‘entulho autoritário’ a ponto de aboli-los por inteiro da nova Carta. Eles permaneceram metamorfoseados como ‘medidas provisórias’. Esta incorporação, na Constituição democrática, de um instrumento tão controvertido da ditadura não foi cochilo dos constituintes, mas sim ato consciente, em virtude da percepção de sua necessidade nos governos democráticos no mundo contemporâneo.” (CINTRA e LACOMBE, 2003, p. 42)

Some-se às já famosas e folclóricas medidas provisórias os demais poderes de agenda do executivo brasileiro sobre o processo legislativo – tais como os pedidos de urgência e as iniciativas privativas (cf. PILATTI, 1999) – e o quadro que se tem é a impopularidade do Congresso Nacional, acusado de inerte e fisiológico, ao lado de seu completo desprestígio institucional. Com isso, praticamente todos os itens políticos de grande relevância na agenda política brasileira se tornam iniciativa – e comando – legislativa do executivo, que tem muito mais chances de aprovar projetos de lei do que os próprios integrantes do legislativo (cf. AMORIM NETO e SANTOS, 2003).

Sem nunca ter sido protagonista político do estado, o poder legislativo, que por sua própria dinâmica de investidura, tem a maior possibilidade de conexão com a esfera pública informal, a fim de assegurar um fluxo comunicativo contínuo de legitimação democrática (cf. HABERMAS, 2001, p. 352 *et seq.*), recebe crítica semelhante aqui à de que também é alvo em outros países. E também por aqui, como alhures, a receita de revitalização dos poderes políticos corrompidos pelos interesses privados é a busca pela legitimação extra-política – ao menos no sentido de competição eleitoral – do poder judiciário. Daí a crítica de Habermas (2001, p. 266) ao “entendimento paternalista da jurisdição constitucional”:

“Este paternalismo é alimentado por uma desconfiança, amplamente compartilhada pelos teóricos do direito, sobre a irracionalidade dos legislativos que dependem largamente em disputas de poder e opiniões majoritárias emotivas [*emotionalized*]. De acordo com esta visão, uma jurisdição criativa de uma corte ativista pode ser justificada tanto pela sua distância da política, como pela racionalidade superior de seu discurso profissional. [...] Realmente, os discursos jurídicos podem pretender [*lay claim to*] uma comparativamente alta presunção de racionalidade, porque os discursos de aplicação são especializados para questões de aplicação da norma, e podem então ser institucionalizados dentro da estrutura avaliável [*surveyable framework*] da clássica distribuição de papéis entre as partes envolvidas e uma imparcial terceira parte. Pelas mesmas razões, no entanto, eles não podem *substituir* os discursos políticos que, afeitos à justificação das normas e políticas públicas, demandam a inclusão de todos os afetados.”

Na Alemanha do poderoso *Bundesverfassungsgericht*, na França dos *petits juges* (cf. GARAPON, 2001), na Itália da mistura de juízes e membros do ministério público (cf. DI FEDERICO, 1995) comandando mega-operações envolvendo políticos, enfim, em todo o mundo político ocidental, a tomada de legitimidade pelo poder judiciário é conseqüente e relacionada à perda desta

mesma legitimidade pelos poderes políticos em sentido estrito – legislativo e executivo.

Nos EUA, como em Barroso, o argumento das falhas intrínsecas dos poderes eleitos para conduzir os valores constitucionais se mesclam com críticas à (insuficiência da) regra da maioria.

(bb) A crítica à regra da maioria é, na verdade, uma anti-crítica. A discussão só se estabelece porque os críticos da possibilidade e invalidação de leis pelo poder judiciário apontam o que Barroso corretamente chamou “défice democrático” deste poder em relação aos poderes que concorrem para a feitura destas mesmas leis (ou atos normativos) que podem ser invalidados à sua revelia. Como a legitimação democrática do legislativo e do executivo advém, principalmente do fato de serem eleitos segundo alguma forma direta, e como tanto esta eleição quanto as decisões tomadas pelo principal órgão deliberativo dentre estes dois – o poder legislativo – são ambas resolvidas por alguma forma de contagem majoritária dos votos, está assim claro o alvo aos defensores do poder judiciário: a própria regra da maioria.

A idéia imediata é o reconhecimento inicial de que o poder judiciário, na invalidação das leis e atos normativos atua, como o chamara o ex-juiz da Suprema Corte Norte-Americana Robert Jackson (cf. COUTO, 2005, p. 97), escancarando o eufemismo do termo “contramajoritário”, *antidemocraticamente*⁷⁹. Sua tarefa, aliás já prevista nos *Federalist Papers*⁸⁰, seria, justamente, a de temperar e corrigir as eventuais injustiças que os poderes que servissem à maioria implementassem segundo esta dinâmica democrática. Um dos mais destacados defensores do ativismo judicial nos EUA, contemporaneamente, Ronald Dworkin, precisa seguir este caminho, para poder defender a sua “leitura moral da constituição”:

⁷⁹ A bem da verdade, Couto (2005) não concorda com a assertiva e prefere a qualificação da jurisdição constitucional como *pré-democrática*, ao atuar para garantir os pressupostos estruturais do jogo político democrático (que ele chama *polity*).

⁸⁰ Cf. Tavares (1986, p. 1138-43); Vallinder (1995, p. 17-19). Para um argumento – não muito convincente, é verdade – de que o sentido do *federalist paper* n. 78, de Alexander Hamilton, não era propriamente claro sobre a defesa da vocação contra-majoritária do poder judiciário no controle de constitucionalidade, mas a de sua independência, cf. Griffin, 1996, p. 94 *et seq.*

“Minha explicação [de uma “concepção constitucional da democracia”] considera que o objetivo definidor da democracia é outro: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e práticas tratam todos os membros da comunidade como indivíduos, com igual consideração e respeito. Esta concepção alternativa da finalidade da democracia na verdade requer a mesma estrutura de governo que a premissa maiorista. Requer que as decisões políticas do dia-a-dia sejam tomadas por funcionários eleitos em eleições populares. Porém a concepção constitucional requer estes procedimentos majoritários como resultado de sua consideração pelo *status* igual dos cidadãos, e não por estar comprometida com o ideal da regra da maioria. Portanto, não oferece nenhuma razão de por que algum procedimento não majoritário não se poderia empregar em ocasiões especiais nas quais este ampliaria ou protegeria melhor o *status* igual que considera a essência da democracia, e não aceita que estas exceções sejam uma causa de moléstia moral.

