

PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO: DIFERENTES PERSPECTIVAS SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Isabel Cristina Brettas Duarte *

Angelita Maria Maders **

RESUMO

O presente artigo trata da discussão acerca da assunção de um dos eixos temáticos que balizam a discussão sobre o papel da Constituição, sua força normativa e o seu grau de dirigismo, tendo por objetivo o estudo das teorias processuais-procedimentalistas e das teorias materiais-substancialistas. Esse debate é de fundamental importância para a definição do papel a ser exercido pela jurisdição constitucional, sendo que ambas as teorias têm em comum o fato de reconhecerem no Poder Judiciário uma função estratégica no tocante às Constituições, em especial quanto à efetivação dos direitos individuais e sociais fundamentais. A metodologia da investigação utilizada está baseada no método hipotético-dedutivo e corresponde a uma pesquisa eminentemente bibliográfica.

Palavras-chave: Procedimentalismo. Substancialismo. Jurisdição constitucional. Hermenêutica.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva estudar as teorias processuais-procedimentalistas e as teorias materiais-substancialistas, traçando as características principais de cada uma por meio do estudo dos seus principais seguidores, a fim de compreender sua influência na jurisdição constitucional. Para tanto, são analisadas as diferenças e as semelhanças que guardam entre si, bem como seu emprego na solução de conflitos que exigem maior exercício hermenêutico do

* Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI/*Campus* de Santo Ângelo/RS. Mestre em Letras pela URI/*Campus* de Frederico Westphalen/RS. Licenciada em Letras-Espanhol pela URI/*Campus* de Frederico Westphalen/RS. Advogada da Prefeitura Municipal de Santo Ângelo. Professora do curso de graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo – IESA. E-mail: isabelcristinabd@yahoo.com.br

** Mestre em Gestão, Desenvolvimento e Cidadania pela UNIJUÍ e Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrück, (Alemanha), membro do grupo de pesquisa “Tutela dos Direitos e sua Efetividade”, registrado no CNPq e sustentação da linha de pesquisa Cidadania e novas formas de solução de conflitos, do Mestrado em Direito da URI Santo Ângelo, coordenadora do grupo de pesquisa “O pensamento complexo e os novos direitos” do Mestrado em Direito da URI Santo Ângelo, orientadora do grupo de pesquisa “Direitos humanos, cidadania e a consolidação dos direitos sociais: estudos sob a ótica do constitucionalismo contemporâneo e da teoria da complexidade de Edgar Morin” e membro do Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Defensora Pública do Estado na Comarca de Santo Ângelo/RS, Professora da graduação e do Mestrado em Direito da URI e da UNIJUÍ. E-mail: angmaders@hotmail.com

juiz, como é o caso da decisão do STF no que tange aos efeitos da declaração e dissolução de uma união homoafetiva.¹

Com ele pretende-se oferecer uma visão panorâmica acerca das teorias supramencionadas, baseada em estudo realizado a partir de pesquisa bibliográfica de diversas obras, tanto de autores procedimentalistas quanto de autores substancialistas, tendo como ponto de abordagem a contribuição das mesmas para a compreensão do tema apresentando, suas principais ideias e posicionamentos, bem como sua influência para “os novos rumos” tomados pelo Direito no Brasil. Tem por escopo, também, analisar o motivo pelo qual o jurista deve conviver com a angústia da incerteza, que é a condição de possibilidade para uma vida autêntica de quem assume responsabilidades e não simplesmente reproduz o senso comum teórico, produzindo e não reproduzindo sentidos.

2 PERSPECTIVA PROCEDIMENTALISTA

Conforme assevera Streck, no plano do agir cotidiano dos juristas no Brasil, nenhuma das duas teses, procedimentalismo e substancialismo, é perceptível. Está-se longe da postura substancialista – pela inefetividade da expressiva maioria dos direitos sociais previstos na Constituição – e também não se convive com uma prática procedimentalista, pois se está longe da garantia da preservação dos procedimentos legislativos aptos a estabelecer a autonomia dos cidadãos, prova é que o legislativo é atropelado pelo decretismo do Poder Executivo. A isso Streck denomina de crise de paradigmas do Direito e do Estado (2004, p. 51).

Ainda conforme o autor supramencionado, é de se mencionar que a discussão acerca das teses da *voluntas legis versus voluntas legislatoris* está ultrapassada. Ferraz Jr. resumiu a polêmica na dicotomia subjetivistas (‘espírito do legislador’, ‘vontade do legislador’, ‘processo de formação da lei’, ‘espírito da lei’) *versus* objetivistas (‘vontade da norma’, ‘intenção da lei’). A primeira insiste que, sendo a ciência jurídica um saber dogmático, é basicamente uma compreensão do pensamento do legislador, portanto, interpretação *ex tunc* (desde então), ressaltando o papel preponderante das técnicas que lhe são apropriadas (método histórico). Para a segunda, a norma goza de um sentido próprio, determinado por fatores objetivos, independente até certo ponto do sentido que lhe tenha

¹ Termo utilizado por Maria Berenice Dias, então Desembargadora do Tribunal de Justiça Gaúcho, para definir a união afetiva de pessoas do mesmo sexo, em substituição ao termo união homossexual.

querido dar o legislador, como uma compreensão *ex nunc* (desde agora), ressaltando-se o papel preponderante dos aspectos estruturais em que a norma ocorre e as técnicas apropriadas a sua captação (sociológico). Como assevera Streck, tais correntes estão arraigadas nas práticas cotidianas dos operadores jurídicos (2004, p. 101).

Afirma Hommerding que a perspectiva procedimentalista desprestigia o papel dirigente da Constituição e a sua força normativa, na medida em que a Constituição determina procedimentos políticos, garantindo que ocorram dentro da lei, sendo destinada a impor uma determinada forma de vida sobre a sociedade; não é entendida como uma ordem jurídica global e concreta que regula a relação entre o Estado e os cidadãos. Dessa forma, entende que o Direito, em excesso, pode ser prejudicial ao regime democrático, pois a invasão da Política pelo Direito ‘entorpece’ a capacidade democrática da sociedade e enclausura todas as possibilidades de antecipação dentro da racionalidade burocrática do Direito, aumentando o desprestígio das alternativas democráticas na produção do Direito. Segundo ele, isso leva a uma interpretação do Direito desconforme ao conteúdo material da Constituição, anulando o Direito como poder de Estado, pois os direitos e garantias fundamentais passam a ser apenas objeto de retórica, sem que sejam efetivados, ocasionando uma fragilização do próprio regime democrático, que neles se fundamenta (HOMMERDING, 2006, p 31).

