ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

AS MOTIVAÇÕES DA SENTENÇA E A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: UMA NOVA CONSTRUÇÃO IDEOLÓGICA

THE MOTIVATION OF THE VERDICT AND CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS: A NEW IDEOLOGICAL CONSTRUCTION

Jessé de Andrade Alexandria*

RESUMO: O presente trabalho visa a abordar as motivações da sentença judicial e a Hermenêutica Constitucional, a partir da crítica ideológica ao Positivismo Jurídico (e a seu formalismo lógico-silogístico) e à suposta neutralidade do Poder Judiciário, com base no novo constitucionalismo (com sua natureza principiológica) e na interdisciplinaridade. Utiliza bibliografia composta de livros e periódicos, no âmbito da ciência jurídica, da antropologia, da sociologia jurídica, da história, da política e da filosofia. Demonstra a necessidade de uma virada ideológica na ciência jurídica, a partir da utilização dos princípios constitucionais, do uso alternativo do Direito, da análise dialética e da interdisciplinaridade.
Palavras-chave: Hermenêutica. Constitucionalismo. Sentença. Silogismo. Positivismo. Neutralidade. Direito Alternativo. Dialética. Ideologia. Interdisciplinaridade.

ABSTRACT: This paper aims to address the motivations of the Constitutional court decision and Hermeneutics, from the ideological critics to the Legal Positivism (and syllogistic logical formalism) and the supposed neutrality of the judiciary, based on the new constitutionalism (with its principled nature) and into the interdisciplinarity. This work used a bibliography of books and periodicals, as part of legal science, anthropology, sociology, law, history, politics and philosophy. It also demonstrates the need for an ideological turning point in legal science, from the use of constitutional principles and the use of the alternative law of dialectical analysis and the interdisciplinarity.
Keywords: Hermeneutics. Constitutionalism. Sentence. Syllogism. Positivism. Neutrality. Alternative Law. Dialectic. Ideology. Interdisciplinarity.

* Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN. Juiz de Direito no Rio Grande do Norte. Email: jesseandrade@tjrn.jus.br.

1 À GUISA DE INTRODUÇÃO

A rainha Catarina II, czarina da Rússia, iniciou sua Grande Viagem à Criméia no ano de 1787. Era presidente do Comitê de Guerra daquele país Grigorij Alexandrovitch Potenkim, cuja fama alcançou a História por fato outro, ou seja, pelo amotinamento, ocorrido em junho de 1905, dos marinheiros de um encouraçado que lhe levava o nome, de papel relevante na revolução russa.

Implementava o príncipe Potenkim um malfadado projeto de colonização do interior do país; mas, para impressionar a rainha, mandou construir cenários de povoados, mais tarde motivo de piada, conhecidos como "as aldeias de Potenkim" (KURZ, 1993, p. 9).

Com a crise de paradigmas, a ciência jurídica vive numa espécie de "aldeia de Potenkim", uma vez que tenta demonstrar a neutralidade do Judiciário em face dos problemas sociais mais graves que ocorrem no país.

O presente artigo tenta demonstrar que não há neutralidade na atividade do Poder Judiciário e que é possível, preservada a imparcialidade do juiz e desnudado todo o viés ideológico dos atos judicantes, a adoção da hermenêutica crítica, em especial no âmbito constitucional, e o uso alternativo do Direito, de modo a suplantarem as velhas fórmulas lógicas já consagradas.

2 A SENTENÇA COMO SILOGISMO, A LÓGICA TRADICIONAL, O POSITIVISMO JURÍDICO E A NEUTRALIDADE DO JUDICIÁRIO: UMA CONSTRUÇÃO IDEOLÓGICA

Consagrou-se na doutrina brasileira, com a tradição legada pela cultura européia, de que também descendemos, que a sentença, do ponto de vista filosófico, na concepção da lógica aristotélica, é um silogismo. Com efeito, a premissa maior seria representada pelo ordenamento jurídico, a servir de critério à apreciação tanto do direito invocado pelo autor quanto da resistência oposta pelo réu. A premissa menor seria representada pela fundamentação fática contida na invocação desse direito e nessa resistência. A conclusão, para a doutrina clássica, é o fecho do apotegma, ato de inteligência do julgador, mediante o qual extrai dos fatos suas conseqüências

jurídicas, subsumindo-os às normas vigentes.

A lógica tradicional faz parte de uma visão tradicional do Direito, que enxerga o mundo e a sociedade naturalmente harmônicos. O positivismo jurídico incorporou aos seus postulados a lógica tradicional, como maneira segura de cristalizar a norma, supostamente dotada de valor universal intangível.

De igual forma, o positivismo clássico ungiu os princípios consagrados por sua construção histórica e as normas elaboradas pelo Estado com a essência da neutralidade, de sorte que o Direito se apresentaria como um fato, e não como um valor. A ninguém caberia suplantar a norma existente, pelo que deveria ser fielmente aplicada.

A harmonia entre os poderes do Estado, segundo a concepção positivista, traz ao povo a idéia da certeza de que a sociedade deve resolver seus problemas, seus litígios e carências mediante os mecanismos que o próprio Estado lhe fornece: o Executivo implementa políticas, o Legislativo cria o direito, mediante a lei, o Judiciário resolve litígios, segundo os ditames do ordenamento jurídico.

Assim, o formalismo juspositivista impõe ao Direito uma concepção antiideológica, porquanto avalorativa. Dessa forma, tanto do ponto de vista do formalismo científico, quanto sob a ótica do formalismo ético, a lógica formal se incrusta nos modelos de interpretação do Direito: no primeiro, predomina a interpretação lógico-sistemática, antagonicamente à teleológica e em detrimento dela; pelo segundo, entende-se que toda ação justa consiste no cumprimento do dever imposto pela lei, seja esta materialmente justa ou não.

Mesmo em Bobbio, o positivismo ético moderado, que defende, por considerar "a ordem, a igualdade formal e a certeza como valores próprios do direito, representa uma sustentação ideológica a favor do Estado liberal e não do Estado totalitário ou, de qualquer maneira, tirânico" (BOBBIO, 2006, p. 236). Com tal defesa, o jurista italiano consagra o fiel cumprimento da norma jurídica como um imperativo categórico, a resguardar o homem do totalitarismo e da tirania.

Não obstante o que apregoa Bobbio, as raízes do nosso pensamento político autoritário estão na tradição brasileira do positivismo, como defende Paulo Mercadante: assim se deu tanto no Estado Novo quanto na ditadura militar de 1964 (WOLKMER, 2003, p. 147-148).

Mas, apesar de o positivismo jurídico impor paradigmas pretensamente desideologizados, claro está que há ideologia nessa doutrina jusfilosófica. Constituiu-se na mais ferrenha corrente antijusnaturalística, buscando banir do Direito tudo que fosse metafísico e racionalístico, reduzindo tudo à análise de categorias empíricas na funcionalidade das estruturas legais em vigor. Tal visão do Direito descarta princípios e juízos valorativos, em face de uma suposta neutralidade axiomática. O dogmatismo jurídico, enraizado e espraiado por todo o sistema, é o responsável pela ocultação desse caráter ideológico. O dogma jurídico, ainda imensamente cultuado por doutrinadores e aplicadores do Direito, acaba por intitular a ciência jurídica de inexoravelmente neutra.

Tal neutralidade, tomada por pureza, é defendida de forma exacerbada e anti-humanística por Hans Kelsen (WOLKMER, 2003, p. 163):

> Do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito, isto é, dirigido às normas jurídicas, não são tomadas em consideração as relações entre indivíduos, mas apenas relações entre normas — pelos indivíduos criados e aplicados — ou entre fatos determinados pelas normas, dos quais a conduta humana apenas representa um caso especial [...], não são indivíduos, mas as suas ações e omissões, não são as pessoas, mas determinada conduta humana [...] que formam o conteúdo das normas jurídicas.

Como assinala José Corts Grau, citado por Portanova, a *Teoria Pura do Direito* descarta o conteúdo social da norma jurídica e a compreensão de um Direito supralegal. A lógica jurídica ordena que se compreenda o que é e como é o Direito, e não o que deve ser.