[...] segundo a concepção constitucional seria uma petição de princípio objetar a prática que atribui aos tribunais a faculdade de ditar a decisão final nestas questões [sobre a justiça do resultado do processo majoritário] controversas baseando-se em que a dita prática é antidemocrática, porque a objeção pressupõe que as leis em questão respeitam as condições democráticas, e esta é a questão que está em discussão.” (DWORKIN, 2004, p. 117-18)

Dworkin, portanto, toma a questão a um nível mais profundo do que Barroso e assume que a insuficiência da “premissa majoritária” diz com a teoria da democracia. O problema para Dworkin, como teremos ocasião de tratar melhor mais tarde, é a justificativa de sua teoria epistemológica da democracia⁸¹. Como não pode ser claro *ex ante* o que conta positiva ou negativamente para a promoção do princípio base de igual consideração e respeito a todos os indivíduos, a controvérsia sobre se uma determinada norma é democrática ou não neste sentido depende de algum fórum de decisão, melhor se institucionalmente reconhecido como competente para tal. Dworkin afirma que, por ser estranhos à dinâmica política que produziu a norma e por trabalharem especificamente com a aplicação das leis e da constituição, os tribunais têm melhor capacidade de avaliar o respeito aos princípios estabelecidos na própria constituição, como requisitos da democracia da norma. A teoria dworkiniana da democracia é assumidamente calcada na correção *dos resultados*, portanto, e, sua teoria jurídica da leitura moral da constituição faz com que o parâmetro de avaliação destes resultados seja a

⁸¹ As teorias epistemológicas da democracia serão abordadas no capítulo seguinte. Por ora diga-se apenas que consistem em justificar a democracia como um regime melhor do que os outros possíveis com base na premissa de que atinge melhor resultados assumidos como corretos. O problema de que resultados são esses e quão substanciais se estipulam é o que determina a diferença entre teorias epistemológicas fortes e fracas, ou procedimentais e substanciais. Cf. BOHMAN e REHG, 1997.

constituição moralmente reconhecida e os tribunais, junto com a comunidade jurídica, responsáveis por esta leitura.

Uma primeira e mais profunda objeção, do ponto-de-vista da divisão do trabalho discursivo entre justificação e aplicação da norma, e das regras de ética do discurso que subjazem às duas já foi notada acima, em citação de Habermas. Esta objeção, afinal, dará com uma discussão sobre a teoria da democracia e terá de ter tratamento à parte. Uma mais óbvia e direta objeção, no entanto, desdobra-se em dois caminhos e foi feita por Jeremy Waldron. A primeira parte é reconhecer que, dada a tão propalada abertura semântica dos princípios⁸² e a possibilidade de atribuições conflitantes de sentido à sua aplicação nos casos concretos, também o que vai contar como critério para a correção democrática dos resultados de uma deliberação majoritária está sujeita, como dito, a um outro debate, metaprocessual, por assim dizer, em relação ao debate que originou, por processo majoritário, a norma questionada. O segundo caminho do argumento é que, também neste segundo debate sobre a correção da norma, os desacordos de sentido normativo afloram – ou podem aflorar – e terão de ser dirimidos por algum critério que resolva o dissenso insolúvel para o momento. Não surpreendentemente, os tribunais que recebem a atribuição do controle da constitucionalidade das normas, órgãos tradicionalmente colegiados, em sua maioria, apresentam dissensos internos significativos em suas decisões. E estes dissensos são resolvidos, também não surpreendentemente, por alguma forma de regra da maioria.

“Alguém poderia objetar que, nos Estados Unidos, ao menos, isto [renunciar a nossas convicções morais em favor da decisão da maioria] não é o que exige a nossa moralidade política. Pode ser que requeira que submetamos nossas visões imparciais sobre a eleição política à decisão majoritária, mas não que submetamos nossas convicções morais de princípio sobre a justiça ou os direitos ao processo majoritário. Ao contrário, segundo esta objeção: reservamos um mecanismo especial, uma forma não majoritária ou contramajoritária, para tomar decisões em questões que os cidadãos considerem da maior importância para a justiça ou os direitos. As questões de princípio que afetam a justiça ou os direitos são (ou podem

⁸² De resto, como já reconhecia o positivismo, uma abertura polissêmica inerente a qualquer norma e mesmo a qualquer manifestação lingüística. Cf., em geral, do ponto-de-vista da hermenêutica filosófica, Ricoeur, 2000., e, especificamente para o texto normativo jurídico, do ponto-de-vista da filosofia analítica, Sgarbi, 2005. A linguagem normativa e o problema da atribuição de sentido é também e profundamente abordada por Habermas, 2002c., do ponto-de-vista de um pragmatismo moderado.

ser) resolvidas pelos tribunais; se consideram muito importantes para deixá-las à mercê do processo majoritário.[...]

Creio que esta objeção é errônea e a razão pela qual é errônea é bastante eloqüente no contexto das minhas preocupações.

De fato, é a nossa prática abandonar o princípio da regra da maioria quando uma questão se traslada da tomada de decisões popular ou representativa para os tribunais? A resposta é claramente não. O princípio da regra da maioria permanece com a base fundamental para a resolução do desacordo sobre os méritos de uma questão entre os membros de um tribunal determinado. [...] A diferença, quando uma questão se traslada do legislativo a um tribunal ou ao referendo de um tribunal, é de eleitorado, mas não uma diferença no método de decisão. Mantemos o princípio da regra da maioria; só que agora se aplica a um corpo decisório com nove indivíduos [na Corte Suprema dos EUA], em lugar de um órgão com centenas (no caso de um parlamento) ou milhões de votantes (no caso da iniciativa popular).” (WALDRON, 2004, p. 254-55)

Mas se a questão que vai aos tribunais não retira a regra da maioria de cena para a resolução de um dissenso insolúvel pelo momento, então a única justificativa para a manutenção da vocação revisora do sistema judiciário em relação aos poderes eleitos é uma suposta superioridade na qualidade do discurso e da argumentação que se dá no bojo deste sistema⁸³.

(cc) O discurso jurídico que se dá nos tribunais, presente a teoria clássica do processo como conflito de interesses, se dirigia, como afirmou Habermas, a aplicar normas previamente dadas aos casos concretos, previstos, no esquema

⁸³ A crítica de Amy Gutmann (2004) ao texto de Waldron citado, invocando, (i) o fato de que o desacordo ético-moral não é, em si, moralmente neutro e de que, por isso (ii) o melhor exemplo para a analogia da vocação contramajoritária não seria a própria regra da maioria nas corte colegiadas, mas sim os corpos de jurados que decidem – nos EUA, mas não no Brasil – por unanimidade; esta crítica não salva a “dificuldade contramajoritária” e o problema do déficit democrático dos tribunais. Quanto ao primeiro argumento, mais será dito adiante, e por ora só calha adiantar que também a qualificação normativa sobre as alternativas do desacordo moral – contra o “ceticismo” imputado a Waldron – depende da aceitação de que algum super-intérprete detenha o poder normativo para esta avaliação, *por fora* do processo jurídico-democrático em que tal avaliação tem aplicação. Quanto ao segundo argumento, sua fraqueza é evidente. Do ponto-de-vista teórico, o júri não decide sobre normas, predominantemente, senão sobre fatos. É sua tarefa reconhecer a verdade das pretensões elevadas pelas partes em litígio no caso. Nesta avaliação de verdade, embora entrem também em questão, as concepções ético-morais dos participantes do debate jogam papel menor e causam menos dissenso e desacordo. Ainda do ponto-de-vista teórico, é uma escolha, dentre outras possíveis a regra da unanimidade e, mesmo feita, é preciso prever a possibilidade – não tão remota – de que o dissenso seja insolúvel e a unanimidade não alcançada. No caso do júri, esta possibilidade – nos EUA, novamente – é resolvida pela dissolução do júri e pela convocação de um novo, com repetição da instrução probatória e tudo o mais. Está claro que, do ponto-de-vista pragmático, esta opção é inservível para os tribunais, que não podem ser dissolvidos e convocados a esmo, e que quase não tomariam decisões a tempo se precisassem sempre de unanimidade. De resto, diga-se que a própria sugestão da unanimidade para analogia com o contramajoritarismo supõe uma insustentável unanimidade de fundo e *a priori* quanto a valores e normas morais, não ocorrente em sociedades pós-convencionais, como veremos.

normativo, apenas hipotética e abstratamente. Com a virada pós-positivista e a reformulação na teoria da norma jurídica, o foco não era mais a norma dada, mas a “justiça do caso concreto”. A teoria dos princípios e a assimilação destes a valores compartilhados comunitariamente deu à jurisdição um papel de afirmação axiológica desta comunidade, especialmente através da jurisdição constitucional. Como visto acima, uma das facetas da judicialização da política, a faceta interna, é a troca de lógicas procedimentais entre criação e aplicação de normas jurídicas, ou entre discursos de justificação e de aplicação normativa (cf. HABERMAS, 2001, p. 222 *et seq.*).