De acordo com Streck, o problema fundamental das teorias procedimentalistas reside no fato de procurarem colocar no procedimento o modo (ideal) de operar a democracia, a partir de uma universalização aplicativa. Ele entende que é difícil sustentar as teses procedimentalistas em países como o Brasil, em que parte considerável dos direitos fundamentais-sociais continua incumprida (STRECK, 2006, p.15), mesmo já tendo passado mais de duas décadas da promulgação da Constituição federal de 1988.

Segundo Hommerding, Habermas, por meio do seu procedimentalismo universalizante, defende a criação os procedimentos de criação democrática do Direito, de forma a viabilizar a inclusão e participação igualitária de todos os cidadãos nos ambientes discursivos, bem como a função normativa da democracia procedimental: serão legítimas e válidas as leis que receberem a aprovação de todos os cidadãos em um procedimento legislativo constituído legalmente (HOMMERDING, 2006, p. 27).

Nesse ínterim, Streck afirma que as normas jurídicas não se fundamentam apenas moralmente, pois também resultam de negociações pragmáticas e políticas. Por isso, deve-se garantir os procedimentos democráticos para que as diferenças, a pluralidade de interesses, as posições divergentes, consigam participar do diálogo e da tomada de decisões. O autor critica com veemência a invasão da Política e da sociedade pelo Direito, valendo-se da interpretação

da Política e do Direito à luz do discurso. Conforme Streck, para Habermas, no Estado Democrático de Direito, compete à legislação política a função central. Assim, recusa o realismo jurídico, por não delimitar as fronteiras entre o direito e a Política quando explica as decisões judiciais através de fatores externos ao sistema jurídico, e o positivismo jurídico, por optar pela garantia de certeza das decisões judiciais em detrimento de uma base de validade suprapositiva (STRECK, 2004, p. 42).

No entendimento de Habermas, no Estado Democrático de Direito, os Tribunais Constitucionais devem adotar uma compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito, zelando para que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução (HABERMAS, 1997, p.99). Assim, Hommerding, ao se referir ao tema, entende que para Habermas não interessa uma pauta de valores previamente estabelecidos, ou seja, uma ordem suprapositiva de valores substanciais, já que não confere à Constituição condição de possibilidade para a transformação da realidade social, pois desinteressam em sua análise eventuais condicionamentos políticos, morais e econômicos (HOMMERDING, 2006, p. 29).

Habermas enfatiza que:

O tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia pública e privada dos cidadãos. A função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, porquanto não pode limitar-se a proteger os cidadãos contra os excessos do aparelho estatal. A autonomia privada depende do modo e da medida em que os cidadãos podem efetivamente assumir os direitos de participação e de comunicação de cidadãos do Estado. Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição (HABERMAS, 1997, p. 326).

Como se vê, para Habermas, com o crescimento e a mudança qualitativa das tarefas do Estado, modifica-se a necessidade de legitimação; quanto mais o Direito é tornado como meio de regulação política e de estruturação social, tanto maior é o peso de legitimação a ser carregado pela gênese democrática do Direito. No Estado social, o Direito não pode se diluir em política, pois, neste caso, sua normatividade se extinguiria. O Direito torna-se

politicamente disponível, porém, ao mesmo tempo, ele prescreve para a Política as condições de procedimento que ela tem que levar em conta para dispor do Direito (HABERMAS, 1997, p. 171).

Segundo ele, ao estabelecer suas políticas, o legislador interpreta e estrutura direitos, ao passo que a justiça somente pode mobilizar as razões que lhe são dadas, segundo ‘o Direito e a lei’, a fim de chegar a decisões coerentes em um caso concreto. Isso vale também para as interpretações construtivas de um tribunal constitucional, cujo papel é alvo de restrições por parte de uma compreensão procedimentalista do Direito. O paradigma procedimentalista visa a proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. Elas adquirem um estatuto que permite analisar os diferentes tipos de conflito.

Nesse contexto, os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocracias do Estado social passam a ser ocupados por cidadãos que participam de discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento diferenciado de casos diferentes. Na medida em que os programas legais dependem de uma concretização que contribui para desenvolver o Direito, os discursos acerca da aplicação do Direito precisam ser complementados, de modo claro, por elementos dos discursos de fundamentação. Esses elementos de uma formação quase-legisladora da opinião e da vontade necessitam de outro tipo de legitimação (HABERMAS, 1997, p. 183).

Ainda nesta senda, Habermas entende que:

O paradigma procedimental do direito nutre a expectativa de poder influenciar, não somente a autocompreensão das elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também a de todos os atingidos. E tal expectativa da teoria do discurso não é totalitária, pois o novo paradigma submete-se às condições da discussão contínua, cuja formulação é a seguinte: na medida em que ele conseguisse cunhar o horizonte da compreensão de todos os que participam de algum modo e a sua maneira da interpretação da constituição, toda transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para um reexame da compreensão paradigmática do direito, a qual conserva a idéia de autonomia, pois os homens agem como sujeitos livres na medida em que obedecem às leis que eles mesmos estabeleceram servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo (HABERMAS, 1997, p. 190).

Para Kaufmann, o que legitima o consenso para Habermas é a força do melhor argumento, encontrando os critérios para as características formais do discurso orientado para

o consenso no que chama de as condições de uma situação ideal de discurso para que haja uma identificação com a verdade e com a justiça: igualdade de oportunidades para todos os participantes do discurso, liberdade de expressão, ausência de privilégios, veracidade, ausência de coação (KAUFMANN, 2004, p. 410).

Streck entende que Habermas constrói uma pragmática não-empírica, porque a razão comunicativa forma-se descontextualizadamente, desde um consenso racional, que fundamenta a validade de um enunciado normativo, desde que esse consenso tenha sido alcançado sob condições ideais de comunicação (simetria, liberdade, etc). Assim, a verdade deixa de ser conteudística para ser uma verdade como idealização necessária. É uma verdade argumentativa, atingida por consenso. Não há fundamentação válida de qualquer enunciado (norma) que não seja pela via argumentativa (STRECK, 2006, p. 31).