Sendo o Direito ordenação de caráter valorativo, inegável ser um engodo a tentativa de desideologizá-lo, de neutralizá-lo. Porque pode a ideologia agir como fator que des-estabiliza e nutre o discurso normativo, sem amesquinhá-lo. A ideologia cria nova correlação de forças entre os valores em jogo, ocultos ou não, possibilitando uma discussão, sistematização, integração e, quem sabe, uma nova ordenação (a negação da anterior). Podem-se criar novos paradigmas sobre os escombros dos já gastos e ineficientes, com o auxílio de um discurso ideológico.

Nesse ponto, a hermenêutica jurídica e os métodos de interpretação comum podem semear um campo profícuo em que floresçam discursos ideológicos, até porque, consoante leciona Antônio Carlos Wolkmer, tanto uma quanto os outros reproduzem, em certo sentido, o senso comum ideológico dos juristas.

Voltando à neutralidade, a lição de Mauro Capelletti lhe desaconselha e desacolhe o mito, por entender que todo ato humano sempre se reporta a valores. Para o jurista italiano, a neutralidade encobre o ideal de manutenção, conservação e aceitação de uma ordem política, jurídica, econômica, social.

Nem mesmo Kelsen foi neutro. Sua *Teoria Pura*, como bem nota Luiz Fernando Coelho (COELHO, 1987, p. 51) serviu, ideologicamente, à ordem vigente, pois em nada questionou, no aspecto ético, o exercício do poder.

Aliás, nenhuma ciência é neutra; muito menos o Direito. Talvez seja por isso, segundo Eduardo Galeano, que Einstein trazia consigo os olhos mais tristes da história humana, por ter desenvolvido uma teoria que serviu de base para a construção de uma bomba de destruição em massa (GALEANO, 2005, p. 178).

Segundo José Eduardo Faria, citado por Rui Portanova (PORTANOVA, 2003, p. 68), a própria Constituição, de elevada abstração conceitual, acaba se tornando uma ficção, porquanto as relações e conflitos sociais restam diluídos nesse plano irreal ou supra-real, o que acaba servindo a uma construção pragmática: a aceitação passiva, domesticada, pelos cidadãos, de prescrições legais indeterminadas.

Acrescento, aqui, o seguinte: o fato de tais prescrições indeterminadas reforçarem a ideologia dominante diz respeito, também, ao fato de que a cultura condiciona a visão de mundo do homem: citando Ruth Benedict, Roque de Barros Laraia afirma que os homens de diferentes culturas usam lentes diferentes, o que, portanto, lhes permite ou possibilita ver o mundo de maneira diversa (LARAIA, 2006, p. 67).

Desenvolvêssemos uma cultura de ruptura dos velhos paradigmas, a dinâmica constitucional seria outra. Porém, o povo, que, em tese, seria o maior beneficiado pelas leis, seu maior destinatário, passa ao largo delas; e a Constituição, que configuraria, na abstração de suas normas, um instru-

mento que possibilitaria ao homem construir uma sociedade segundo seus cânones e seus reclamos históricos, mas também segundo o desenvolvimento social e cultural reclamados pela sociedade, acaba amesquinhada por interpretações estreitas, da parte do povo e de seus representantes. Ou seja, as visões de mundo diferentes são um dado da cultura; não obstante, é um dado cultural o fato de o senso comum ser reforçado por toda a superestrutura social que impõe a alienação do homem, no capitalismo. A Constituição acaba por ser um intrincado instrumento de dominação, cheio de contradições, porque diz respeito a uma determinada dinâmica social.

Tais afirmações não levam, inexoravelmente, a supor que o Direito e as leis não possam sofrer influências outras, nem que, inevitavelmente, só as classes dominantes é que se valem de ambos. Com as lutas sociais, enormes avanços podem existir no âmbito do Direito, à medida que determinadas camadas da sociedade, ou mesmo as classes oprimidas, possam impor mudanças paradigmáticas. Como exemplo, no âmbito da Constituição, cito a função social da propriedade, que, de princípio "tímido", inscrito programaticamente na Constituição, na visão de alguns juristas, passou a ter capital importância, sobretudo na questão agrária, após o surgimento do Movimento dos Trabalhadores Sem-Terra – MST. A função social do contrato, insculpido no Novo Código Civil, também corrobora tal exemplo, porquanto revela que não só a propriedade privada terá sua função social, mas também os instrumentos que fazem circular as mercadorias, as quais são a forma mais comum pela qual aquela se apresenta.

Importante, então, ante as questões ideológicas aqui desenvolvidas, é estabelecer, numa visão ideologizada, o que o maior crítico do capitalismo propôs à humanidade, relativamente à alienação e à ideologia. Para Marx, a alienação do homem, no sentido essencial do termo, diz respeito à sua corporificação (reificação), perda de seu controle para uma força externa capaz de confrontá-lo com um poder opressivo, destrutivo. Tal não seria uma fatalidade da natureza, mas uma forma, ainda que inconsciente, de auto-alienação. Assim, pareceria um idealismo tolo lutar pela função social da propriedade, por exemplo, num sistema de produção capitalista cuja mola mestra é justamente a propriedade privada, cuja função primordial é, indubitavelmente, beneficiar os proprietários desses meios. Criticava, o fi-

lósofo alemão, as posições de Proudhon, anarquista francês, quanto à visão que este defendia acerca da posse, como função social da propriedade, sendo esta a velha forma de possuir. Com efeito, seria impossível esperar que a posse tivesse a função social da propriedade, porque, a bem da verdade, esta não tem outra função senão aquela segundo o interesse dos que dela se assenhorearam, em nada diferenciando uma da outra, quanto ao caráter político-econômico (MÉSZÁROS, 2006, pág. 92).

São lapidares as considerações do jurista catarinense Antônio Carlos Wolkmer (WOLKMER, 2003, p. 154), ao analisar o Direito como fenômeno ideológico:

> Parece que criticamente a neutralidade normativa de uma Ciência 'pura' do Direito não resiste mais à sua ideologização. A ciência do Direito não consegue superar sua própria contradição, pois enquanto 'Ciência' dogmática torna-se também ideologia da ocultação. Esse caráter ideológico da Ciência Jurídica se prende à asserção de que está comprometida com uma concepção ilusória de mundo que emerge das relações concretas e antagônicas do social. O Direito é a projeção normativa que instrumentaliza os princípios ideológicos (certeza, segurança, completude) e as formas de controle do poder de um determinado grupo social.

O mesmo autor, citando Benedicto de Campos, reforça o caráter ideológico do Poder de Estado e, conseqüentemente, de seu exercício, inclusive por seus aparelhos de controle, tais como os tribunais:

> O sistema jurídico, como conjunto de normas, de práticas, de costumes e de valores, é eminentemente estatal. Todo sistema jurídico está umbilicalmente ligado a um tipo de Estado — feudal, socialista, democrático-burguês. Ele exprime, em normas jurídicas, a idéias, os objetivos, as necessidades, os conceitos das classes existentes. Porém dominam no sistema jurídico, em cada Estado e em cada momento, as idéias, as relações sociais, os conceitos da classe dominante. Todo sistema jurídico traz a marca de uma classe social dominante na sociedade. A hegemonia [...] dominante [...] é exercida

> através do aparelho de Estado. Constituem o aparelho de Estado os tribunais, a polícia, o exército, as escolas etc.

E não foi diferente no Brasil, desde o surgimento de nosso Estado nacional. No que tange à magistratura brasileira, logo após a independência do Brasil, os juízes, representantes de uma elite dominante, imperial, em sua maioria, não aderiram à ruptura, havendo registros do historiador Thomas Flory de que abandonaram o país e rumaram para Portugal, demonstrando suas profundas ligações com Coimbra, de onde lhes veio a formação cultural e intelectual (WOLKMER, 2005, p. 91):

> Ademais, determinados fatores contribuírem para dar singularidade à postura da magistratura no período que se sucede á Independência: o corporativismo elitista, a burocracia como poder de construção nacional e a corrupção como prática oficializada.

Anota Rui Portanova que, a partir da República, mas somente na segunda década do século passado, é que houve progressiva democratização dos quadros do Poder Judiciário, embora este se tenha mantido alheio às lutas políticas e sociais, reforçando os mitos da origem de classe de seus membros (PORTANOVA, 2000, p. 71).