Com a confusão entre normas e valores, no entanto, a jurisdição passa a manipular valores sem passar pelo crivo democrático da conexão com a esfera pública informal, seja através de eleições periódicas, seja através de mecanismos de responsividade formais ou informais – plebiscitos e referendos, passeatas, comícios, manifestações, e-mails, etc. A pouca porosidade da jurisdição para com a esfera pública informal traz problemas para a livre manipulação que se lhe quer dar sobre valores e concepções sociais de bem.

Entretanto, ainda assim, os neoconstitucionalistas pós-positivistas como Barroso querem fazer crer que o judiciário e a comunidade jurídica que o circunda são mais legitimados do que os demais poderes para promover, racionalmente, a efetivação destes valores fundamentais. A primeira base teórica desta assertiva – a de um consenso comunitário em torno de valores – será mais adiante criticada em pormenores. A base subsequente, mais retoricamente apelativa e menos evidentemente vazia, está em que os poderes políticos representativos são ilegítimos porque sucumbem a interesses e pressões político-eleitorais, ao passo que as cortes são imunes a tais pressões. E embora seja verdade que os tribunais, por não serem eleitos, têm menos que se preocupar com pressões eleitorais; e embora seja verdade que tais pressões importam na determinação da atuação do legislativo e do executivo muitas vezes – como demonstram, principalmente, as teorias econômico-institucionalistas da democracia⁸⁴ –, não é certo que o contraste se estabeleça fortemente entre tribunais imaculados e poderes eleitos corrompidos.

⁸⁴ Cf. Przeworski, 1995; Pilatti, 2006.

“Oponentes do *judicial review* são às vezes acusados de adotar uma visão ingenuamente otimista do poder legislativo. Mas, às vezes, nós fazemos isso deliberadamente, contrastando [*matching*] uma imagem otimista com outra em face da recusa dos defensores das cortes em levar em conta realisticamente o que ocorre nelas.” (WALDRON, 2006, p. 1379)

Com efeito, não há sentido em contrastar uma teoria realista ou econômica da prática legislativa com uma teoria normativa da prática jurisdicional. Ambas assumem premissas teóricas distintas e, em muitos casos, contrapostas. O mesmo modelo de indivíduo que maximiza utilidade e age segundo seus interesses no legislativo tem de valer para o judiciário também, onde há vários interesses egoístas a satisfazer – notoriedade, promoção, riqueza lícita ou ilícita, etc. E, se se quiser abraçar uma metodologia pós-empiricista que mescla padrões explicativos e científicos distintos (cf. BOHMAN, 1993) para promover a elucidação dos objetos da ciência social, é preciso que estas mesclas de padrões se apliquem aos mesmos fenômenos igualmente, não seletivamente.

Abandonada a idealização dos dois lados, no entanto, sobra apenas a comparação direta quanto à legitimidade democrático-racional entre o judiciário e a sua comunidade jurídica, e os demais poderes (eleitos). Barroso – e seus interlocutores – assumiu sem incursão na teoria da democracia que cabia ao primeiro ser o guardião da fragilidade política dos segundos e que democracia não se mistura com maioria votante. Assumiu, além disso, também sem muita fundamentação teórica, que a constituição (brasileira) positivou valores compartilhados por toda a comunidade (brasileira), os quais, portanto, deveriam ser realizados sempre na maior medida possível, quando contrapostos no caso concreto, através da argumentação e da ponderação de princípios. Por fim, assumiu, de novo à falta de uma teoria filosófica de base, que o intérprete do direito teria acesso privilegiado a estes valores compartilhados e que deveria promover a sua efetividade, tendo como via principal a assunção de um papel na comunidade jurídico-judiciária de intérpretes da constituição, apta a, pela atuação estatal do poder judiciário, garantir a força normativa da constituição.

Pois foi para suprir esta falta de base filosófica, perdida no caráter negativo do pós-positivismo e no “sincretismo metodológico” (cf. BARROSO, 2006b) da teoria jurídica a que deu azo, que Lenio Streck procurou o apoio da hermenêutica

filosófica, em rápida ascensão desde que Heidegger a popularizou, no início do séc. XX.

3.3.2.

Lênio Luiz Streck e a hermenêutica jurídica gaúcha

Em muitos pontos, a reconstrução teórica das assertivas-chaves de Luís Roberto Barroso valem também para Lênio Streck. Apesar de desenvolvida em um espaço intelectual algo distinto de Barroso, Streck partilha com ele do tempo teórico e do ponto de partida do ataque: o assim chamado e algo estilizado⁸⁵ “positivismo jurídico no Brasil”. Ambos começam a ganhar destaque na comunidade jurídica pouco depois que a Constituição Federal de 05.10.1988 entra em vigor e ambos partem da teoria negativa do pós-positivismo para levantarem seus próprios edifícios teóricos. Barroso, formado na teoria do direito norte-americana, parece mais pragmático e raso. A expressão “sincretismo metodológico” com a qual o critica – junto a outros – Virgílio A. da Silva (2005) é a melhor metáfora de um corpo teórico numeroso e esparso sem uma base filosófica comum, que soube, por maior mérito, aproveitar uma série de contribuições díspares de várias comunidades jurídicas distintas, convergentes no trauma do fantasma nazi-fascista e no *fetichismo* e *otimismo* constitucional. Também milita no sentido desta conclusão o fato de ser o “marco filosófico” do neoconstitucionalismo de Barroso o pós-positivismo, ele mesmo um corpo díspar e unido pela rejeição negativa ao positivismo – ou a uma versão qualquer dele.

Lênio Streck, oriundo de uma escola filosófica heideggeriana-gadameriana do Rio Grande do Sul, procura adaptar este legado à teoria do direito para realizar a crítica ao positivismo jurídico sobre pressupostos filosóficos mais sólidos. Espera, com isso, suprir a série de lacunas teóricas que vulneraram muitas das asserções de Luís Roberto Barroso.

