

# O SENTIMENTO CONSTITUCIONAL COMO MEIO PROPICIADOR DO DESVELAMENTO DA CONSTITUIÇÃO (ACONTECER CONSTITUCIONAL): DE COMO O ARTIGO 334, I, DO CPC NÃO CHANCELA A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

## THE CONSTITUTIONAL SENSE AS A METHOD TO UNVEILING THE CONSTITUTION (CONSTITUTIONAL HAPPENING): HOW THE CPC ARTICLE 334, I, DO NOT SEAL THE JUDICIAL DISCRITIONARITY

*Luis Henrique Braga Madalena\**

*Rafael Contreiras Costa Beber\*\**

### RESUMO

O presente estudo teve como objetivo principal a demonstração de como a discricionariedade judicial é danosa para a autonomia do direito e para o Estado Democrático de Direito, especialmente quando se camufla como legítima sob o ponto de vista processual, que acaba por chancelar arroubos de vontade do intérprete autêntico. Para tanto, buscou-se explorar a fragilidade dessa prática por meio da Nova Crítica do Direito, fundada na filosofia hermenêutica e na hermenêutica filosófica, com o fito de demonstrar como tais práticas arbitrárias são frágeis sob o ponto de vista filosófico, sendo facilmente demonstrável seu caráter subjulgador da

---

\* Advogado inscrito na OAB/PR. Mestrando em Direito Público pela UNISINOS/RS. Bolsista CAPES. Especialista em Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst, Advogado militante (OAB/PR). Membro do Grupo “*Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos” (UNISINOS). Membro do Grupo de Pesquisa “Hermenêutica Jurídica” (CNPq). Coordenador do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* (Especialização) em Direito Constitucional e Coordenador Adjunto do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* (Especialização) em Teoria Geral do Direito, ambos da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Secretário da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR e Membro Eleito do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP). Áreas de interesse: Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Regulatório, Teoria Geral do Direito e Filosofia. Rua Guaratuba, 839, Ahú, Curitiba, PR, CEP 80540-260. E-mail: luishenrique@pellegrino.adv.br.

\*\* Acadêmico do 10º período do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Áreas de interesse: Direito Tributário, Direito Administrativo, Teoria Geral do Direito e Filosofia. Rua Guaratuba, 839, Ahú, Curitiba, PR, CEP 80540-260. E-mail: rafael@pellegrino.adv.br.

realidade, de modo a apartá-la da indissociável historicidade e do sentido que a precede desde sempre. Em seguida, intentou-se demonstrar alguns dos fundamentos de tal prática, de modo a dar especial ênfase à ausência de sentimento constitucional, conforme nos fala Verdú, especificamente em razão do ressentimento jurídico, o qual deve ser superado pela tradição autêntica, como forma de arraigamento e triunfo do afeto pelas garantias constitucionais e pelas instituições democráticas.

**Palavras-chave:** Discricionariedade judicial; Nova crítica do direito; Sentimento constitucional.

#### ABSTRACT

The present study had as its main objective to demonstrate how the judicial discretionarity is harmful for Law's autonomy and for the Democratic Rule-of-law State, especially when camouflages itself as legit during the judicial process, what ends to seal raptures of will of the authentic interpret. Therefore, we sought to explore the fragility of this practice through the New Critics of Law, based on hermeneutic philosophy and philosophical hermeneutics, trying to evidence how this arbitrary practices are fragile from a philosophic point of view, been easily demonstrable its subjugator features, what detach itself from the inseparable historicity and sense that since always precede. Then, an attempt to demonstrate some of the reasons for such practice was put to give special emphasis to the absence of a constitutional sense as Verdú teaches, especially in reason of the legal resentment which must be separated by authentic tradition, as a form of rootedness and triumph of the warmth for constitutional guarantees and democratic institutions.

**Keywords:** Judicial discretionarity; New critics of law; Constitutional sense.

#### NOTAS INTRODUTÓRIAS

Das principais conquistas do Estado Democrático de Direito e da Constituição, são as garantias processuais ligadas ao devido processo legal e a presunção de inocência, sem as quais ainda estaríamos lutando contra (maiores) perseguições políticas, econômicas e pessoais, propiciadas pela subjetividade no exercício do poder.