Eduardo Faria entende que, hodiernamente, o Judiciário vive o conflito entre a validade e a eficácia. Já Ruivo vê na questão da igualdade a causa do problema da legitimação. Segundo este autor, a igualdade formal cria uma ilusão, uma vez que a realidade impõe uma desigualdade material. No antagonismo de distribuir a riqueza social de maneira desigual, mas legítima, o sucedâneo é uma crise de legitimação do Judiciário. Não há, pois, mecanismo para consensos sobre diferenças. A conclusão a que chega o autor não poderia ser diferente. O dilema de fazer justiça num país de estrutura social injusta é o paradoxo entre a busca ideológica da justificação de uma estrutura social de diferenças abissais e a efetiva realização da justiça social (PORTANOVA, 2000, p. 72).

Dessa forma, o julgador se vê às voltas com problemas cada vez mais complexos, de sorte que a estrutura lógica idealizada pela lei não é mais capaz de responder às indagações postas sob julgamento.

Longe de ter, tão-somente, uma estrutura lógica, que se apresenta do ponto de vista formal, a sentença deve buscar o diálogo com outras formas de pensar, o que faz supor que a decisão máxima de um julgador tenha natureza dialética, reflexo dos paradoxos, contradições e antagonismos sociais. Não fosse assim, por que, por exemplo, no âmbito do Direito Constitucional, o julgador tem de fugir da lógica tradicional e buscar o alcance dos princípios constitucionais, quando do aparente conflito existente entre alguns deles, dialogando com outras ciências humanas e sociais, tirando o Direito do isolamento e da neutralidade kelsenianas? Quando da aporia entre princípios constitucionais, e isso acontece cada vez mais, inclusive nas mais longínquas comarcas do interior do nosso país, o julgador é levado a refletir sobre a dialética desses opostos, sobre o porquê de ter de sacrificar, muitas vezes, um direito justo em favor de outro que tem maior relevância política, social, jurídica, naquele caso concreto.

Tarefa difícil se apresenta ao Poder Judiciário: julgar com justiça numa sociedade de contrastes, de contrários, de profundas e históricas diferenças sociais.

Ante tal constatação, inegável notar como as pesquisas de opinião apontam para o descrédito do Poder Judiciário. Indisfarçável, outrossim, perceber que o Judiciário, limitado como poder estatal e vinculado à lei em nome de suposta neutralidade, não tem conseguido dar respostas políticas ao uso político do Direito. Escorçado, manietado pela lei, premido pela necessidade de julgar complexidades, jungido a um sistema que atomiza o poder e o seu exercício pelo povo, obnubilado por sua origem de classe, o juiz padece, por ser incapaz de resolver, de modo definitivo, os problemas que se lhe apresentam, por ser, como órgão judicante, o desaguadouro de inúmeros e relevantes conflitos sociais. A resposta tarda, não resolve o conflito de forma rápida e definitiva (o sistema cria, então, outros instrumentos para fazer valer o direito buscado, multiplicando conflitos, como, por exemplo, a fase de execução), nem consegue contribuir, sobremaneira, para a idealizada pacificação social.

Em recentíssimo artigo, denominado *Os juízes brasileiros favorecem a parte mais fraca?*, Brisa Lopes de Mello Ferrão e Ivan César Ribeiro demonstram, através de minucioso estudo estatístico, ao contrário do que aprego-

am os insolentes donos do mercado (esse grande-irmão de nosso admirável mundo velho), que o Judiciário brasileiro favorece, sim, a parte mais forte, ao menos em determinados campos do Direito. Em análise de 1.019 decisões judiciais, os autores desbancam a tese desenvolvida por Pérsio Arida, Lamounier Souza e Armando Castelar Pinheiro, segundo a qual o Judiciário brasileiro favoreceria os hipossuficientes, desacreditando o país no mercado internacional e dificultando investimentos estrangeiros. Ao se debruçarem, os autores, sobre os contratos de alienação fiduciária em garantia e os litígios surgidos em torno da discussão sobre a recuperação do bem pelas instituições financeiras, bem como sobre a cobrança de juros, asseguram que o Judiciário pouco ou nada tem feito para minorar a força da imposição de altas taxas de juros, através da relativização desses contratos, nos conflitos entre bancos e particulares. Concluem o trabalho asseverando que há pouco intervencionismo estatal, por parte do Legislativo e do Judiciário, nos contratos de crédito e juros, nos contratos comerciais e nos de inquilinato, havendo mais possibilidade de afastamento das regras contratuais nas áreas reguladas pelo Direito do Trabalho, Previdenciário e Ambiental.

Como forma de quebrar o isolamento da ciência jurídica, ante outras disciplinas, e como meio de alargar a base interpretativa que auxiliaria a compreendê-la melhor, alcançando-se o justo, é que se criou o movimento pelo uso alternativo do Direito.

O uso alternativo do Direito surgiu, nos Estados Unidos, após as primeiras grandes crises do pós-guerra. Como anota Wayne Morrison, a corrente dos CLS (Critical Legal Studies, da Universidade de Harvard, surgida em meados da década de 70, do século passado) propõe um contato do Direito com outras disciplinas (MORRISON, 2006, p. 538):

> Um princípio metodológico da CLS é abrir a teoria jurídica a outras disciplinas e recusar-se a admitir que a teoria jurídica seja apenas uma discussão filosófica da idéia de direito; ao contrário, o direito deve ser abordado a partir de muitas perspectivas e através das lentes de muitas disciplinas.

No Brasil, o chamado Direito Alternativo, surgido no Rio Grande do Sul, no período da redemocratização do país, após longo totalitarismo

político, contribuiu e contribui para a busca de formas alternativas do pensar jurídico, alicerçado na semiologia. Busca novos paradigmas a partir das próprias normas jurídicas, explorando contradições do Direito positivo e estatal, não em proveito das classes opressoras e dominantes, mas em benefício dos espoliados, dos oprimidos, das classes dominadas, dos que estão à margem da apreensão das riquezas produzidas. Como anota Faria, citado por Rui Portanova (PORTANOVA, 2000, p. 83): "Trata-se de legalizar diferentemente. Legalizar a favor da maioria dos cidadãos, das reivindicações populares e dos interesses nacionais".

Tal discussão travada demonstra que o direito positivado pelo Estado não responde às demandas sociais, nem favorece os grupos sociais menos assistidos, bem assim evidencia que isso não ocorre de forma fatalística, mas faz parte de determinada organização social, segundo relações econômicas e políticas. A interdisciplinaridade científica impõe, na resolução dos conflitos postos em Juízo, um incessante diálogo com a Sociologia, com a Ética, com a Política. A visão alternativa do Direito cria, pois, um contradiscurso, que prima pelo alargamento do leque de análise jurídica (e pela interdisciplinaridade), relativizando paradigmas tradicionais; identifica as reais fontes do Direito, como sendo a Política e a Ética, e ensina que o sistema legal deve acompanhar a dinâmica social.

O conceito de justiça é algo, pois, em formação (*in fieri*): não há uma justiça pronta e acabada, elaborada; o que há é um fazer justiça. O Direito não é ordem de coação, mas busca do justo. A lei é roteiro, na qual, e não somente, o Direito se revela, redimensionando-a. E, como Pontes de Miranda sentencia, o juiz serve ao Direito de seu momento. E não cegamente, mas com enorme juízo crítico. Deve ser criador, sob pena de servir ao conservadorismo, ao tradicionalismo (na pior das acepções deste, no sentido de ser o que mantém a sociedade no imobilismo: tradicionalismo aqui é o mesmo que imobilismo social), ao patriomonialismo, ao estado formal do Direito. Deve agir, ainda que ponderadamente, sem medo de propor o novo. O compromisso do juiz não é com a lei nem com a jurisprudência, é com a justiça. O jurista deve estar a serviço da justiça, e não da ordem e da segurança, como aponta Miaille.

Portanova, citando Brutau afirma (PORTANOVA, 2000, p. 96):

> A idéia de que a sentença seja o resultado de um silogismo corresponde a uma simplificação exagerada e pouco fiel daquilo que verdadeiramente acontece com a formação do convencimento do juiz. O silogismo jamais representará a formação mental da sentença. Antes disso, depois de formada a conclusão no espírito do julgador é que o silogismo seria montado com o fim de justificar a concreção da norma.