⁸⁵ Sem embargo do que já foi notado a respeito da disputa teórica entre positivismo e pós-positivismo em geral e do “diálogo de surdos” no qual muitas vezes tal disputa se converte, também no Brasil muitas das idéias e afirmações atribuídas ao um “positivismo formalista” são retiradas de assunções apressadas e pouco construídas ou refletidas sobre o que realmente significa o positivismo jurídico e como ele penetrou ou não na teoria e na dogmática jurídica brasileira. Cf. um bom apanhado defensivo do positivismo, inclusive no Brasil, em Dimoulis, 2006, p. 45 *et seq.*

(a) Como dito, o ponto de partida é, em linhas gerais, à parte a maior acidez da crítica, o mesmo:

“O novo constitucionalismo – que exige uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e um novo modo de compreender o direito – ainda não aconteceu, com a necessária suficiência, em *terrae brasiliis*. Ainda não compreendemos o cerne da crise, isso é, que *o novo paradigma do direito instituído pelo Estado Democrático de Direito é nitidamente incompatível com a velha teoria das fontes, com a plenipotenciabilidade dos discursos de fundamentação, sustentada no predomínio da regra e no desprezo pelos discursos de aplicação, e, finalmente, com o modo de interpretação fundado (ainda) nos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência*. Assim a teoria positivista das fontes vem a ser superada pela Constituição; a velha teoria da norma cederá lugar à superação da regra pelo princípio; e o velho *modus* interpretativo subsuntivo-dedutivo – fundado na relação epistemológica sujeito-objeto – vem a dar lugar ao giro lingüístico-ontológico, fundado na intersubjetividade.

Trata-se, pois de três barreiras à plena implementação do novo paradigma representado pelo Estado Democrático de Direito. Essas barreiras fincaram raízes na concepção positivista de direito, que identifica *texto* e *norma*, *vigência* e *validade*, ignorando a parametricidade formal e material da Constituição, fonte de um novo constituir da sociedade.” (STRECK, 2006b, p. 224-25, grifos do autor)

Ainda mais explícita a ambiciosidade do que Barroso, portanto, Streck pretende refundar a teoria do direito (no Brasil), com base em uma tríplice reformulação radical: na teoria das fontes, na teoria das normas e na teoria da identificação do direito. De certa maneira, essa era, também, a fundamentação da interpretação do pós-positivismo de Albert Calsamiglia (1998) – expressamente citado por Streck (2006b, p. 225, nota 3). A diferença, no entanto, se mostra na base teórica para a “superação” do positivismo. A base para esta empreitada de Streck é a superação da “filosofia aristotélico-tomista e da filosofia da consciência” – e, com ela, também do modelo de “liberal-individualista” de “disputas interindividuais” (cf. STRECK, 1999, p. 320; IDEM, 2006b, p. 223), justamente as bases de ataque também da hermenêutica de Heidegger-Gadamer. Esta superação realizaria uma mudança paradigmática na compreensão ontológica do direito. No entanto, não será tão fácil promover a transição da ontologia filosófica para a filosofia do direito.

(b) O primeiro passo para “superar” a visão “metafísica” do paradigma anterior do direito – de modelo “liberal-individualista” – é a nova compreensão do papel do direito na contemporaneidade. Aqui, uma transformação de base filosófica inspirada na hermenêutica heideggeriana-gadameriana é mesclada como

uma transição paradigmática sócio-histórica similar à que Habermas procura descrever⁸⁶. Com a mescla, um paradigma do “Estado Democrático de Direito” deve superar o do Estado Liberal, assimilando as conquistas do “Estado Social”. À diferença de Habermas, no entanto, o local desta transição paradigmática não é – ou não é predominantemente – o horizonte sócio-histórico na qual o direito se torna compreensível e ativo, mas a própria constituição, pela atividade da comunidade jurídica. Superando o individualismo e o formalismo da atual “baixa compreensão” constitucional, e sobre o incentivo da Constituição Federal de 05.10.1988, o jurista deve assumir seu papel no resgate das “promessas da modernidade”.

“O Estado democrático é um *plus* normativo em relação ao Estado Social. Dito de outro modo, o Estado Democrático de Direito põe à disposição dos juristas os mecanismos para a implantação das políticas do *welfare state*, compatíveis com o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, há – ou deveria haver – um sensível deslocamento do centro de decisões do legislativo e do executivo para o judiciário. [...]

Dito de outro modo, o Estado Democrático de Direito depende(ria) muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos. Claro que tal assertiva pode e deve ser relativizada, mormente porque não se pode esperar que o Judiciário seja a solução (mágica) dos problemas sociais. Entretanto [...] **é pela via judiciária que é possível a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na Constituição**, e, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Judiciário, através do controle de constitucionalidade das leis, **pode servir com via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais.** (STRECK, 1999, p. 323)

O Estado Democrático de Direito, portanto, é um novo paradigma do direito e a democracia que acompanha seu nome é um “*plus* normativo”, no sentido de que se aproxima das promessas de mudança social inscritas no “*modus interpretativo*” do direito. Democracia se mede, nesta linha, pela maior proximidade dos resultados da aplicação da constituição em relação a uma específica expectativa do que deve ser o resultado destas transformações sociais pressupostas e inseridas na própria idéia/conceito de direito.

Obviamente, a primeira questão que daí ressalta é sobre a maneira pela qual se vai poder construir ou descobrir estes parâmetros que permitam, *ex ante*, a

⁸⁶ Cf. cap. 2.4, acima.

avaliação do grau de “modernidade” ou a correta compreensão e aplicação do direito nos casos concretos. Se não houver um mecanismo qualquer que delimite o significado “correto” destas promessas de modernidade embutidas no direito – nomeadamente na constituição –, a avaliação normativa quanto à validade de qualquer compreensão e aplicação sua vai, evidentemente, depender das próprias convicções do jurista que a avalie, sem possibilidade de comunicação e debate de suas concepções com outros que dele discordem, ou, pior, sem a possibilidade teórica de discordância.

(c) Para afastar esta perplexidade, é que o segundo passo deve ser dado. Em verdade, este segundo passo já estava embutido e latente no primeiro. O paradigma do Estado Democrático de Direito em Streck não representa somente uma mudança sócio-histórica, em que o jurista deve assumir o centro das decisões políticas: é também uma mudança metodológica no modo de pensar o direito, a fim de que ele possa assumir fundamentadamente esta tarefa gigantesca que o espera. O jurista assume este papel de destaque no estado, porque a ele compete a renovação da fusão de horizontes interpretativa que a constituição simboliza.

A constituição, num movimento ainda mais marcadamente fetichizante do que no neoconstitucionalismo de Barroso, assume uma condição de pré-compreensão fundamental sobre a qual o jurista trabalha, tal como se teologicamente interpretasse sagradas escrituras.

“A falta de uma pré-compreensão impede o acontecer (*Ereignen*) do sentido. Gadamer sempre nos ensinou que a compreensão implica uma pré-compreensão que, por sua vez, é pré-figurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus pré-juízos.

A tradição nos lega vários sentidos de Constituição. Contemporaneamente, a evolução histórica do constitucionalismo no mundo (mormente no continente europeu) coloca-nos à disposição a noção de Constituição enquanto *detentora de uma força normativa, dirigente, programática e compromissária*, pois é exatamente a partir da compreensão deste fenômeno que poderemos dar sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade no Brasil, por exemplo. Mais do que isso, é do sentido que temos de Constituição que dependerá o processo de interpretação dos textos normativos do sistema.