Sustenta que o que Habermas quis dizer – não sendo bem compreendido na tentativa de transpor sua teoria para a operacionalidade do Direito – é que não se opera com o agir comunicativo. Ele é epistemológico. Habermas não faz uma teoria do conhecimento para descrever situações concretas. Ele faz uma teoria do conhecimento para descrever formalmente o que é universal nas situações concretas (STRECK, 2006, p. 36).

Também entende que Habermas recusa a pretensão à universalização da hermenêutica filosófica por considerar o pluralismo quando essa associa as normas a princípios eticamente assentados promovendo, a um só tempo, a dissolução da justiça, mesmo que procedimentalmente considerada, na relatividade da historicidade das vivências sociais e a sua absolutização no interior de cada tradição. Para ele, Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundar-se em valores compartilhados ou conteúdos substantivos, mas em procedimentos que assegurem a formação democrática da opinião e da vontade e que exigem uma identidade política não mais ancorada em uma nação de cultura, mas em uma nação de cidadãos (STRECK, 2006, p. 19).

Já para Niklas Luhmann e sua teoria sistêmica/autopoiética, o Direito é um sistema que tem sua própria linguagem e que se auto-reproduz, independentemente do que se passa no sistema político ou nos demais sistemas. A idéia trazida por Luhmann é de que o Direito se legitima na medida em que os seus procedimentos garantem esta ilusão. Os procedimentos organizados fazem parte dos atributos mais extraordinários do sistema político das sociedades modernas (LUHMANN, 1980, p. 17).

Ele vê na legitimação do poder o sentido do procedimento juridicamente organizado. O poder gera a decisão e a torna legítima, isto é, independente, pelo imperativo exercido concretamente. Visto desta forma, o objetivo do procedimento juridicamente organizado

consiste em tornar transmissível a redução da complexidade – quer com a ajuda da verdade, quer através da criação do poder legítimo de decisão (LUHMANN, 1980, p. 27).

Para este autor, a legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento do consenso. Os procedimentos encontram como que um reconhecimento generalizado, que é independentemente do valor do mérito de satisfazer a decisão isolada, e este reconhecimento arrasta consigo a aceitação e consideração de decisões obrigatórias. Assim, para ele, a legitimidade depende de um clima social que institucionaliza como evidência o reconhecimento das opções obrigatórias e que as encara como resultados do crédito da decisão oficial (LUHMANN, 1980, p. 32).

Conforme Luhmann, a institucionalização do conflito pode se dar de diferentes formas: através de lealdades entrecruzadas, que não deixam reconhecer quem pode ser considerado como aliado e quem pode ser considerado como adversário; através das regras do jogo, no sentido das condições de comportamento que, por exemplo, excluem ou aconselham determinados meios; através da institucionalização, tal como a do princípio da maioria, ou ainda de um distanciamento perante a decisão que orienta uma parte da atividade de adversário para outras pessoas e traz assim a jogo considerações sobre os papéis de vários gêneros (1980, p. 67).

Consoante este autor, o sentido dos procedimentos judiciais oficiais consiste na apresentação de um método de alcançar a decisão, baseado em normas. A força motriz do procedimento é a incerteza quanto aos resultados, que é o fator efetivo de legitimação. Para ele, a legitimação pelo procedimento não leva necessariamente ao consenso efetivo, à harmonia coletiva de opiniões sobre justiça e injustiça, pois a legitimidade trata de um processo de reestruturação das expectativas jurídicas, em que a legitimação é a institucionalização do reconhecimento de decisões como obrigatórias, e institucionalização quer dizer que o consenso sobre determinadas expectativas de comportamento sugere e pode ser utilizado como fundamento da ação (LUHMANN, 1980, p. 104).

Neste diapasão, para Luhmann, a legitimação não é declarada como objetivo de um procedimento, mas sim a garantia legal ou ainda a elaboração de decisões obrigatórias e justas. A função de legitimação é realizada mediante aspectos que se verificam no comportamento social mediante a atuação simbólica expressiva que inclui os participantes em papéis implícitos e os não participantes mediante exposição dramática do seu procedimento no seu significado e os concilia. Ele enfatiza ainda que:

A tarefa do procedimento não se esgota com o fato de determinar um futuro incerto por meio de processos de seleção; permite, acima de tudo, resistir a um futuro incerto. Os processos ajudam, perante um futuro incerto, a proporcionar uma segurança atual através de uma complexidade imprevisível de possibilidades do direito variável e ajudam a tornar possível um comportamento representativo no presente, denso de sentido e obrigatório. [...] Quanto maior for a complexidade das possibilidades futuras, menos intoleráveis serão essas surpresas e mais reforçada se tornará a expectativa sobre acontecimentos inesperados que constituem obras humanas que desestabilizam o presente, portanto, a existência (LUHMANN, 1980, p. 187).

Segundo Streck, Luhmann entende que nas sociedades complexas a natureza das decisões deve ceder lugar aos procedimentos, que generalizam o reconhecimento das decisões, tornando os procedimentos a garantia de decisões que terão aceitabilidade (STRECK, 2006, p. 14).

Já para Gunther Teubneur, a essência da autopoiesis social e jurídica é que a sociedade e o Direito representam novos ou emergentes sistemas de comunicação, os quais, não obstante possuindo uma base orgânica e psíquica, funcionam em clausura auto-referencial. Por conseguinte, mecanismos biológicos evolutivos não possuem qualquer impacto direto no desenvolvimento social e jurídico. A unidade da evolução social ou jurídica não é representada pelo indivíduo humano ou pelo grupo de indivíduos, mas pela própria sociedade e direito enquanto sistemas de comunicação. Pode haver uma interação recíproca entre evolução biológica e evolução social, mas apenas enquanto sistemas autônomos que evoluem separadamente. Trata-se da co-evolução, que é o desenvolvimento de mecanismos evolutivos autônomos em sistemas fechados e respectivas articulações estruturais (TEUBNEUR, 1989, p. 106).