A fronteira real entre os poderes já não é mais a mesma que vigeu nos séculos pretéritos. A separação total entre os poderes de Estado cedeu lugar ao sistema de freios e contrapesos. Não é só o Legislativo que legisla, não é só o Executivo que administra, nem só o Judiciário que julga. Executivo e Legislativo aumentaram suas funções ao longo das constituições brasileiras, havendo uma espécie de ruptura do modelo de separação inicial, o que dá ensancha ao Judiciário de equilibrar a harmonia pretendida segundo a ampliação de suas faculdades e obrigações.

Kelsen, portanto, deve ser negado, à medida que procura a visão tradicional do Direito, quando postula a neutralidade entre ser e dever-ser (sein e sollen); quando decreta que as motivações sentenciais não podem se aproximar de elementos extra e metajurídicos; quando propõe uma visão pura e idealística do Direito, pois a falta de interdisciplinaridade é um óbice epistemológico. Mas o Kelsen crítico deve ser reafirmado, ao propor uma teoria de construção escalonada da ordem jurídica, segundo a qual o Direito é apreendido no seu constante desenvolvimento e na sua autocriação.

A teoria tridimensional do Direito, proposta por Miguel Reale, pode ser um poderoso instrumento de superação dos velhos paradigmas jurídicos: Direito é a conjugação de fato, valor e norma. O caráter valorativo do Direito abre um caminho fértil para interpretações segundo novos pressupostos axiológicos, inclusive aqueles dos quais a Constituição muniu a sociedade brasileira. Os cânones do Direito burguês se assentam em três grandes direitos: liberdade, igualdade formal e propriedade. A burguesia só se utilizou da fraternidade não como um direito (não há um direito à solidariedade como construção histórica da burguesia, malgrado esteja presente nos sistemas jurídicos da pós-modernidade, após influência das teorias do Estado social), mas como um oco devir histórico, um programa para o futuro.

É preciso, pois, constantemente, tornar a valorar a dimensão e o alcance, sobretudo dos direitos sociais, inclusive como limitadores do exercício desses direitos históricos pela burguesia (a propriedade tem sua função social, a liberdade da iniciativa privada, do lucro e da exploração do trabalho deve ser diminuída em face de alguns direitos sociais, tais como os da seguridade social, o direito ao meio ambiente equilibrado e autosustentável; os mercados devem sofrer limitações pelos demais valores e direitos sociais, ex. gr.).

E isso pode ser feito com o auxílio da hermenêutica constitucional e do novo constitucionalismo, como veremos adiante, aliados à visão ideológica do Direito, socialmente comprometida com o seu destinatário maior: o povo.

3 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E O NEOCONSTITUCIONALISMO: A CRISE DE PARADIGMAS E A ADOÇÃO DE UMA TEORIA IDEOLÓGICA CRÍTICA

A doutrina parece ter-se pacificado em torno da idéia de que a complexidade da tarefa de realizar o direito impõe um conjunto de métodos e princípios de interpretação que ora se complementam, ora se restringem reciprocamente, à luz da idéia de unidade da constituição. Assim, vê-se que os textos legislativos não saem prontos das mãos dos legisladores; eles contêm apenas critérios gerais de justiça, a serem particularizados pelos intérpretes e aplicadores.

Para isso, faz-se necessário tecer critérios de valoração da norma jurídica, segundo próprio dispõe Norberto Bobbio, em sua teoria já clássica (BOBBIO, 2005, p. 45-55). Para o jusfilósofo italiano, o primeiro grande problema que se apresenta é indagar se uma norma é justa, válida e eficaz. E tais critérios são distintos: justiça, validade e eficácia.

Resumidamente, pode-se dizer que o primeiro critério, da justiça, diz respeito ao fato de saber se a norma realiza ou não os valores históricos que inspiram certo ordenamento jurídico concreto. O da justiça diz respeito à legitimidade da autoridade que a editou, se ainda não foi ab-rogada, bem assim se é incompatível com outras normas do sistema (ab-rogação implícita), hierarquicamente superiores. A eficácia pertine ao fato de ser a norma

seguida ou não pelas pessoas a quem ela se dirige; vale dizer, pelos destinatários da norma jurídica. Daí decorrem algumas conseqüências: a norma pode ser justa sem ser válida; pode ser válida sem ser justa; pode ser válida sem ser eficaz; pode ser eficaz sem ser válida; pode ser justa sem ser eficaz e pode ser eficaz sem ser justa.

O positivismo, como anota Bobbio, reduz a justiça à validade da norma.

Kelsen já havia estabelecido sua definição de norma fundamental. Considera o jurista austríaco, norma fundamental aquela que constitui a unidade de uma pluralidade de normas, representando o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa. Tal norma, por se posicionar na base do ordenamento jurídico, há de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por nenhuma autoridade, a qual, caso existisse e tivesse competência para editá-la, só disporia dessa prerrogativa em razão de uma outra norma de hierarquia ainda mais elevada, e assim sucessivamente. A validade dessa norma, com efeito, não pode ser derivada de outra, e o seu fundamento não pode ser posto em questão. Para ele, com certo pragmatismo, supõe-se a existência de uma norma fundamental, inaugural, que determina se cumpra aquilo que prescreve a primeira Constituição, e põe-se a primeira constituição histórica, cuja validade é suposto último do qual depende a validade de todas as normas do sistema por ela instituído e de tudo quanto, a partir dela, vem a ser positivado como direito.

Os autores modernos têm distinguido, no âmbito das normas jurídicas, as normas-princípio das normas-regra. Robert Alexy (ALEXY, 1993, p. 89), por exemplo, assim se manifesta, seguido por muitos outros:

> O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios reside em que os princípios são normas ordenadoras de que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandatos de otimização, caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, e a medida de seu cumprimento não depende apenas das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito dessas possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. As regras, ao contrário, só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é

> válida, então há de fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Por conseguinte, as regras contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma ou é uma regra, ou é um princípio.

Zagrebelsky segue tais premissas, afirmando que as normas-regra são aplicadas pelo velho silogismo judicial: subsunção do fato à norma, um comando, embora hipotético, determinado. Os princípios têm de ser analisados de forma dialética.

Para Gomes Canotilho, princípios e regras assim se podem diferençar: a) quanto ao grau de abstração, princípios têm grau de abstração relativamente mais elevado que as regras de direito; b) quanto ao grau de indeterminabilidade na aplicação do caso concreto, princípios carecem de mediações concretizadoras, por serem vagos e indeterminados; já as regras têm aplicação direta; c) quanto ao caráter de fundamentalidade nas fontes do direito, princípios têm maior papel fundamental no ordenamento jurídico que as regras; d) quanto à proximidade da idéia de direito, os princípios são padrões jurídicos vinculantes, radicados nas exigência de justiça ou na idéia de direito; regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e e) quanto à natureza normogenética, os princípios são fundamentos das regras, estão na base delas e constituem sua ratio jurídica; possuem, pois, função normogenética fundante.

Num segundo plano, como anota bem J. J. Gomes Canotilho, a interpretação das normas constitucionais consiste num conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência com base em critérios ou premissas — filosóficas, metodológicas, epistemológicas — diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares, o que evidencia o caráter unitário da atividade interpretativa.

Alguns métodos de interpretação sobressaem, malgrado inexistam, como assevera Zagrebelsky, na literatura, sistematizações deles; de sorte que se apresentam como concretizações ou especificações, como ato gnosiológico comum a todas as ciências do espírito (Ortega y Gasset).

Pelo método jurídico ou hermenêutico-clássico, a constituição é, essencialmente, uma lei; portanto, deve ser interpretada segundo as regras

tradicionais de hermenêutica, ou seja, segundo os métodos genético, filológico, lógico, histórico e teleológico, levados em conta na interpretação das leis em geral. Para os seguidores desse método, desenvolvido por Savigny, e defendido por Forsthoff, o juiz, fossem seguidas as oscilações hermenêuticas, em vez de servo, seria o senhor da Constituição. Baseia-se tal teoria na idéia de verdade como conformidade. O juiz, aqui, é a mera boca da lei.

Vê-se a figura de Monstesquieu, num busto ao fundo, olhar severo, a desencorajar o intérprete, sobretudo o julgador, na condução de uma consciência a escapar da letra fria da lei. Método acrítico, avalorativo e, em uma palavra, deveras ultrapassado, se entendido como método único.