Sendo um texto jurídico [...] válido tão-somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição dessa conformidade exige uma pré-compreensão (*Vorverständnis*) acerca do sentido de (e da) Constituição, *que já se encontra, em face do processo de antecipação de sentido, numa co-pertença ‘faticidade-historicidade do intérprete e da Constituição-texto infraconstitucional’*. Um texto

jurídico [...] jamais é interpretado *desvinculado da antecipação de sentido* representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição”. (STRECK, 2004, p. 243-44)

A pré-compreensão do mundo, fruto de cristalizações lingüísticas de sentido na tradição cultural ou na “consciência histórica” (cf. GADAMER, 1995, *passim*) de uma determinada comunidade, destaca-se, em Streck, de sua totalidade para apreender a “lingüisticalidade” ôntica do mundo como um todo (cf. IDEM, 1977b) para concentrar-se e localizar-se como tradição específica do direito, tradição *jurídica*. Neste sentido, a conversão do apanhado amorfo feito pelo “sincretismo metodológico” pós-positivista de Barroso para a condição de postulados hermenêuticos derivados da pré-compreensão pela tradição jurídica (“mormente no continente europeu”) acerca dos sentidos da constituição não parece trazer vinho novo ao novo odre. Traz, no entanto, um novo estatuto teórico para o que era apenas arbitrariamente apontado como métodos ou princípios de interpretação constitucional, sem muita preocupação quanto à sua origem ou fundamentação teórica.

(d) A hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer, neste ponto, tem, sem dúvida, muito a oferecer. Com a “virada lingüística” da hermenêutica filosófica, Streck ganha, simultaneamente, um ponto de crítica ontológico-epistemológica ao positivismo (jurídico) e um ponto de apoio para o assentamento do texto constitucional como expressão de uma produção de sentido que não pode ser compreendida fora de uma determinada tradição cultural.

A linha epistemológica pós-empiricista que parte da recepção epistemológica das teorias de Gadamer, principalmente, já é ampla e sedimentada (cf. TAYLOR, 1987; GUIGNON, 1991). A idéia da produção de sentido social pelos atos humanos, e da necessidade de interpretação dos fatos sociais pela ciência social (cf. BOHMAN, 1993, p. 102 *et seq.*; HABERMAS, 1984, p. 102 *et seq.*) tem muito a dever à intuição primordial de Heidegger, depois conduzida adiante por Gadamer. Grande parte desta tradição epistemológica da segunda metade do séc. XX, que, além de Gadamer, procura incorporar a filosofia da linguagem do segundo Wittgenstein, parte de uma crítica da epistemologia positivista-conductista-behaviorista que até então dominava a produção do

conhecimento em ciências sociais, à moda das ciências naturais. Autores como Kuhn e Feyerabend (cf. B. S. SANTOS, 2003, BOHMAN, 1993) deram contribuições importantes na linha da sociologia da ciência e da epistemologia, que culminou com a incorporação da filosofia da linguagem – de vários matizes diferentes – da filosofia analítica, à hermenêutica filosófica ao pragmatismo filosófico; todos com o objetivo de auxiliar as ciências sociais – ou uma forma qualquer de saber diferentemente chamada – a produzir conhecimento, agora que a inexorabilidade da linguagem para a compreensão e interpretação dos fatos sociais se mostrara (cf. GUIGNON, 1991; HABERMAS, 2002d)⁸⁷.

A bem da verdade, Gadamer não queria – primordialmente⁸⁸ – produzir uma revolução epistemológica. Heidegger muito menos. Para um ou para outro, a hermenêutica filosófica era uma maneira de reconhecer o potencial onímico da linguagem para promover um conhecimento “escondido”. A idéia de Heidegger era (re)conhecer a universalidade sem a metafísica cartesiana; sem a necessidade de apelar para realidades ou universos apriorísticos, independentes do tempo e do espaço em que estamos todos já mergulhados. O conceito de *diferença ontológica*, tão caro a Streck (cf. 2006a, *passim*), que separa o *Ser (Sein)* do *ente (Seiende)*, o *ontológico* do *ôntico*.

⁸⁷ Ainda hoje, a melhor metáfora desta inexorabilidade continua sendo a do “círculo hermenêutico”. Embora, como o próprio nome denuncie, seja este conceito uma criação da hermenêutica filosófica, a sua expansão para qualquer epistemologia pós-empiricista parece justificada, já que é marca desta epistemologia o reconhecimento de que “temos vedado um acesso direto – e não-mediado lingüisticamente – à realidade ‘nua’.” (HABERMAS, 2002b, p. 10). Em linhas gerais, o círculo hermenêutico quer dizer duas coisas: na sua formulação original ontológica, diz com a necessidade da contínua interpenetração entre o ôntico e ontológico, entre o sentido sempre presente e o sentido transcendente dos fatos e atos sócias; neste sentido, o círculo hermenêutico é um fluxo de produção de sentido que vai do particular para o universal e de volta, a fim de que a linguagem possa efetivamente mostrar-se fundida com o mundo fenomênico e como chave para sua compreensão (cf. GADAMER, 1996, p. 73 *et seq.*; IDEM, 1977c; HABERMAS, 2002d, p. 80-83). Em sua apreensão epistemológica, o círculo hermenêutico representa a impossibilidade de fugir da linguagem para a explicação e compreensão de qualquer ato social, uma vez que o seu significado só pode ser sistematizado e transmitido por meio da linguagem, que, por sua vez, só pode ser aprofundada dentro da própria linguagem. Não há, portanto, meio de sair do círculo lingüístico em que todos, por compreendermos e produzirmos sentido social como nossos atos no dia a dia, estamos já e irremediavelmente, mergulhados (cf. TAYLOR, 1987, p. 35 *et seq.*; BOHMAN, 1993, p. 102 *et seq.*)

⁸⁸ Os trabalhos de Gadamer tratam *também* de epistemologia, obviamente, mas ele reconhece, com Heidegger, que “o compreender é a forma original de realização do ser-aí humano, na qualidade de ser-no-mundo. E, antes de toda diferenciação do compreender nas duas direções do interesse prático e do interesse teórico, o compreender é um modo de ser-aí que o constitui em ‘saber-ser’ e ‘possibilidade’.” (GADAMER, 1996, p. 50)

“O semideus Dioniso oferecera-se tanto aos românticos como a Nietzsche como o deus ausente, que, por meio, do seu ‘distanciamento extremo’, dava a entender a uma modernidade abandonada pelos deuses o que lhe foi retirado em energias sociais de coesão no curso de seu próprio progresso. A idéia da diferença ontológica serve agora como ponte entre essa idéia de Dioniso e a questão fundamental da metafísica. Heidegger separa o Ser, que sempre fora compreendido como o Ser do ente, do próprio ente. Visto que o Ser só pode atuar com portador do acontecer dionisíaco se se tornar em certa medida autônomo – como o horizonte histórico dentro do qual o ente aparece pela primeira vez.

O ente, aquilo que se apresenta a nós no dia-a-dia como parte da história e do tempo, aquilo que é *aí*, o *ser-aí* (*Da-sein*), só pode ser signo e mostra do Ser (*Sein*) total, que escapa à análise transcendental ou fenomenológica⁸⁹ e só pode ser acessado a partir da “lingüística” fundamental do mundo (cf. GADAMER, 1977b e 1977c). A recepção das intuições de Heidegger por Gadamer alguns anos depois ratificou e ampliou o papel da linguagem na compreensão do ser e o papel da tradição e da consciência histórica na pré-compreensão da historicidade do tempo como condição de possibilidade para *qualquer* compreensão do mundo.