Teubneur defende que:

Um sistema reprodutivo, pelo contrário, define os limites da sua tolerância a mudanças estruturais a partir da sua própria organização de auto-manutenção cíclica. A característica mais importante da evolução seria a manutenção da estrutura cíclica interna do sistema, mais do que na respectiva capacidade de adaptação ao meio envolvente. Defende a idéia da internalização dos mecanismos de variação, seleção e retenção, cujo processo transfere o epicentro da dinâmica evolutiva do meio envolvente para o interior do próprio sistema e subordina-o à lógica autopoietica. Há uma transposição de mecanismos evolutivos sociais externos para mecanismos jurídicos internos, em que os mecanismos externos passam a exercer um mero efeito

modelador da evolução jurídica, enquanto que apenas os elementos estruturais internos são capazes de evoluir, ou seja, apenas sistemas autopoieticamente organizados são suscetíveis de evolução (TEUBNEUR, 1989, p. 113).

Já John Hart Ely apresenta um procedimentalismo distinto do de Habermas e Luhmann, pois para ele, a função dos tribunais é garantir e proteger o direito dos cidadãos de participarem das decisões políticas e governamentais, independentemente do mérito substancial das opções políticas em jogo, pois a tarefa de definir os valores e os conteúdos de uma comunidade deve ficar a cargo dos órgãos de representação democrática (HOMMERDING, 2006, p. 30).

Segundo Habermas, na visão de Ely, apoiado numa compreensão procedimentalista da Constituição, o tribunal constitucional somente pode conservar sua imparcialidade, se resistir à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais. O ceticismo de Ely discorda de uma interpretação dirigida por princípios. O próprio conceito do procedimento democrático apoia-se em um princípio de justiça, no sentido do igual respeito por todos. Porém, disso não resulta, de forma nenhuma, que os princípios que fundamentam a força de legitimação da organização e do procedimento da formação democrática da vontade não sejam suficientemente informativos devido a sua natureza procedimental e que tenham que ser completados por meio de uma teoria substancial de direitos (HABERMAS, 1989, p. 329).

Ainda em conformidade com Habermas, o ceticismo de Ely volta-se contra uma compreensão paternalista do controle jurisdicional da constitucionalidade, a qual se alimenta de uma desconfiança amplamente difundida entre os juristas contra a irracionalidade de um legislador que depende de lutas de poder e de votações emocionais da maioria. Segunda esta interpretação, uma jurisdição juridicamente criativa do tribunal constitucional justificar-se-ia a partir de seu distanciamento da Política, bem como a partir da racionalidade de seus discursos profissionais. Os discursos jurídicos não podem substituir discursos políticos, que são talhados para a fundamentação de normas e determinações de objetivos, exigindo a inclusão de todos os atingidos. O conceito básico de uma injustiça procedimental da formação política exige uma teoria da democracia, implícita em Ely, cujas feições, no entanto, se revelam cada vez mais convencionais (1997, p. 330).

Afirma Ely que:

Por oposición a la caracterización habitual de la Constitución como una afirmación perdurable pero evolutiva de valores generales, es que, de hecho, la selección y

ajuste de valores substantivos se deja casi enteramente al proceso político y el documento se ocupa más bien, de manera abrumadora, de la equidad procedimental en la resolución de los conflictos individuales, por una parte, y de lo que en general puede denominarse procesos de decisión – asegurando una amplia participación en los procesos y distribuciones del gobierno. Los pocos esfuerzos realizados por los constituyentes por congelar valores substantivos al designarlos como objeto de protección especial en el documento, han sido desafortunados; por lo general, han sido revocados, bien oficialmente o como resultado de pretensiones interpretativas. Esto Sugiere una conclusión con importantes implicaciones para la tarea de dar contenido a las disposiciones más abiertas del texto: que preservar valores fundamentales no es propiamente una función constitucional (ELY, 1997, p. 112-113).

Por fim, Antoine Garapon entende que o espaço simbólico da democracia emigra do Estado para a justiça, na qual se busca a consagração política em razão das falhas do Estado como sistema provedor. Assim, o Juiz seria o terceiro imparcial que compensaria o ‘déficit democrático’. Porém, esse excesso de Direito é tão perigoso para a democracia como o pouco uso do Direito, pois o deslocamento da Política para a justiça pode viabilizar a instauração de uma tirania das minorias e uma crise de identidade social. Assim, o Juiz apresenta-se como um agente controlador das formalidades e dos procedimentos adotados nos diferentes locais de produção do direito (HOMMERDING, 2006, p. 33). Da mesma forma, Streck comenta que Garapon também faz duras críticas à invasão da sociedade pelo Judiciário, o que, segundo ele, serviria para o enfraquecimento da democracia representativa (2004, p. 45).

3 PERSPECTIVA SUBSTANCIALISTA

Pela perspectiva substancialista, sustenta-se que as decisões judiciais auxiliam na afirmação dos direitos fundamentais e na realização de uma ‘agenda igualitária’, valorizando a Constituição como instrumento vinculante e programático, diretriz e argumento de conservação do Estado Democrático de Direito, que ainda resguarda a ordem e a liberdade, não desconhecendo a politicização do Direito, sendo uma garantia formal, no sentido de uma promessa da construção de um Estado social livre e independente. A linguagem constituinte é a condição de possibilidade do novo, em que a Constituição é tida como fator de integração política, expressão imediata dos valores jurídicos básicos acolhidos ou dominantes na

comunidade política, servindo de instrumento de reivindicação de segurança dos cidadãos frente ao poder (HOMMERDING, 2006, p. 35).

Entende a Constituição como algo substantivo, uma vez que contém valores (direitos sociais, fundamentais, coletivos *latu sensu*) que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização, pois em seu texto há um núcleo essencial que contém um conjunto de promessas da modernidade. Da mesma forma, entende que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social, pelo constitucionalismo dirigente. Trabalha com a perspectiva de que a implementação dos direitos e valores substantivos afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo contudístico que une Política e Direito, reforçando a Constituição como norma – força normativa – ao evidenciarem seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais sociais como valores a serem concretizados. Assim, acopla à noção de Estado o conteúdo material das Constituições através dos valores substantivos, que apontam para a mudança do *status quo* da sociedade, colocando grande ênfase no papel da justiça constitucional na efetivação dos direitos fundamentais-sociais (STRECK, 2006, p. 23).

Conforme entende Hommerding, por meio da perspectiva substancialista o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo aos grupos marginais, destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas e direito no processo judicial, assumindo o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais (2006, p. 36).