Pelo tópico-problemático, a leitura da Constituição é um processo aberto de argumentação, o que leva a entender-lhe a interpretação muito mais problemática do que sistemática, portanto de forma dialógica. De tal modo, busca-se, racionalmente, o melhor argumento que leve o intérprete ao convencimento, ante todas as fórmulas hermenêuticas. Daí, as aporias constitucionais não se converterem em antinomias, senão em soluções de conflitos interpretativos. Segundo seu defensor, Peter Häberle, a interpretação constitucional republicana aconteceria numa sociedade pluralista e aberta, como obra de todos os participantes, em momentos de diálogos e de conflitos, de continuidade e de descontinuidade, de tese e antítese. A Constituição seria, assim, pois, uma carta política aberta, de uma sociedade aberta e verdadeiramente democrática. Atacado por Canotilho e por Böckenforde, tal método (para estes) careceria de normatividade, dissolvida pela abertura e pelo existencialismo atualizador do pluralismo. Há permanente mutação constitucional criadora de direito, sob a alcunha de interpretação, para o constitucionalista português.

Longe da crítica à força interpretativa de tal método, que abre a Constituição ao desvendamento de qualquer intérprete e operador do direito, o que, em certo sentido, a democratiza, entendo que Häberle defende uma visão utópica, baseada na existência de uma sociedade igualitária e democrática. Nem mesmo a Alemanha o é. As forças sociais são díspares, e aquela que representa a burguesia, que se encontra no poder e erigiu o ordenamento jurídico, age hegemonicamente, em detrimento da maioria do povo, composto, sobretudo, pelos trabalhadores, apartados do poder.

Pelo método científico-espiritual, tanto o Direito quanto o Estado e a Constituição são entendidos como fenômenos culturais ou fatos referidos a valores, a cuja realização servem de instrumento. Tal método, entretanto, não explica onde radica a interpretação, e se consubstancia num instrumento a serviço de quem pode interpretar, ou seja, a classe dirigente, que poderá alargar os valores constitucionais segundo seus interesses, degradando os direitos que serviriam a uma maioria.

Segundo o método normativo-estruturante, defendido por Friedrich Müller e Konrad Hesse, apoiados nas idéias de Heidegger e Gadamer, a interpretação constitucional é, em suma, a concretização da norma constitucional, uma vez que o intérprete não só se utiliza do texto normativo e de todas as suas implicações, mas, com a mesma importância interpretativa, de tudo quanto for programa decorrente da investigação de seu âmbito normativo, ou seja, o tecido social utilizado pela situação normada. A concretização é, pois, a incorporação da realidade às pretensões contidas nas normas, aliadas às peculiaridades das concretas relações vitais que estas pretendem regular, sob pena de haver o fracasso da Constituição, ante os problemas que pretende resolver. Citando Müller, Rodrigo Meyer Bornholdt assim se pronuncia, quanto à formação da norma na metódica estruturante (BORNHOLDT, 2005, p. 36):

> É diante desse quadro, gradativamente perpassado por uma intencionalidade material e teleológica, que Friedrich Müller proporá uma metódica estruturante do direito, que não mais confundirá o texto da norma com a norma em si.
> A norma não mais se retira exclusivamente da análise do texto. Será diretamente formada por uma parte da realidade social, o âmbito normativo, que será disciplinado, ou mesmo criado, pelo programa da norma.

É um instrumento a mais na concretização dos dispositivos genéricos da Constituição, principalmente os de natureza principiológica, o que não lhes retira o caráter asséptico. Não há resposta quanto às questões ideológicas da interpretação, a qual pode ser útil a qualquer classe social, de forma até mais conservadora, ou sem qualquer juízo crítico.

Segundo o método da comparação constitucional, à falta de método seguro, comparam-se os métodos já existentes, tal qual fazem os intérpretes do direito que se utilizam de comparação entre os ordenamentos de vários países.

Defendem alguns autores que, além dos métodos de interpretação constitucional, há também os princípios de interpretação constitucional, dentre os quais avultam o da (a) unidade da constituição, o da (b) harmonização, o da (c) correção funcional, o da (d) eficácia integradora, o da (e) força normativa da constituição e o da (f) máxima efetividade. Aliados a esses princípios, existem quatro critérios de interpretação constitucional (também princípios, para alguns): o da proporcionalidade (proporcionalidade em senso restrito, adequação e necessidade), o da razoabilidade, o da (g) interpretação conforme a constituição e o da (h) presunção de constitucionalidade das leis.

Não obstante, tais princípios, no chamado jogo concertado de complementações e limitações recíprocas, merecem críticas, na medida em que podem não ser eficientes ante aporias do texto constitucional. No primeiro, o da (a) unidade da constituição, que repousa no legislador racional, há a possibilidade de se fecharem os olhos para possíveis defeitos reais existentes no texto constitucional. No segundo, (b) concordância prática ou harmonização, há conciliação puramente formal, porquanto, nas demandas reais, em regra, só um dos contendores tem sua pretensão acolhida, se não por inteiro, pela maior parte. Pelo terceiro, o da (c) correção funcional, é débil, muita vez, o limite entre os poderes, de modo que se afigura impreciso o território reservado a cada um deles, o que leva o intérprete, na maioria dos casos, a optar pelo poder que, conjunturalmente, prepondera (sobretudo o que mais realiza sua função precípua com preponderância financeira). Pelo quarto, o da (d) eficácia integradora, sendo a Constituição um sistema aberto de regras e princípios, a integração não pode ser alcançada a qualquer custo, mormente quando, na luta de contrários, no pluralismo, prepondera aquela norma que diz respeito ao poder hegemônico, que subjaz nas entrelinhas da construção hermenêutica tradicional, de que se valerá, em regra, o intérprete. O quinto princípio, (e) a força normativa da constituição, nada traz de novo, até porque toda norma jurídica há de ter um mínimo de força, de eficácia, o que não encerra nenhuma peculiaridade constitucional. Para

otimizar a (f) eficácia das normas constitucionais (sexto princípio), muitas vezes, o intérprete infla determinadas interpretações, manietando outras, às vezes mais eficazes até. Pelo sétimo princípio, levar a efeito a (g) interpretação conforme a Constituição, em certas ocasiões, acaba por desrespeitar a norma constitucional, subvertendo a hierarquia existente, dotando a norma infraconstitucional de um sentido que acaba por 'engolir' o sentido mais consentâneo àquele que melhor realizaria o comando constitucional. Segundo o oitavo princípio, (h) a presunção de constitucionalidade das leis, ligado umbilicalmente ao anterior, as normas constitucionais dotam de validade as normas infraconstitucionais, presumivelmente, visto que o legislador racional não legisla, em princípio, senão em conformidade com a Constituição. Como se trata de um expediente lógico (presunção), nada impede que uma norma seja afastada, pelo julgador, por ser incompatível com as normas constitucionais. Pouco ou nada diz, tal princípio.

Apesar de parecerem verdadeiros princípios constitucionais, a proporcionalidade e a razoabilidade são critérios de interpretação constitucional a partir dos quais se pode aplicar qualquer norma. Tal critério também vale para a interpretação das leis em geral. Mas há que ter o cuidado de entender que a própria Constituição pode adotar desproporcionalidades (assim como a lei), ainda que, em regra, as acompanhe um critério de razoabilidade. A ratio legal (lato senso), que apreendemos e assimilamos, impedenos de compreender que a Constituição possa adotar critério desarrazoado, ainda que, ao longo da história, o tenha adotado. Assim, a regra constante do art. 182, § 4º, II, CF, aponta para uma desproporcionalidade, ainda que seja razoável, ante os problemas de inexistência de suficientes moradias urbanas para o povo brasileiro, ao impor que aquele que não edifique terreno urbano, subutilizado ou não utilizado, tenha o IPTU progressivo (portanto desproporcional) no tempo.

Segundo os estudiosos (dentre os quais Müller), o novo traço do constitucionalismo aponta para algo bem diferente das sistematizações anteriores; consoante asseveram há uma enorme judicialização dos conflitos sociais (judiciarismo), deslocando a luta pelo direito do palco edificado nos séculos anteriores, antes pelo Executivo e pelo Legislativo, para aquele que o Judiciário edificou na virada do século passado para este. A diferença

das experiências constitucionais precedentes, o novo constitucionalismo se apresentaria, então, da seguinte forma:

a) mais Constituição do que leis;
b) mais juízes do que legisladores;
c) mais princípios do que regras;
d) mais ponderação do que subsunção;
e) mais concretização do que interpretação.