“Tais quais, estas linhas [de Heidegger sobre o círculo hermenêutico] não enunciam apenas as exigências que se impõem à prática da compreensão. Elas descrevem a maneira pela qual procede sempre a interpretação que visa a uma compreensão cuja medida é a ‘coisa mesma’. É a primeira vez que se afirma explicitamente o sentido ontologicamente positivo do círculo que implica a compreensão. Toda interpretação autêntica deve se precaver contra o arbitrário das idéias barrocas que tocam o espírito, e contra os limites derivados de hábitos inconscientes de pensar. É evidente que, para ser autêntica, a visão da investigação deve ser dirigida à ‘coisa mesma’, e de maneira que ela seja avaliada por assim dizer ‘em pessoa’. É mesmo evidente que a compreensão fiel do sentido de um texto, por exemplo, não é o caso de simples desejo mais ou menos vago, nem de ‘boas e piedosas intenções’, mas constitui bem o sentido mesmo do problema que designava Heidegger por ‘tarefa primeira, permanente e última’ da compreensão interpretativa. Ora o caráter circular da compreensão é precisamente o resultado [*aboutissement*] do esforço que sustenta o intérprete para manter-se rigorosamente nesse programa, a despeito dos erros que poderá cometer no curso de suas investigações.” (GADAMER, 1996, p. 78)

Aqui, a figura do *intérprete* reaparece, mas agora para designar *qualquer pessoa*. Num mundo “preso” no círculo hermenêutico, a chave para os fenômenos (*o ser-aí*) e deles para o *Ser* é a interpretação de significados presentes em

⁸⁹ É no entanto clara a presença e a inspiração do método da análise transcendental da fenomenologia de Husserl, que procurava identificar e mostrar a existência do sujeito a partir da intencionalidade que dirigia aos objetos. Cf. Costa, 1996. O próprio Gadamer (1977a e 1996, p. 49-50) presta grande tributo à fenomenologia de Husserl e Max Scheler, e os aponta precursores da virada que Heidegger dará na filosofia metafísica, ao descobrir e afirmar o papel insubstituível da linguagem na pré-compreensão e na antecipação de sentido do *Ser*. De fato, Heidegger foi discípulo de Husserl.

qualquer situação e em qualquer momento ontológico, tal como se interpretam textos propriamente ditos⁹⁰. O mundo só se apresenta o sujeito a partir da – e na qualidade de – dinâmica textual-significante e, para abri-lo (cf. HABERMAS, 2002d, *passim*), é preciso se inserir nesta atividade ininterrupta de pré-compreensões e antecipações de significado, que misturem num mesmo contexto de continuidade ou ruptura tradicional as dinâmicas históricas do passado, presente e futuro.

(e) Convertida numa característica ontológica fundamental, a hermenêutica se transmuda em uma atividade inafastável, mas também irreduzível a métodos e finalidades rígidas. Converte-se, portanto, numa espécie de “arte” (cf. HABERMAS, 1996a, p.21), de dinâmica inexplicável senão a partir de si mesma que deve continuar “a despeito dos erros que poderá cometer”, haja vista que nada transcende ou se coloca fora da “lingüisticalidade” do mundo, nem o ôntico (ente) nem o ontológico (Ser). A linguagem é parte deste mundo, mas ao mesmo tempo o modo pelo qual ele se abre. E a atividade da linguagem só pode ter lugar nas trocas intersubjetivas e intertemporais que procuram atribuir novos sentidos a manifestações significantes de outros contextos. A(s) tradição(ões) em que produzidas as manifestações de significado precisam se apropriar de sua histórica (cf. GADAMER, 1996) e, também, dialogar com outras tradições a fim de vislumbrar novos sentidos em diferentes manifestações, e, como isso, caminhar no sentido da abertura do mundo⁹¹. Este diálogo intersubjetivo e intertradicional permite uma *fusão de horizontes* interpretativos (cf. LINGE, 1977, p. xxv-xxviii) e, esta fusão, por sua vez, é o que promove a possibilidade de interpretação em si e, em última análise, a abertura do mundo.

“O que estou descrevendo é o modo de toda a experiência humana do mundo. Chamo esta experiência hermenêutica porque o processo que estamos descrevendo é repetido continuamente durante a nossa familiar experiência. Há sempre um mundo já interpretado, já organizado em suas realidades básicas, no qual a experiência aparece [*steps*] como algo novo, irritando [*upsetting*] o que levava as nossas expectativas e atual [*undergoing*] reorganização, em si, a revoltar-se [*in the upheaval*]. Mal-entendidos e estranhezas não são os primeiros fatores de tal modo que evitar mal-entendidos pudesse ser visto como a tarefa específica da

⁹⁰ Daí Taylor (1987, p. 33) falar em “textos ou situações análogas a textos” e Ricoeur (2000, p. 20 *et seq.*) falar em “dialética do evento-significação”.

⁹¹ Gadamer (1977b e 1977d) recorre ao exemplo da tradução e da arte como exemplos de aplicação desta abertura do mundo e diálogo de tradições através e na linguagem. Ricoeur (2000, *passim*) utiliza a metapsicologia freudiana, a arte e a teologia como aplicações teóricas.

hermenêutica. Exatamente o oposto é o caso. Apenas o apoio de entendimento comum e familiar torna possível a entrada [*venture*] no alienígena, o destacar [*lifting up out of*] algo do alienígena, e logo o aumento e enriquecimento da nossa própria experiência do mundo.” (GADAMER, 1977b, p. 15)

A universalidade da fusão de horizontes corresponde à universalidade da linguagem na leitura do mundo, que, por sua vez, conduz à universalidade (ontológica) da hermenêutica.

“Nós estamos sempre já vinculados [*biased*] em nosso pensamento e conhecimento pela nossa interpretação lingüística do mundo. Crescer nessa interpretação lingüística significa crescer no mundo. Neste sentido, a linguagem é a real marca de nossa finitude. Está sempre além de nós. [...] Realmente, não há consciência individual de todo, na qual a linguagem falada não esteja presente. [...] [...]

A linguagem não é um domínio delimitado do falável [*speakable*], contra o qual outros domínios infaláveis [*unspeakable*] poderia se colocar. Ao invés, a linguagem é onímoda [*all-encompassing*]. Não há nada que seja fundamentalmente impedido de ser dito, no sentido que nosso ato de querer dizer [*meaning*] tenciona-o. Nossa capacidade para dizer corresponde incansavelmente com a universalidade da razão. Logo todo diálogo tem um inerente infinitude e não tem fim.” (GADAMER, 1977c, p. 64 e 67)

A hermenêutica, como interpretação lingüística do mundo, portanto é universal em sua presença – inevitável pelo círculo hermenêutico em que já nos encontramos por estar no mundo –; porém, ao mesmo tempo, deriva o sucesso de sua atividade das pré-compreensões culturais que têm lugar em determinadas tradições. Embora estas tradições e as pré-compreensões correlatas não sejam inafastáveis ou fixas e possam ser postas em questão, até certo limite (cf. GADAMER, 1977b, p. 8-9), fato é que a comunicação de tradições no tempo e no espaço só pode ocorrer através da atividade interpretativa mesma, na fusão de horizontes. E esta fusão não é um método, mas um (modo de) *ser*.