Também nesse sentido é o posicionamento de Streck, o qual defende que se alterou a relação entre a Política e o Direito, uma vez que o Direito já não está subordinado à Política, como se dela fosse instrumento, senão que é a política que se converte em instrumento da atuação do Direito, subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais (2004, p. 48).

Já para Arthur Kaufmann, a hermenêutica não é um método, mas sim Filosofia transcendental, no sentido de que indica as condições gerais de possibilidade da compreensão do sentido, e enquanto tal, não prescreve nenhum método. Para ele, a hermenêutica tem caráter universal, mas essa universalidade não tem caráter absoluto, pois é uma das muitas possibilidades para lidar com o mundo, e assim também com o Direito, não podendo se fechar em face de outras teorias. Ela supera o esquema sujeito/objeto aplicado no fenômeno da compreensão, a qual é sempre simultaneamente objetiva e subjetiva. O intérprete insere-se no

horizonte de compreensão, não se limitando a subsumir o caso na lei, mas desempenhando um processo conformador ativo na chamada aplicação do Direito (KAUFMANN, 2004, p. 68).

Segundo Kaufmann:

A compreensão do sentido não é um processo puramente receptivo, sendo sempre antes uma autocompreensão do sujeito interpretante. Só quando o intérprete aborda o texto com uma pré-compreensão ou pré-juízo poderá começar a falar do texto; só quando ele – com toda a tradição de que é portador – entra no horizonte de compreensão, poderá fundamentar argumentativamente o que ele tinha previamente antecipado como resultado provisório (círculo ou espiral hermenêutica). A hermenêutica não é teoria da argumentação, mas exige-a. Não se pode compreender a parte sem uma pré-compreensão do todo, mas o todo não é compreensível sem o entendimento das suas partes (KAUFMANN, 2004, p. 70).

Já conforme Hesse, a pretensão de eficácia da Constituição apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia, pois somente a Constituição que se vincula a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se. Para o autor supramencionado, a Constituição deve emprestar forma e modificação à realidade, pois onde inexiste força a ser despertada, não pode a Constituição emprestar-lhe direção (1991).

Nesta senda, a norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. A força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva, de forma que a Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida (HESSE, 1991, p. 16). Assim,

A interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. [...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das situações fáticas pode – ou deve provocar mudanças na interpretação da Constituição. [...] A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. A Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica, pois

não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social, ou seja, converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. [...] Isso porque a Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassale (HESSE, 1991, p. 24-25).

Como se vê, para Hesse a concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional, o qual deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa (HESSE, 1991, p. 27).

Para Ernildo Stein, a Filosofia tem como tarefa fundamental desenvolver um discurso sobre a totalidade e essa totalidade é o mundo que envolve, como condição de possibilidade, todos os discursos científicos. A Filosofia, portanto, fala sobre o mundo, e as ciências falam dentro do mundo. Portanto, fala de linguagem no sentido de que não se trata a linguagem como as ciências, apenas dentro do mundo, como faz o jurista, o literato. Não trata das linguagens dentro do mundo, mas fala da linguagem enquanto ela é o mundo sobre o qual se fala. Então é o tratamento filosófico da linguagem que está em questão quando se fala das questões da hermenêutica, ou da hermenêutica filosófica. Trata-se de falar do mundo e de se dar conta de que não se pode falar do mundo a não ser falando da linguagem (STEIN, 1996, p. 14).

Conforme assevera Stein, na Filosofia há um pressuposto de inesgotabilidade de seu objeto. Quando fala sobre o mundo, trata de algo que não se limita e sempre que alguém fala de algo dentro do mundo fala de algo que se limita. O objeto das ciências pode ser delimitado, o objeto da Filosofia não pode ser delimitado. A Filosofia faz uma coisa que a ciência não consegue fazer: tratar de si mesma. Enquanto as ciências tratam de um objeto, a Filosofia trata de um universo que o discurso das ciências humanas pressupõe. Para este autor, sempre temos que interpretar de alguma maneira, pela interpretação chegamos ao objeto da Filosofia. Sempre chegamos a algo como algo, isto é, a linguagem traz em si um duplo elemento, um elemento lógico-formal que manifesta as coisas da linguagem, e o elemento prático da experiência de mundo anterior à linguagem, mas que não se expressa senão via linguagem, e esse elemento é o como e o logos hermenêutico (STEIN, 1996, p. 20).

Stein também afirma que

A interpretação é hermenêutica, é compreensão, portanto, o fato de nós não termos simplesmente o acesso aos objetos via significado, mas via significado num mundo histórico determinado, numa cultura determinada, faz com que a estrutura lógica nunca dê conta inteira do conhecimento. [...] Isso significa que o nosso acesso aos objetos é sempre um acesso indireto, [...] quer dizer que conhecemos algo como algo. Podemos imaginar um logos que se bifurca: o logos da compreensão da linguagem, que comunica (*logos* apofântico, que se manifesta na linguagem) e o logos no qual se dá o sentido que sustenta a linguagem (*logos* hermenêutico, aquele que se dá no compreender) (1996, p. 27).

Este autor também aborda a questão da circularidade ou círculo hermenêutico, o qual significa dizer que não se pode dizer que a estrutura hermenêutica ou a estrutura da compreensão do ser humano produz história, cultura e tradição sem, ao mesmo tempo, pressupor que a história, a cultura e a tradição estão na operação da compreensão. Isso porque já sempre se compreende quando se compreende o todo, e enquanto se compreende o todo, já sempre nos compreendemos, pois há uma impossibilidade de separação entre sujeito e objeto. No sentido desta estrutura circular, do modo de o homem ser-no-mundo, viria a estrutura circular do ser, difundida por todas as ciências hermenêuticas (1996, p. 42).