Tais garantias beneficiam, ou deveriam beneficiar, todos os cidadãos, independentemente da influência da mídia ou do clamor popular, sob pena de perdermos a igualdade, virtude soberana e fundamento da democracia, conforme afirma Dworkin<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Partiremos da análise de caso concreto específico, em consonância com os fundamentos teóricos da Nova Crítica do Direito, da Filosofia Hermenêutica e da Hermenêutica Filosófica, para o qual o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo buscou fundamento na prescrição normativa constante do artigo 334, I, do Código de Processo Civil, com vistas a viabilizar decisão condenatória ao arrepio do arcabouço probatório constante dos autos, promovendo indelével discricionariedade judicial. A partir desse caso, buscaremos demonstrar como esse tipo de prática coloca em perigo a ideia de Estado Democrático de Direito como um todo, mesmo quando levada a cabo em face de cidadãos que já carregam preconceitos derivados de casos pretéritos.

Passando por uma breve apresentação do caso e análise do texto constante do artigo 334, I, do Código de Processo Civil, buscaremos responder à indagação de que ele seria uma “janela” para a discricionariedade judicial, na exata medida em que a interpretação dada a ele foi a de que caberia ao julgador qualificar um fato como notório da forma que melhor lhe parecer, mesmo ao arrepio da historicidade e da individualidade de cada caso.

Em suma, se tal prática coaduna ou não com o estágio da democracia em que nos encontramos, ou seja, se é possível nomear, observar os entes ao arrepio de seu ser, nos moldes que nos fala Heidegger.

Se permanecermos na dependência do julgador, estaremos sempre vivendo em um simulacro de democracia, especialmente na utilização de “teorias” que privilegiem preconceitos infundados e inautênticos, que destoam de todas as provas constantes dos autos do caso que se encontra em análise, utilizando-se do direito processual e do processo em si apenas como um verniz, uma verdadeira capa de sentido para chancelar abusos em face da Constituição, retirando normatividade dela, em favor do que Streck chama de predadores externos, mas que para tanto se utilizam de predadores internos.

Trata-se da prevalência da vontade do julgador, desprovido de qualquer legitimidade democrática, sobre a vontade da coletividade, devidamente expressa e consagrada da Constituição, a qual acaba se velando por meio de uma pretensa conformidade com o que posto em determinado dispositivo do ordenamento, o que é levado a cabo por meio de uma forçada e impraticável “subsunção”, de cunho positivista-normativista, com viés nominalista.

Fundando-se nos pilares da Nova Crítica do Direito e do método fenomenológico-hermenêutico, demonstraremos como esse tipo de prática é filosoficamente inadequada e frágil, já não mais podendo prevalecer em tempos de viragem linguística e consequente queda da filosofia da consciência, que faz com que a relação sujeito-objeto ceda espaço em favor da relação sujeito-sujeito.

Com vistas a arrebatar toda a questão, apontaremos como a falta de cultura constitucional e do que Verdú, mesmo preso ao paradigma da filosofia da

consciência, acerta ao chamar de sentimento constitucional é dos principais motivadores, se não o principal, de práticas discricionárias como a analisada e como estas podem ser vencidas por meio da superação do ressentimento jurídico, do arraigamento desse afeto pela Constituição e suas garantias, que possuem todos os cidadãos como seus titulares, indiscriminadamente.

### **O ARTIGO 334, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: CHANCELA PARA A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL?**

A controvérsia que pretendemos abordar cinge-se a determinada interpretação dada ao artigo 334<sup>2</sup> do Código de Processo Civil e sua capacidade de gerar inconstitucionalidades que acabem por comprometer toda a estrutura do Estado Democrático de Direito, provendo ao judiciário um poder processual incabível nesta quadra da história e da hodierna teoria do direito.

Pretensamente, de acordo com o entendimento exarado no caso pontual<sup>3</sup> que será objeto de nossa digressão, o mencionado dispositivo de lei configuraria verdadeira autorização legal para a livre valoração do arcabouço probatório apresentado (e o não apresentado!) nos autos e para o julgador liberar-se dos “grilhões” da legalidade estrita, de modo a solucionar o caso da melhor forma possível (SIC), respectivamente.

Diante das pretensas permissões propiciadas pelo mencionado artigo, a tarefa que nos incumbe é responder a pergunta de se o código de processo civil cria regra de exceção às disposições constitucionais que garantem o devido processo legal, a legalidade e, conseqüentemente, o Estado Democrático de Direito, de modo a abrir uma clareira filosófica e histórica, desconsiderando todos os desdobramentos havidos na teoria do Estado e na teoria do direito, desde a criação do Estado de Direito, minimamente.

Analisando pontualmente a prescrição normativa destacada, inicialmente cumpre observar o que afirma o artigo 334 do CPC, ou seja, que os fatos notórios independem de prova.

Caso paradigmático e que destacaremos como exemplificativo para a presente abordagem é o da Apelação Cível n. 0114633-06.2009.8.26.0100, ainda em trâmite perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, destacado por Lenio Streck em seu artigo “Roxin ‘não sabe nada’ e o TJ-SP confirma minha

<sup>2</sup> Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I – notórios.