(f) A partir deste vasto, complexo e enigmático arcabouço filosófico, Streck vai procurar embasar uma teoria da constituição – e do direito – que corresponda e explique este paradigma do Estado Democrático de Direito. A princípio, a aplicação da hermenêutica filosófica de Heidegger-Gadamer ao direito é não só imediata, como óbvia. Afinal, mais obviamente do que a maioria dos fenômenos sociais, o direito incorpora não só a característica de se apresentar na forma de textos – razão pela qual o interpretação jurídica é um ramo da teoria do direito já secular (cf. PÁDUA, 2008b) –, mas também a dimensão temporal e espacial da fusão de tradições é mesmo inerente à dinâmica de produção de normas, no

contexto sócio-político e teórico ainda dominado pelo estado-nação (cf. HABERMAS, 2000, p. 81-85). Além do mais, a ascensão do neoconstitucionalismo pós-positivista e sua virada ao caso concreto e à aplicação do direito trouxe a necessidade do aprofundamento de uma teoria da jurisdição e da interpretação do direito que suplantasse o mero ato de vontade – ou ato discricionário – com que a teoria positivista lidava com a última ponta das normas jurídicas.

O reconhecimento da hermenêutica filosófica em Streck, no entanto, assumiu particularidades a partir da ótica da teoria constitucional. Não lhe bastou afirmar uma crítica metodológica ao positivismo jurídico ou afirmar a influência da filosofia da linguagem para os processos de compreensão de textos. Streck quis, efetivamente, ver um *Ser* no direito e repetir, quase passo a passo, a crítica heideggeriana à metafísica idealista da modernidade:

“A tese que desenvolvo deve ser entendida como processo de desconstrução da metafísica vigente no pensamento dogmático do direito (sentido comum teórico). A tarefa desta crítica é a de ‘desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos’ (Heidegger-Stein). A metafísica pensa o ser e se detém no ente; ao equipara o ser ao ente, entifica o ser, através de um pensamento objetificador. Ou seja, a metafísica, que na modernidade recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência), faz com que se esqueça justamente da diferença que separa ser e ente.

No campo jurídico, esse esquecimento corrompe a atividade interpretativa, mediante uma espécie de extração de mais-valia do ser (sentido) do direito. O resultado disso é o predomínio do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização, que na sua forma simplificada redundou numa cultura jurídica estandardizada, na qual o direito não é mais pensado em seu acontecer.” (STRECK, 2006a, p. 138-39)

Recebida pela teoria do direito, a hermenêutica filosófica se insere nela para remodelá-la. Com isso, não é a teoria do direito que se insere na dinâmica fundamental da diferença ontológica que desvela o *Ser* absoluto, mas o *Ser* que penetra o direito para procurar operar na sua própria dinâmica.

“A *Crítica Hermenêutica do Direito*, fincada na matriz teórica originária da ontologia fundamental, busca, através de uma análise fenomenológica, o desvelamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e que somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. sendo o direito entendido

como a sociedade em movimento), onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico).” (IBIDEM, p. 139)

A vagueza da aplicação da hermenêutica filosófica parece derivar de dois problemas fundamentais: em primeiro lugar, do fato de que ela lida com a totalidade do *Ser* e que, por isso, é universal. O objetivo da hermenêutica filosófica não é estudar o ente em si, mas utilizá-lo para desvelar o *Ser*, um conceito enigmático e que se pretende inserido na dinâmica histórica (cf. HABERMAS, 2002a, p. 187 *et seq.*), sem com ela confundir-se senão como ser-aí (*Da-sein*)⁹². Neste sentido, o direito é um ente, uma parte da sociedade, inserido no tempo e no espaço, do qual se pode, como em qualquer ente, com a tomada de consciência da linguagem, extrair a presença do *Ser*, na forma de um ser presente na historicidade, como ser-aí (*Da-sein*).

E aqui se esbarra com o segundo problema: como a hermenêutica filosófica na linha de Heidegger-Gadamer se recusa a reconhecer-se como um método, mas afirma-se, antes de tudo, uma ontologia, a aplicação de seus postulados ao direito criam o mesmo dilema que para a sua aplicação em geral: ou se afirma um modo de interpretar e apreender as dinâmicas substantivas da cultura/tradição/consciência histórica – e, com isso, se afirma relativista (cf. HABERMAS, 2001) – ou defende a sua universalidade como dinâmica estética e se perde no subjetivismo do demiurgo-hermeneuta que promove, de alguma maneira melhor do que os outros, a interpretação do mundo (cf. IDEM, 2002a).

Streck (2006a, p. 137 *et seq.*) não quer admitir nenhum dos lados deste dilema. De um lado, afirma a universalidade do problema hermenêutico, calcado na compreensão intersubjetiva da linguagem como constituição do mundo. Com isso, procura afastar-se do relativismo, criticando a “metafísica”.

“Sem dúvida, a cada época e, eventualmente, cada indivíduo o faz a sua maneira e, assim, ‘diversamente’. Mas, continua Grondin, o que cada tentativa de

⁹² O jogo de palavras de Heidegger só pode ser amplamente compreendido, se se perceber que a em alemão, a palavra *Dasein* significa “existir”. Então, com a dissociação entre *Da* (advérbio de lugar: “aí”) e *Sein* (verbo substantivado: “ser”), Heidegger procura mostrar que o que existe é um momento do *Ser* que se insere no *tempo*, no horizonte histórico que é sempre uma cristalização do passado e uma antecipação do futuro. Para uma apresentação honesta da hermenêutica filosófica de Heidegger-Gadamer, com os olhos voltados para o direito, embora sob o mesmo signo tecnocrático que caracteriza o pós-positivismo em geral, como temos visto, cf. CAMARGO, 2005.

compreensão pretende seguir sendo uma verdade, sobre a qual se pode eventualmente discutir. Seria um curto-circuito histórico, explicara como relativista a verdade aceita, no caso, de maneira diversa. [...] um relativismo, comumente entendido como a concepção segundo a qual determinada coisa, ou mesmo qualquer coisa, é exatamente como qualquer outra, de fato nunca foi defendido seriamente. Em todo caso, não pela hermenêutica, que afirma, certamente, que as experiências que nós fazemos com a verdade estão inseridas em nossa situação, e isso significa: na conversação interior que nós realizamos constantemente conosco mesmos e com os outros. [...] Quem fala do relativismo pressupõe que poderia existir para os humanos verdade absoluta, ou desligada de nossos questionamentos. Como se alcança uma verdade absoluta e não mais discutível?” (STRECK, 2006a, p. 138)

De outro lado, defende, logo depois de afirmar a necessidade da diferença ontológica no direito, mas dizendo que a hermenêutica tem de superar as “dualidades metafísicas” do direito, Streck procura afirmar a importância do texto como afastamento da discricionariedade do intérprete, afirmada no positivismo:

“O texto não é, assim, apenas um enunciado lingüístico, que não se sustenta em discursos de fundamentação; o texto *não existe em uma espécie de ‘textitude’ metafísica*; o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da faticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação. Salta-se do fundamentar para o compreender (e, portanto, aplicar). Aqui, a importância da diferença ontológica entre texto e norma, que exatamente representa a ruptura dos paradigmas objetivista-aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência). Trata-se, enfim, da superação dos dualismo que caracterizam o pensamento metafísico.” (IBIDEM, p. 140-41)

Ora afirmando a diferença ontológica, ora criticando o dualismo metafísico, Streck precisa, ainda, fazer inserir na interpretação do direito algo que efetivamente impeça a discricionariedade.