A esses, acrescentaria que há mais método dialético, na interpretação, do que lógico, como já sugerido acima.

A Constituição passou de simples catálogo de competências e exortações para legisladores à verdadeira norma suprema das intenções vivificadoras do direito (a), fundamento de validade de todas as demais normas jurídicas hierarquicamente inferiores. Com efeito, os legítimos criadores do direito não são considerados, como antes, os legisladores, mas sim os juízes (b), que extraem do conteúdo normativo diversas realidades normadas, quando do julgamento de casos reais, na concretização da norma. Enquanto pautas axiológicas abertas e indeterminadas, os princípios não são definidos, a priori, pelo legislador, pelo que são avaliadas outras razões, que não as tidas como preestabelecidas (como sói ocorrer com as regras, às quais se subsumem os fatos analisados) (c, d). Se a interpretação é uma indagação sobre o conteúdo e o sentido de algo precedente, a concretização é o preenchimento criativo de uma pauta que se volta para o futuro e que possibilita aos aplicadores escolher a leitura mais consoante com o caso concreto e com a realização da justiça e do bem comum (e).

Se é verdade que, nos regimes autoritários, totalitários, como aponta Gadamer, não há atividade hermenêutica nenhuma, porque os donos do poder detêm, sempre, a melhor interpretação e saberiam explicar melhor do que ninguém o conteúdo das normas, não é menos verdadeiro que, na democracia burguesa, a atividade hermenêutica padeça de um conformismo e de um comprometimento com as orientações da classe hegemônica; porque, se a força prevalece no autoritarismo e na ditadura, a demagogia é a varinha de condão para aprisionar, num ilusionismo e num fetichismo

ainda mais eficazes, as interpretações destoantes do regime falsamente democrático. E, como bem notam alguns ideólogos marxianos, a democracia, no mundo de hoje, nunca foi uma palavra tão oca de sentido. Justo porque num e noutro sistema há alienação e coisificação do homem, ainda objeto de direitos, num escravismo ainda revoltante e absurdo.

Apoiado em Heidegger, Habermas e Gadamer, Lenio Streck analisa a hermenêutica e o constitucionalismo, defendendo a tese de que é necessário superar o paradigma metafísico que propõe a dicotomia entre o texto normativo e a norma em si, para que a Constituição, em seu sentido de "força normativa", se concretize. Aponta que a crise do Direito e da baixa efetividade da Constituição se deve ao fato de o pensamento jurídico dominante ainda crer que primeiro o jurista conhece, depois interpreta e, por último, aplica o direito ao caso concreto. Assevera o jurista gaúcho que, ao adotar, ele próprio, a postura hermenêutica que guarda sintonia com os princípios fundamentais atinentes à conformação política e jurídica da sociedade, que a Constituição contempla, exercita um prudente positivismo, indispensável à manutenção da obrigatoriedade normativa do texto constitucional (STRECK, 2005, p. 324):

> Adotando, pois, essa segunda postura — necessidade de resguardar a sintonia com a materialidade da Constituição, a partir do exercício de um prudente positivismo, indispensável à preservação da força normativa de seu texto — quero, finalmente, afirmar a hermenêutica como modo de deixar o fenômeno Constitucional tornar-se visível, deixando-o vir à presença, ao contrário da dogmática jurídica tradicional, que vê a Constituição como uma (mera) ferramenta jurídica (categoria).

Não concordo que a crise do Direito e da dogmática jurídica — e, portanto, a da efetividade da Constituição — os quais vão a reboque da crise de paradigmas, esteja relacionada ao mecanicismo da interpretação jurídica pelos operadores/aplicadores do Direito. A crise do Direito é a crise do capitalismo e de seu modo de produção. Vale dizer, a crise do Direito é a falta de repostas convincentes, à frente do véu ideológico

que obnubila as consciências, para a falta de moradia, de comida, de saúde, de segurança, de arte, de lazer, de descanso, de seguro social na velhice, de trabalho, de tolerância, de oportunidades, de afeto, de solidariedade; enfim, crise de felicidade.

Como dizia um poeta russo, "nada de novo há no rugir das tempestades [...]".

Giambaptista Vico já afirmava que, no estudo da História, haveria de se unir filosofia à filologia (BOBBIO, 2006, p. 57). Acrescento que no estudo do Direito também. A hermenêutica filosófica de Streck também reclama o mesmo. Mas isso não quer dizer, segundo a ótica de Streck, que a ideologia poderá nos ensinar, no jogo concertado de interpretações, que caminhos podemos trilhar. E a tomada de consciência, a que alude como desobjetificação (revelação, superação do paradigma metafísico que povoa a imaginação dos juristas, 'des-velamento', como defende), só poderá ocorrer quando se compreender a questão do poder e da superestrutura social, sobre os quais ele não fala.

Se Streck defende um positivismo moderado, como Bobbio — para quem se deve abandonar o positivismo jurídico extremista, bem assim suas teorias da coerência do ordenamento jurídico, da completude deste e da interpretação lógica ou mecanicista do direito — é fato não ter o positivismo ético moderado logrado enfrentar e vencer tais crises, até então. Por que não é praticado!? Ou por que a clareira (conforme Heidegger, a quem cita Streck), que desoculta caminhos, inclusive no Direito, ainda não se abriu, nem os desocultou?

Sobre pluralismo e legitimação, no âmbito da ideologia e da ciência como legitimadora de interesses ideológicos, afirma Mészáros (2004, p. 243):

> Os representantes da ideologia dominante jamais se cansam de exaltar seu 'pluralismo'. Independentemente da intenção apologética bastante óbvia de tal reivindicação, contraposta aos pretensos 'holismo' e 'totalitarismo' do adversário, há nela um certo grau de verdade, visto que várias abordagens ideológicas contrastantes são compatíveis com os imperativos sociais gerais da ordem estabelecida.

E prossegue:

> É claro que, nos fundamentos materiais capitalistas, esse pluralismo não pode ir muito longe, pois seus parâmetros absolutos são estabelecidos pelo pressuposto das bases materiais e institucionais da vida social capitalista como tal, para as quais não pode existir alternativa. No entanto, é da própria natureza do capital que ele seja constituído como uma irremovível pluralidade de capitais. De fato, não há concentração e centralização do capital que possam alterar radicalmente esta constituição. Elas só podem aumentar o tamanho relativo das partes constitutivas e, desse modo, intensificar as contradições estruturais do próprio capital em uma escala cada vez maior.
> [...]
> Conseqüentemente, pelo critério realmente significativo de saber se tal pluralismo inclui ou não a sociedade inteira, só se pode concluir que se trata de um falso pluralismo, cuja real substância de classe se revela nas crises importantes.

Assim, há, em Habermas (Mészáros, 2004, p. 193), a defesa utópica e idealística de um adequado conhecimento não-ideológico do mundo social, o que se afigura incompreensível e impossível. Incompreensível, porque não há conhecimento não-ideológico. Impossível, pelo mesmo motivo...

A crítica a Habermas, feita pelo cientista político húngaro, discípulo de Lukács, é demolidora (MÉSZÁROS, 2004, p. 192):

> As soluções oferecidas por Habermas, politicamente mais ativo, não foram menos problemáticas. Sua 'comunidade ideal de comunicação' e sua 'situação ideal da fala' defendem uma visão do conflito social e de sua resolução potencial que, na melhor das hipóteses, pode se qualificada de 'ingênua'. Entretanto, uma avaliação menos caridosa de sua substância não encontraria dificuldade em apontar a intenção apologética que estava por trás do superecletismo de Habermas, orientado para o consenso, que abarcava tudo o que pudesse caber em tal orientação, desde o funcionalismo estrutural parsoniano até a teoria dos sistemas, e desde a filosofia lingüística analítica até uma apriorística antropologia de gabinete.

No que denominou surgência constitucionalizante, Streck defende a indagação sobre um projeto constitucionalizador, professa a pergunta pelo sentido da Constituição e pela verdade do ser da Constituição. Isso porque afirma, citando, mais uma vez, Habermas (STRECK, 2005, p. 319): "Afinal de contas, não são os objetos que explicam o mundo, e, sim, é o mundo que é condição de possibilidade do acontecer da explicitação dos objetos!".