Por isso, Stein afirma que

[...] onde há uma interpretação, necessariamente poderá haver divergências, e onde são possíveis divergências, na interpretação, é preciso mostrar as razões porque se diverge, é preciso mostrar caminhos, métodos. Portanto, não haverá mais um método para conduzir a verdade, mas haverá vários métodos para mostrar a verdade. A hermenêutica é esta incômoda verdade que não é nem uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta – é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem. É por isso que a hermenêutica é, de alguma maneira, a consagração da finitude. A hermenêutica filosófica se coloca onde não temos nem o empírico como fundamento nem aquilo que é afirmado dentro de um contexto rígido, determinado, nem aquilo que pode ser estabelecido tendo por base o fundamento último, mas aquilo que se dá na fluidez da própria história, da própria cultura. Sabemos que sempre algo escapa na medida em que só se pode fundamentar algo que se chama boa circularidade. Somos incapazes de, no universo hermenêutico, expor todos os pressupostos ou, de certo modo, chegar ao elemento último, não ultrapassável. O universo hermenêutico é exatamente esse universo flutuante (STEIN, 1996, p. 45-46).

Por isso, Heidegger diz que o homem se compreende quando compreende o ser. Compreende o ser quando se compreende a si mesmo. Há uma circularidade. Quer dizer, o compreender-se a si mesmo seria o universo apofântico, e o compreender do ser seria o universo hermenêutico (STEIN, 1996, p. 57).

Também Streck alerta para o fato de que:

Não interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar, deixando claro que a hermenêutica ultrapassa a metafísica, a partir da idéia de que a dualidade de explicar e compreender será sempre precedida por uma compreensão que se dá como condição de possibilidade (*standart* de racionalidade estruturante) Direito constitucional é direito político; daí a necessidade de manter a Constituição em sua perspectiva dirigente e compromissória. [...] No Brasil, a Constituição aponta as linhas de atuação para a política, estabelecendo as condições para a mudança da sociedade pelo direito na construção de um Estado Social, sendo uma pauta para a alteração das estruturas sociais. Trata-se de uma cláusula transformadora permanente (2006, p. 22).

Isso porque, para Streck, a noção de Estado Democrático de Direito pressupõe uma valorização do jurídico, e, fundamentalmente, exige a (re)discussão do papel destinado ao Poder Judiciário para resgatar a força do Direito, cabendo à jurisdição a tarefa de guardião dos valores materiais positivados na Constituição, pois a noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. Se a Constituição condensa normativamente valores indispensáveis ao exercício da cidadania, nada mais importante do que a busca (política, sim, mas também) jurídica de sua afirmação (realização/aplicação). O como elaborar isso juridicamente, é obra para uma nova dogmática constitucional, cujo desafio é tornar a Constituição uma Lei Fundamental integral. Como se vê, entende que o Poder Judiciário deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absenteísta que permeia a dogmática jurídica brasileira, própria do modelo liberal-individualista-normativista (2004, p. 51). Segundo Streck,

A compreensão do novo modelo de Direito estabelecido pelo Estado Democrático de Direito implica a construção de possibilidades para a sua interpretação. Olhar o novo com os olhos do velho transforma o novo no velho! [...] Enfim, sem o necessário horizonte crítico para fundir com a tradição, a interpretação resultará em um mal-entendido (2004, p. 281).

Dessa forma, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados. Mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram ou tentam retirar conquistas da sociedade, quando então o Direito passaria a ser um mecanismo de transformação da sociedade. Isso porque a Constituição no seu sentido de ‘força normativa’ somente se concretizará na medida em que se consiga superar dualismos metafísicos. Se alguém pensar que pode primeiro interpretar a Constituição para depois aplicá-la, é porque ainda está preso às amarras da hermenêutica clássica. Interpretar é aplicar, é concretizar, e isto se dá no interior do círculo hermenêutico, onde já há sempre um sentido antecipado (STRECK, 2004, p. 322).

O intérprete não reproduz o sentido de um texto como se esse sentido estivesse contido intrinsecamente na norma. Os sentidos dos textos não estão à disposição do intérprete, como se fossem significantes primordiais fundantes, a espera de uma acoplagem subsuntiva. Intérprete e texto estão no mesmo modo de ser da linguagem. Portanto, a partir de sua situação hermenêutica, e de um sentido que já vem antecipado pela pré-compreensão, o intérprete produzirá esse sentido. É evidente que ele não é livre para dizer o sentido que melhor lhe aprouver, o que o lançaria no autoritário mundo da relativização sofisticada. O sentido necessariamente exurgirá na conformidade do texto constitucional, entendido no seu todo principiológico (STRECK, 2002, p. 452).

De acordo com Streck:

O Juiz/intérprete, ao utilizar tantos métodos de interpretação da lei, considera-se exonerado de responsabilidade, atribuindo ao legislador as injustiças que decorrem de suas sentenças. Afinal, toda interpretação será sempre gramática (porque parte de um texto jurídico), será inexoravelmente teológica (é inviável uma interpretação que não seja voltada à finalidade da lei), será sistemática (porque é impossível conceber que um texto normativo represente a si mesmo, sem se relacionar com o todo), e assim por diante. [...] tais métodos de interpretação tendem a objetificar os fenômenos - objetificar o Direito - , impedindo o questionar originário da pergunta pelo sentido do Direito em nossa sociedade (STRECK, 2004, p. 309).

Para Streck, a noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. No Estado Democrático de Direito, a

lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação concreta do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-valorativo. Forjou-se, assim, uma espécie de ‘teto hermenêutico’, estabelecido exatamente a partir de uma tradição no interior da qual o direito constitucional nunca teve a devida importância. A chave da crise do Direito e dessa ‘baixa efetividade da Constituição’ talvez se deva ao fato de que o pensamento jurídico dominante continua acreditando que o jurista primeiro conhece, depois interpreta, para só então aplicar (2004, p. 323).

Ainda para este autor, no campo jurídico, faltou a compreensão da grande revolução representada pela viragem linguística, pela qual é possível superar os dualismos metafísicos que dominam o imaginário dos juristas, pois

A verdade real, porque inalcançável, é insustentável filosoficamente, a verdade é uma verdade hermenêutica, que não advém nem do conhecimento das essências e nem de uma mente privilegiada de um sujeito cognoscente. Com a viragem linguística ocorrida na Filosofia em nosso século, é preciso ter claro que do processo interpretativo não decorre a descoberta do verdadeiro/correto/unívoco sentido do texto, mas, sim, a produção de um sentido originado de um processo de compreensão, onde o sujeito, a partir de uma situação hermenêutica, faz uma fusão de horizontes a partir de sua historicidade. Não há interpretação sem relação social. Isso porque as palavras da lei não são unívocas mas plurívocas, razão pela qual elabora uma crítica à hermenêutica jurídica tradicional, através dos aportes aproximativos da semiótica (teoria geral da significação) e da hermenêutica filosófica, em que o horizonte de sentido é dado pela compreensão (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer), onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado e onde a interpretação faz surgir o sentido. [...] A linguagem é analisada não num sistema fechado de referências, mas sim no plano da historicidade, aproximada à práxis humana, como existência e faticidade, em que o texto é ligado a uma existência concreta, a uma carga pré-ontológica que na existência já vem antecipada (STRECK, 1999, p. 79-80).