“Entretanto, deve-se alertar para a relevante circunstância de que a afirmação ‘a norma é (sempre) produto da interpretação do texto’, ou que o ‘intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto’, nem de longe pode significar a possibilidade deste – o intérprete – poder dizer ‘*qualquer coisa sobre qualquer coisa*’, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem ‘existência’ autônoma). Ou seja, a norma – assim entendida – não pode superar o texto; ela não é superior ao texto. Como bem diz Gadamer, quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática. Isto não quer dizer, de modo algum, que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária.” (STRECK, 2005, p. 85)

Como se nega, no entanto, a ser um método, a hermenêutica filosófica ainda encontra problemas em mostrar *como* o texto pode impedir o intérprete – nomeadamente o juiz – de ser arbitrário, especialmente diante de uma tradição complexa e fragmentada como a brasileira.

Um último mecanismo de que lança mão Streck, então, é a teoria dworkiniana de crítica ao positivismo de Hart. Apropriando-se de idéia de que os princípios estabelecem normas no lugar da discricionariedade judicial, pretende Streck que os princípios, ao invés de demonstrarem ou incorporarem valores ao ordenamento jurídico, sirvam para “fechar” a interpretação do direito, e, com isso, retirá-la da “zona de penumbra” do arbítrio judicial (cf. STRECK, 2006a, p. 141 *et seq.*). Os princípios “fecham” a interpretação de dois modos: por um lado, quando se amoldam à “superação do esquema sujeito-objeto [que] faz com que os sentidos se dêem na intersubjetividade” (IBIDEM, p. 146); por outro lado, quando se unem à doutrina que deve controlar as decisões dos juízes, fugindo da “cultura manualesca, baseada em verbetes jurisprudenciais” (IBIDEM, p. 145).

(g) Com a virada a Dworkin, no entanto, Streck afirma o que queria negar. Em primeiro lugar, já pela sua adesão à hermenêutica gadameriana, mas com o reforço de Dworkin, Streck tem de “confiar antropologicamente” em alguma tradição histórica, da qual retire uma pré-compreensão, cristalizada em princípios jurídicos que evitem o arbítrio judicial. Em segundo lugar, ao dar à doutrina o papel de controlar este arbítrio, Streck afirma o seu papel demiúrgico, como membro privilegiado da sociedade para captar o ser-aí da constituição e, como ela, o *Ser* a partir do direito. Se se juntam estas duas características com a defesa intransigente que faz da jurisdição constitucional e seu papel de promover progresso num país de “modernidade tardia” como o Brasil (cf. STRECK, 2006a, p. 11), tem-se que muito mais profunda e fundamentadamente do que Barroso, Streck promove conscientemente uma apreensão do direito pelo jurista e seu enclausuramento em uma comunidade jurídica de intérpretes do seu (verdadeiro) ser-aí. Com isso, mais do que Barroso, Streck defende e fundamenta a tecnocracia jurídica brasileira.

A intersubjetividade a que recorre Streck, com efeito, não é a intersubjetividade da comunicação atual ou potencial dos sujeitos envolvidos na produção e aplicação das normas institucionalizadas pelo direito. Não é, pois, a intersubjetividade do jogo de dar e receber razões nos discursos (públicos ou privados) interpessoais (cf. HABERMAS, 2002c). O que em Heidegger era a abertura do mundo (do *Ser*) através da linguagem que, portanto, se desconectava

da dimensão comunicativa em favor de uma semântica transcendente que procura o “acontecer da verdade ontológica”; em Gadamer assume a forma de uma comunicação não-atual entre um autor e um intérprete, em busca de uma interpretação como fusão de horizontes. Ainda assim, no entanto, a verdade continua um acontecer desta fusão de horizontes e a validade das assertivas lingüísticas que permitem a interpretação e a compreensão em primeiro lugar não pode ser afirmada ou negada. A dimensão comunicativa da linguagem continua subjugada em prol de uma descoberta semântica das tradições histórico-culturais e, com elas, do mundo em que estão inseridas (cf. HABERMAS, 2002d, p. 82-90).

Sem a dimensão da comunicação atual, no entanto, e sem uma metodologia de avaliação das pretensões de validade que são levantadas pelos participantes nesta interação comunicativa, a própria interpretação se encastela no domínio de poucos, aos quais a “verdadeira tradição se abre”. Interessantemente, no entanto, é o próprio Streck quem incessantemente critica a tradição (jurídico-política) brasileira, ora acusando o “paradigma liberal-individualista” pelo descumprimento das “promessas da modernidade no Brasil”, ora acusando a inércia da comunidade jurídica em remediar este descumprimento e a “baixa compreensão constitucional” que dissemina. Portanto, para a “correta” ou “autêntica” pré-compreensão da constituição, tem ele de recorrer à tradições européias, como vimos (cf. STRECK, 2004).

Além disso, o jurista, responsável pela efetividade da constituição e pela exortação ao poder judiciário, novo “centro de decisões políticas”, precisa se auto-compreender guardião do ser-aí da constituição, guardião da verdadeira ou autêntica pré-compreensão da constituição. Que haja muita discordância sobre as interpretações das normas constitucionais e da constituição como um todo só pode ser sintoma da “baixa compreensão” deste ser-aí, não um sintoma da pluralidade de pretensões de validade – verdade, correção normativa, ou sinceridade (cf. HABERMAS, 1984, p. 273 *et seq.*) – que diferentes sujeitos podem legitimamente levantar sobre os mesmos textos e situações do mundo-da-vida.

Todavia, o jurista só pode assumir esta baixa-compreensão da constituição se ele mesmo se coloca numa posição de compreensão *superior* à daqueles que discordam dele, sejam eles também juristas ou não. A verdade, correção ou sinceridade das assertivas não valem mais pelo poder de suas razões justificantes, senão pela sua correspondência com o acontecer ontológico de uma constituição altamente fetichizada e tornada totêmica. E ninguém melhor do que o jurista para determinar – à falta de um método pressuposto ou comumente aceito – quando esta correspondência se produz.

As interpretações visivelmente heterodoxas que o próprio Streck faz das normas constitucionais⁹³ e a sua procura freqüente por legitimar a jurisdição constitucional interventiva na esfera pública a partir dos seus supostamente modernizantes resultados⁹⁴ militam em favor desta posição de superioridade interpretativa assumida pelo jurista em face das interações comunicativas do dia-a-dia na esfera pública. A democracia é reduzida a uma compreensão autêntica da constituição, dissociada esta de qualquer dinâmica política atual, especialmente a em que fora criada. A *totemização* da constituição a torna um acontecer ontológico; da mesma forma e mais profundamente do que no caso do pós-positivismo em geral, a constituição se torna simbólica desta totemização e a sua compreensão se dissocia das interações democráticas.

Sem atenção a um processo de trocas de razões em prol do convencimento livremente promovido, num discurso o mais próximo possível de um ideal regulativo, democracia vira sinônimo de resultados (jurisdicionalmente) corretos. Sem um método público e conscientemente compartilhado de avaliação desta correção, tais resultados ficam à mercê de um grupo que domine a super-semântica constitucional por causa de sua preparação técnico-acadêmica.

Na filosofia, o resultado não-acidental desta concepção foi a defesa consciente e teoricamente orientada do nazismo (cf. HABERMAS, 2002a, p. 218-25; FAYE, 2005). No direito, o resultado desta concepção é a elevação maciça do intervencionismo judicial – e da comunidade jurídica que o circunda – até a

⁹³ Cf., especialmente, Streck, 2004.

⁹⁴ Cf. Streck, 2006a, p. 119 *et seq.* e *passim*

usurpação da dinâmica democrática política. Resta agora ver como tal usurpação ocorre do ponto de vista social.