Marx já advertia, porém, em *A Ideologia Alemã* (Mészáros, 2004, p. 195): "A vida não é determinada pela consciência, mas a consciência pela vida".

Parece-me inevitável afirmar que o caráter ideológico dos atos do homem é o mais seguro para diferenciá-lo ou não dos outros animais; a diferenciação não pode ser só pelo fato de o homem ser o único animal que pensa[1].

A julgar pela Constituição material, de Ferdinand Lassalle, a que vemos no texto formal não é a mesma praticada, ou a essencialmente realizada, sem embargo alguns críticos atribuam isso a uma certa patologia social. Os objetos explicitados no texto constitucional não são os mesmos que, materialmente, o Estado brasileiro pratica. Do contrário, não se veria a perda de parcela significativa da soberania estatal (art. 1º, I, CF), com a quebra do monopólio da exploração dos recursos hídricos, minerais, do petróleo, ao ser vendida a Companhia Vale do Rio Doce, ao serem os recursos hídricos explorados por empresas estrangeiras, assim como os serviços de telefonia e fornecimento de energia elétrica etc. Do contrário, não se veria solapada a cidadania (art. 1º, II, CF), ao se negarem direitos às minorias, dentre os quais o direito de homossexuais terem a união civil reconhecida, de poderem adotar, ex. gr. Não fosse assim, não se feriria a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), ao se permitir que delegacias de Polícia tenham, em seus cárceres, inúmera quantidade de presos, ainda não julgados pelo Poder Judiciário, não haveria violação aos direitos humanos, com tortura de presos (art. 5º, LXIII, LXVII, e, e XLIX, CF). Não fosse assim, ao se permitir a monopolização da economia e a cartelização de empresas, não se estariam ferindo os valores sociais da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF).

Longe de ser uma mera patologia, tais ferimentos são comuns a uma

1 "Doze vozes gritavam, cheias de ódio, e eram todas iguais. Não havia dúvida, agora, quanto ao que se sucedera à fisionomia dos porcos. As criaturas de fora olhavam de um porco para um homem, de um homem para um porco e de um porco para um homem outra vez; mas já era impossível distinguir quem era homem, quem era porco." (ORWELL, 2006, p. 117).

realidade constitucional. Realidade inafastável, a nossa realidade social.

A solução para o problema da hermenêutica constitucional em crise não reside no fato de se escolher esse ou aquele arsenal próprio à interpretação, mas sim definir a ideologia de que se servirá o aplicador/intérprete da norma: se a que serve às classes hegemônicas ou a que serve às classes oprimidas.

Portanto, quando, por exemplo, num Juizado Especial Cível, após o bloqueio indevido de um cartão de crédito, o Juiz condena um banco a indenizar um cliente na quantia de cem reais, nada mais está fazendo que, sob o argumento da invocação do princípio da vedação do enriquecimento sem causa, reforçar a ideologia dominante, que defende a impossibilidade de se ferirem os interesses do capital financeiro.

Recente matéria publicada na *Folha Online*, de 12 de março de 2007, noticia que, mesmo havendo a queda de juros bancários, ocorrida nos últimos meses, os bancos bateram recorde de rentabilidade, já que, em 2006, os ganhos alcançados pelas 104 instituições financeiras que atuam no Brasil somaram a absurda quantia de 33,4 bilhões de reais, havendo um aumento de 22,9% do patrimônio líquido do setor sobre o desempenho do ano anterior. Tais resultados apenas dizem respeito às instituições financeiras propriamente ditas, ficando de fora negócios com cartão de crédito, seguros, previdência privada e consórcios. O *Robin Hood* às avessas foram as tarifas bancárias, que proporcionaram uma receita de 47,5 bilhões de reais (alta de 293%) no ano passado. Em 1996, esse faturamento havia sido de 12,1 bilhões. A par desses desempenhos, nunca é demais lembrar o socorro feito aos bancos pelo caridoso PROER (Programa de Reestruturação dos Bancos Privados), que, em 1995, no governo Fernando Henrique Cardoso, a partir da Medida Provisória n.º 1.179, injetou, até 1998, mais de 20 bilhões de reais, o que motivou o Ministério Público Federal, à época, a investigar o calote de mais de 10 bilhões de reais dos bancos privados no Banco Central. Em 1999, os gastos com o PROER representavam nada mais nada menos do que 12% do PIB brasileiro.

Paralelamente, vêem-se decisões duríssimas em ações que envolvem litígios entre bancos e pequenos empreendedores, agricultores e trabalhadores em geral, em desfavor destes. Ainda se pratica a prisão civil do depo-

sitário infiel, o que, provavelmente, não terá mais o aval do STF, que, em recente processo, tende a julgar pela impossibilidade de decretação desse tipo de prisão civil do devedor (não o reconhecendo como infiel depositário) na alienação fiduciária em garantia, o que, para boa parte do STF, fere o Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, e que trata, sobretudo, de direitos humanos (art. 5º, §§ 2º e 3º, CF).

Contra os tecnocratas e neoliberais mais apressados, que anunciam o fim da História, voltam-se os marxistas que, irônica e profeticamente, anunciam o fim do Direito. Em interessante artigo publicado na *Revista Krisis*, Shandl afirma:

> Normalidade e realidade esboroam-se cada vez mais, cada vez é mais difícil produzir igualdades perante a lei. A realidade diverge não apenas como o ser do dever-ser, mas tende para se totalizar para além deles. Ser e dever-ser coexistem no Estado de Direito burguês como diferença de facto, mas reconduzidos também a uma identidade idealista fictícia. Estavam inextricavelmente coimplicados. Mesmo que não pudessem coincidir nas suas expressões exteriores, eram regularmente reconduzidos pelo Direito — a categoria que os ligava — à congruência. Até esta clássica capacidade de aplicação do Direito se tornou hoje frágil.

Entendo, como Shandl, que a cada dia morre um Direito. Se não morre, ao menos agoniza. Contraditório, moribundo, o Direito tenta, debalde, explicar-se perante o mundo. Por intermédio de seus aplicadores e intérpretes, a ciência jurídica fundamenta, no plano jurídico, as razões pelas quais suas escolhas foram feitas: o juiz motiva sua sentença, o promotor, seu parecer, o advogado fundamenta porque assim o pediu etc. Não obstante, a realidade, nua e crua, diz outra coisa; não diz o direito, diz o não-direito. São prisões superpovoadas, meninos de rua sem saúde, sem educação, "ensinados" pelo tráfico de drogas; são mulheres com salários diferenciados, se comparados aos dos homens; são negros que, em sua maioria, não chegam às universidades e se empertigam em subempregos; deficientes sem as mínimas condições de exercerem a cidadania; casais homossexuais que não podem ter reconhecida sua união civil nem podem adotar etc. E esse Direito

está morto. Ou agonizando, é inegável.

Mas pode haver outro Direito, que, em meio a contradições, se autorenova, se faz indagações e busca novas saídas, contradizendo o que até então já foi dito sobre ele. Os aplicadores e intérpretes, verdadeiras bocas (várias) do Direito, podem contribuir para o Direito dizer diferente; dizer mais e melhor do que antes foi dito.

A ciência, assim como a religião, há de fazer uma opção pelos famintos e sedentos de justiça: o povo pobre de nosso país e do mundo. As religiões mais avançadas têm defendido essa opção pelos desvalidos, assim como pelo ecumenismo e macroecumenismo. A ciência terá de fazer a opção, também, pela interdisciplinaridade, sobretudo a ciência jurídica, que travou infatigável luta pelo seu isolamento ao longo do último século. Repetindo o que defende o uso alternativo do Direito, não se trata de fugir, irresponsavelmente, da lei, mas interpretá-la segundo um critério ideológico que cumpra a missão de distribuir justiça a quem tem direito e a quem não tem direito, mas o merece[2].

Afirmar tal opção não significa dizer que sempre os menos favorecidos terão razão no âmbito dos conflitos jurisdicionais. Seria um maniqueísmo pensar assim. Seria apostar na malvadez humana. E, como já dizia Nietzsche, em seu desconcertante livro de aforismos (NIETZSCHE, 2005, p. 63): "Os homens, em sua maioria, estão ocupados demais consigo mesmos para serem malvados".