Sob a ótica do Estado Democrático de Direito, o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social. Mas o Direito e a dogmática jurídica que o instrumentaliza estão assentados em um paradigma liberal-individualista que sustenta o desfuncionalismo do Direito e das instituições encarregadas de aplicar a lei. Ou seja, não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem desse Direito produto de um modo liberal-individualista-normativista de produção de Direito (STRECK, 1999, p. 86).

Para Streck, 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 muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos. Por isso, Streck questiona-se sobre o porquê da ineficácia do sistema judiciário brasileiro diante de todos os mecanismos à disposição – princípios constitucionais amplos e dirigentes, ações coletivas das mais variadas, citando Ribas Vieira ao dizer que a crise do Judiciário deriva do descompasso existente entre sua atuação e as necessidades sociais, considerando-se totalmente insuficiente a afirmação formal da existência de determinados direitos, uma vez que o Direito somente tem real existência a partir de uma agência coativa disposta a aplicar as normas jurídicas (2004, p. 90).

É necessário, também, registrar a constatação de Streck de que:

[...] na sustentação desse imaginário jurídico prevalecente, encontra-se disseminado ainda o paradigma epistemológico da Filosofia da consciência – calcada na lógica do sujeito cognoscente, onde as formas de vida e relacionamentos são reificadas e funcionalizadas, ficando tudo comprimido nas relações sujeito-objeto (Habermas) – carente e/ou refratária à viragem lingüística de cunho pragmatista-ontológico ocorrida contemporaneamente, onde a relação ou relações passam a ser sujeito-sujeito. Ou seja, no interior do sentido comum teórico dos juristas, consciente ou inconscientemente, o horizonte a partir de onde se pode e deve pensar a linguagem ainda é o do sujeito isolado (ou da consciência do indivíduo) – que tem diante de si o mundo dos objetos e dos outros sujeitos -, característica principal e ponto de referência de toda a Filosofia da subjetividade (1999, p. 92).

Streck cita Heidegger, para quem ‘a linguagem é a casa do ser’, Gadamer, para quem ‘ser que pode ser compreendido é linguagem’ e Seiffert, que diz não ser exagero ‘se designarmos a época da linguagem como a terceira era da Filosofia, depois da época do ser (Antigüidade e idade média) e da época da consciência (idade moderna até a análise da linguagem). Segundo Streck, os contributos da hermenêutica filosófica trazem uma nova perspectiva para a hermenêutica jurídica, assumindo fundamental importância as obras de Heidegger e de Gadamer.

Heidegger, desenvolvendo a hermenêutica no nível ontológico, trabalha com a ideia de que o horizonte de sentido é dado pela compreensão; já Gadamer, seguido de Heidegger, ao dizer que ser que pode ser compreendido é linguagem, retoma a ideia de Heidegger da linguagem como casa do ser, onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte

aberto e estruturado. Daí que, para Gadamer, ter um mundo é ter uma linguagem. As palavras são especulativas e toda interpretação é especulativa, uma vez que não se pode crer em um significado infinito, o que caracterizaria o dogma. A hermenêutica, desse modo, é universal, pertence ao ser da Filosofia (STRECK, 1999, p. 103). Para este autor:

É necessário que se retire proveito dessa viragem lingüístico-filosófica e desse giro ontológico propiciado pela hermenêutica, que é justamente a ruptura com as concepções metafísico-objetificantes através da mediação da linguagem: o fato de nós não termos simplesmente o acesso aos objetos via significado, mas via significado num mundo determinado, numa cultura determinada, faz com que a estrutura lógica nunca dê conta inteira do conhecimento, de que não podemos dar conta pela análise lógica de todo o processo de conhecimento. Desse modo, fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o Direito de soslaio. Com a compreensão hermenêutica do Direito recupera-se o sentido-possível-de-um-mundo-determinando-texto e não a re-construção do texto advindo de um significante-primordial-fundante. Talvez por acreditar em sentidos *a priori* ou em verdades apofânticas, é que os aplicadores do Direito, inseridos na já delineada crise de paradigma, consigam (re)produzir decisões sem se darem conta das repercussões sociais e da própria função social dele – jurista – e do (des)cumprimento do texto constitucional (1999, p. 108).

Consoante Streck, cada sociedade tem um campo jurídico que o engendra. Por conseguinte, este campo jurídico, a exemplo do que Warat denomina de sentido comum teórico dos juristas, será o *corpus* que sustentará o modo liberal-individualista-normativista de produção do Direito, soldando as fissuras decorrentes do abismo que existe entre o discurso jurídico e a (deficitária) estrutura social, de forma que:

A reprodução inautêntica dos pré-juízos conduz a uma espécie de conformismo dos operadores jurídicos. [...] Os operadores do Direito trabalham em uma instância de julgamento e censura – uma espécie de ‘superego da cultura jurídica’ – que os impede de produzir decisões autônomas em relação a esse censor. Não conseguem se dar conta do *fumus* ideológico que, de forma inexorável, está por detrás de cada interpretação da lei, de cada sentença, enfim, de cada discurso acerca do Direito. Estabeleceu-se uma cultura jurídica standard, no interior da qual o operador do Direito vai trabalhar no seu cotidiano com soluções e conceitos lexicográficos, recheando, desse modo, suas petições, pareceres e sentenças com ementas jurisprudenciais citadas, no mais das vezes, de forma descontextualizada, afora sua

atemporalidade e ahistoricidade. Toda esta problemática se forja no interior do que se pode chamar de *establishment* jurídico, que atua de forma difusa, buscando uma espécie de uniformização do sentido, com uma relação direta com um fator normativo de poder, o poder de violência simbólica. Trata-se do poder capaz de impor significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão no fundamento da própria força (STRECK, 2004, p. 89).

Nesse sentido, a contribuição hermenêutica é de fundamental importância, a partir da ideia de que a ‘verdade’ no campo jurídico é uma verdade hermenêutica, é dizer, a experiência de verdade a que se atém a hermenêutica é fundamentalmente retórica. A construção de um discurso crítico passa pelo rompimento com a possibilidade da existência de conceitos-em-si-mesmos-de-eficácia-de-normas (constitucionais): interpretar não conduz ao conhecimento de algo que pertence a um texto intrinsecamente, essencialmente. Qualquer texto é sempre objeto relacional que se constitui no decurso de um jogo hermenêutico, ou seja, dos objetivos e propósitos a que com ele e através dele se visa. Não há aqui nenhuma anterioridade de essência, nem nenhuma prioridade de coerência. Dito de outro modo, tal como a ‘essência’ é sempre relacional, a ‘coerência’ é sempre funcional: o que se diz sobre um texto é inseparável de quem o diz, dos propósitos com que o faz e do momento em que tal ocorre (STRECK, 1999, p. 119).

4 CONCLUSÃO

Da análise das diferenças existentes entre as duas teorias estudadas conclui-se que as divergências entre as posturas procedimentalistas e substancialistas não podem opô-las a ponto de se pensar que o substancialismo não é pluralista ou que o procedimentalismo possa ser reduzido a uma perspectiva meramente formalista, principalmente, no Brasil, em razão das suas peculiaridades e da diversidade que lhe é inerente, para o que se quer fazer um alerta. Tampouco se pode pensar que uma é democrática e a outra não, ou que os procedimentalistas não estão preocupados com a concretização dos direitos fundamentais e com a preservação da Constituição.

As teses substancialistas defendem que a jurisdição constitucional deve se preocupar com a realização de valores, no sentido que a aplicação do Direito pode transformar socialmente, pois o texto constitucional é condição de possibilidade para a transformação da sociedade, em razão da sua força normativa. Já as teses procedimentalistas utilizam a

hermenêutica como método e entendem a verdade como decorrente da utilização do método, pois não entendem a Constituição como uma ordem concreta de valores, de modo que não conseguem desvelar a função social do Direito.

Criar uma hermenêutica constitucional fundada em métodos e procedimentos é, pois, impossível, porque ela se faz a partir da história daquele que interpreta e para quem se interpreta, para o mundo a que se vincula. Por conseguinte, é mais salutar ao Direito no Brasil a assunção das teses substancialistas, na medida em que o Direito é aplicação e esta depende da compreensão, que é a condição de possibilidade da interpretação, já que os sentidos da norma não estão à disposição do intérprete. A hermenêutica não é apenas método, mas espelha a relação do homem com a complexidade dos acontecimentos que ele percebe, com o seu modo-de-ser-no-mundo. Com essa visão, a Constituição torna-se o fundamento existencial, o modo de ser do jurista de acordo com a sua faticidade, de forma que é o Juiz, por exemplo, que cria a norma ao atribuir sentido ao texto.

Além disso, na aplicação da lei, usando a teoria de Piaget, embora a tentativa de se reduzir ou simplificar os atos para retirar-lhes a complexidade, não se pode utilizar de tal determinismo ao julgar, pois o isolamento, a fragmentação dos objetos elimina seu contexto, sua singularidade, sua localidade, sua temporalidade e, por sua vez, o conhecimento do todo, já que pode ensejar decisões injustas por total desvinculação com a realidade fática das partes envolvidas (MORIN; LE MOIGNE, 2000, p. 91).

Como dito alhures, tudo que é humano deve ser compreendido a partir de um jogo complexo, pois para conhecer melhor as partes deve-se conhecer o todo e vice-versa, como em um movimento circular ininterrupto. Nesse sentido, não se pode, também, entender o julgador, sem entender o objeto ou o ser julgado, de modo que se deve compreender também essa relação entre eles – o julgador e o julgado (MORIN; LE MOIGNE, 2000, p. 55).

Afinal, o homem está inserido na faticidade das coisas, por isso não está imune às pré-compreensões e pré-juízos. Não há como anular a subjetividade e os pré-conceitos, os quais integram a condição existencial do ser humano, mas, aos poucos, mudando o pensamento para um pensamento complexo. Hodiernamente, trata-se de uma das mais importantes discussões no âmbito do Direito, sobre a qual há muito a ser refletido.

Tratar de hermenêutica é reconhecer a posição do ser no mundo, a riqueza de suas pré-compreensões e o sentido que ele alcança, apesar da crise em que o Direito se encontra, pois sucumbe sem se dar conta de suas insuficiências. É claro que este assunto não se esgota, em razão da complexidade de que é revestido. Porém, é indiscutível sua importância e a necessidade de sua abordagem crítica no estudo hermenêutico no Direito, por meio do estudo da Filosofia no Direito.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoria del control constitucional*. Traducción Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade**. v. 1. Tradução Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Direito e democracia – entre facticidade e validade**. v. 2. Tradução Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo”**. In: Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre, n. 57. jan./abr./2006.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Prefácio e tradução Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean Louis. **A inteligência da complexidade**. Tradução de Nurimar Maria Falci. São Paulo: Peirópolis, 2000.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2006.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Hermenêutica (jurídica) e Estado Democrático de Direito: uma análise crítica**. In: Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS, 1999.

TEUBNEUR, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manoel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Beummam. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro, Revan, 1999.

WOLKER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos ‘novos’ direitos. In: WOLKER, Antônio Carlos e LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os Novos Direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

PROCEDURALISM AND SUBSTANTIALISM: DIFFERENT PERSPECTIVES ABOUT CONSTITUTIONAL JURISDICTION

ABSTRACT

The present research aims to bring to the discussion one of the main lines that guides the debate over the role of the Constitution, its normative strength, and its level of dirigisme, through the analysis of two different legal process theories: the proceduralism and the substantialism. This debate is fundamental in order to determine the importance of the role of Constitutional Jurisdiction, considering that both theories agree that the Judiciary has a strategic role regarding the Constitutional interpretation, especially in the matter of bringing effectiveness to individual and social fundamental rights. The methodology used in this investigation is based on hypothetical-deductive method, eminently bibliographical.

Keywords: Proceduralism. Substantialism. Constitutional Jurisdiction. Hermeneutics.