A opção por uma interpretação segundo a realidade social somente traz à lume uma aplicação dos princípios constitucionais segundo um novo viés ideológico, o que implica entender o direito como uma forma de buscar a realização de uma justiça social. E realizar a justiça social não é somente julgar em favor de banqueiros, de latifundiários, do governo, das grandes empresas... É respeitar os direitos dos consumidores, condenando, com mais rigor, as empresas violadoras do CDC. É conceder a posse a

2 "Predominam em nossa cultura a lógica linear e a causalidade unidirecionada. Por isso vigorou a lógica da identidade e do terceiro excluído. A centralidade da nova percepção reside em dar-se conta da complexidade da realidade. Junto ao sabido está sempre o não-sabido; o contrário e antagônico não são negadores do real, mas manifestações de sua pluridimensionalidade; caos e desordem se pertencem mutuamente. O próprio ser humano é simultaneamente sapiens e demens, quer dizer, um ser de razoabilidade mas também um ser de intemperança e de demência. Por isso, importa superar os discursos excludentes dos que imaginam, romanticamente, que o povo tudo sabe e que as bases sempre vêem melhor, bem como a arrogância dos acadêmicos, dos tecnocratas e dos políticos que não têm consciência de seus limites e de sua própria ignorância. Ignorante é aquele que imagina o povo ignorante." (BOFF, 2003, p. 31).

trabalhadores sem-terra, quando ocupam fazendas improdutivas e aí produzem. É julgar segundo o princípio da função social do contrato, no caso de empresas imporem pesadas taxas de juros aos seus clientes. É julgar pela soberania estatal, impedindo a privatização de empresas estratégicas para a economia brasileira. É impedir a desumanização dos presídios, é impedir a tortura. É julgar pela abertura dos arquivos da ditadura, para que o povo brasileiro conheça sua história, antagonizando a teoria del punto final, que vigora no Brasil e no Uruguai, mas não vigora na Argentina (Almeida, 1996, pág. 125). É impedir a flexibilização das relações de trabalho, a fim de que sejam assegurados os direitos constitucionais trabalhistas (Trindade, 2002, pág. 201).

A deusa da justiça anda meio cega, ainda a não enxergar a solidariedade social como um princípio constitucional (art. 3º, I, CF). Difícil realizar o conceito de dignidade da pessoa humana (SARLET, 2005, p. 37), sem realizar a solidariedade social.[3]

Se é o Direito a superestrutura social, se faz parte dos instrumentos de controle estatal (se não for um deles), deve ser negado a cada dia, à medida que a estrutura social se mantiver intacta. E, na realidade concreta de seus intérpretes e aplicadores, o Direito deve ser reinventado, ora pela boca da lei, ora pelo que esta mesma boca não disse.

Se a norma jurídica é um vasto caminho, uma ampla senda (tortuosa senda), a regra não é a única via. Os princípios, sobretudo os inscritos (claros ou abscônditos) na Constituição, são uma poderosa arma para mudar os caminhos já percorridos. Se a regra é um pequeno caminho, e há vários, há tantos, há outros, os princípios são as nossas estrelas do céu. Por elas nos guiamos...

Guiado por essas estrelas, que têm brilhos variados, ora intensos, ora ofuscados ou anuviados, algumas delas mais próximas, outras mais remotas, o intérprete/aplicador pode fugir desses caminhos inseguros e pisar aqueles que se revelem mais adequados.

E, se fizer dia, quando as estrelas não aparecem, nasce no céu, cruza a abóbada celeste e se põe, ali, a nos aquecer, a nos queimar, um imenso, diário, necessário sol de justiça...

3 "As estatísticas dizem que são muitos os pobres do mundo, mas os pobres do mundo são muito mais do que os muitos que parecem que são. A jovem pesquisadora Catalina Álvarez Insúa mostrou um critério útil para corrigir os cálculos: — Pobres são os que têm a porta fechada — disse. Quando formulou sua definição, Catalina tinha três anos de idade. A melhor idade para assomar-se ao mundo, e ver." (GALEANO, 2004, p. 228).

Assim, a história dos direitos não terá fim, apesar de o proclamarem, porque, inevitavelmente, esse sol nasce e se põe todos os dias, *ad seculum seculorum [...].*

4 CONCLUSÃO

É possível, assim, chegar às seguintes conclusões:

a) a sentença já não pode ser mais considerada um mero silogismo; antes, há de ser entendida como uma estrutura dialética, dentro da qual se trava um diálogo com outras ciências, de forma interdisciplinar, um espelho, ante a tessitura complexa do ordenamento jurídico, que envolve, qual teia, uma gama cada vez maior de direitos;

b) o Positivismo jurídico não consegue mais explicar, por seus postulados, a dicotomia entre os direitos constitucionalmente garantidos e os efetivamente exercidos na sociedade; a onipotência divinizada do Positivismo, que reclama para si a completude e a coerência do ordenamento jurídico, assim como a interpretação lógica ou mecanicista do Direito, está a ruir, de sorte que o intérprete/aplicador há que preencher, com um viés ideológico, tal orfandade do Direito na contemporaneidade;

c) o Poder Judiciário, como órgão estatal responsável por dizer o direito, já não pode ser mais visto como uma instituição neutra, porquanto neutralidade nada tem que ver com imparcialidade. A neutralidade pretendida nada faz senão reforçar a manutenção do estado de coisas: intervenção jurisdicional excludente de direitos, em face das abissais diferenças sociais existentes;

d) com os avanços da Hermenêutica, oriundos do novo constitucionalismo, sobretudo pela feição principiológica que este defende e realiza, há que buscar, na amplitude dos princípios constitucionais e de seu caráter dinâmico, a chave para uma virada ideológica da interpretação constitucional, segundo uma opção pelas classes sociais menos favorecidas, utilizando-se, também como ferramenta, os postulados introduzidos na ciência jurídica pelo Direito Alternativo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O Positivismo Jurídico**. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2005.

Boff, Leonardo. **Civilização Planetária**: desafios à sociedade e ao cristianismo. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Método para Resolução do Conflito entre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. **Teoria Crítica do Direito**. Curitiba: HDV, 1987.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Métodos, Princípios e Limites de Interpretação Constitucional**: Mutação Constitucional. (Material da Aula 4 da disciplina de Teoria da Constituição e Hermenêutica Constitucional, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFG).

_____. **Norma Constitucional**: espécies e Características: Princípios Jurídicos e Regras de Direito. (Material da Aula 3 da disciplina de Teoria da Constituição e Hermenêutica Constitucional, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFG).

_____. **Ordenamento Jurídico, Constituição e Norma Fundamental**. Conceito, Objeto e Elementos da Constituição. Classificação das Constituições. Material da Aula 1 da disciplina de Teoria da Constituição e Hermenêutica Constitucional, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFG.

FERRÃO, Brisa Lopes de Mello; RIBEIRO, Ivan César. **Os Juízes Brasileiros Favorecem a Parte mais Fraca?** Rio de Janeiro: IPEA – Institulo de Pesquisa Econômica Aplicada, 2006. Seminários DIMAC/ IPEA. Disponível em: <http://getinternet. ipea.gov.br/resultadoBusca. php?acao=PESQ&pr=ipea_pr_public&db+>. Acesso em: 4 fev. 2007.

GALEANO, Eduardo. **Bocas do Tempo**. Porto Alegre: L&PM, 2004.

_____. **Memória do Fogo:** o século do vento. Porto Alegre: L&PM, 2005. v. 3.

KURZ, Robert. **O Retorno de Potenkim**: capitalismo de fachada e conflito distributivo na Alemanha. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. 19.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

MÉSZÁROS, István. **A Teoria da Alienação em Marx**. São Paulo: Boitempo, 2006.

_____. **O Poder da Ideologia**. São Paulo: Boitempo, 2004.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, Demasiado Humano**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

ORWELL, George. **A Revolução dos Bichos**. 2. ed. São Paulo: Globo, 2006.

PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13-43.

SCHANDL, Franz. O Fim do Direito: hipóteses sobre a extinção de um princípio formal do Ocidente. In: **Revista Krisis**. Disponível em: <http://obeco.planetaclix.pt>. Acesso em: 1 dez. 2003.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____.**Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.