<sup>3</sup> De acordo com a linha teórica a que nos filiamos, a da Nova Crítica do Direito, firmemente fundada no método fenomenológico-hermenêutico, da mesma forma que na filosofia hermenêutica heideggeriana e da hermenêutica filosófica gadameriana, sempre traremos a discussão teórica do direito para um caso “prático”, para um evento, com vistas a evitarmos a armadilha de analisar uma prescrição normativa, um texto, em abstrato, desprovido de sua fundamental ligação com o evento que pretende regular, sob pena de permanecermos discutindo um texto, e não uma norma, como se todo o sentido desta última já estivesse “colado” no primeiro *ab initio*.

tese<sup>4</sup>, também noticiado pelo sítio eletrônico do Consultor Jurídico na notícia intitulada “‘Fatos notórios não precisam de prova’, decide TJ-SP”<sup>5</sup>, no qual se determinou o bloqueio de R\$ 21 milhões da empresa de investimentos Blue Stone, por conta de dívida contraída pelo empresário Naji Robert Nahas nos anos 1980, depois da quebra da Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa). A disputa acabou por envolver propriedade de terreno apresentado por Nahas como garantia em outra contenda judicial. Para o relator do caso<sup>6</sup>, até “as pedras sabem” que o empresário é o verdadeiro dono do terreno e está envolvido com a empresa, e “fatos notórios não precisam ser comprovados”.

Diante disso, tem-se que a prescrição normativa constante do artigo 334 traduziria a norma de que qualquer fato que receba o rótulo de notório pelo julgador (uma verdadeira capa de sentido) independeria de prova nos autos, que no caso se traduziu na norma de decisão de que a “verdade real dos fatos” (SIC) seria mais importante do que a “verdade processual”, ou seja, o que o julgador já tiver em mente, mesmo que seja um preconceito inautêntico acerca do caso e dos envolvidos, deve valer mais do que o devido processo legal gravado na Constituição.

O caso certamente é polêmico, notadamente em face da multiplicidade de escândalos financeiros que envolveram o nome do empresário Naji Robert Nahas, especialmente na quebra de Bolsa de Valores do Rio de Janeiro em 1989<sup>7</sup> e da prisão dele, decorrente de operação da polícia federal, denominada “*Satiagraha*”, seguramente fatos notórios.

Ao que se pode observar, em razão dos “antecedentes” da parte do caso indigitado, ele já deveria restar condenado mesmo à revelia das provas colacionadas nos autos, dado que o arcabouço probatório capaz de ensejar tal desfecho do processo seria composto de “fatos notórios”, os quais não precisariam constar do feito. Em suma, uma exceção ou uma adaptação, eventualmente, do que disposto no artigo 5º, LIV, da Constituição, que garante o chamado princípio do devido processo legal.

Desse ponto, cumpre respondermos à seguinte pergunta: o princípio do devido processo legal (levando-se em conta sua definição como princípio e todas as implicações daí decorrentes)<sup>8</sup> e toda a historicidade carregada por ele, que certamente contempla o Estado Democrático de Direito que pretende ser garantido

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-27/senso-incomum-roxin-nao-sabe-nada-tj-sp-confirma-minha-tese>>. Acesso em: 07 fev. 2013.

<sup>5</sup> Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-19/fato-notorio-nao-prova-decide-tj-sp-bloquear-21-milhoes>>. Acesso em: 07 fev. 2013.

<sup>6</sup> Desembargador Erickson Gravazza Marques, da 5ª Câmara de Direito Privado do TJ.

<sup>7</sup> Fato do qual vale dizer que decorreram diversas ações judiciais em face de Naji Nahas, que acabou por ser absolvido em todas as acusações que lhe foram feitas.

<sup>8</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

pela Constituição, comporta esse tipo de norma decorrente da aplicação da prescrição normativa posta no artigo 334 do CPC?

Em um primeiro olhar, parece claro que a norma retirada do dispositivo em tela seria inconstitucional se se afirma que qualquer fato independe de prova por completo, ou seja, que a mera rotulação dele como notório não dependeria de qualquer digressão probatória para mostrar-se verdadeira, exatamente em razão do colapso que tal entendimento geraria no hodierno devido processo legal, dado que isso seria o mesmo que dizer que outro princípio, decorrente do devido processo legal, o da presunção de inocência, de nada valeria, uma vez que fatos que independem de prova decerto não são provas.

Não se faz necessário tratar de questões basilares de dogmática jurídica, como a supremacia da Constituição sobre as demais prescrições normativas que compõem o ordenamento, o que acaba por servir de fundamento primeiro para a existência do próprio controle de constitucionalidade dos atos normativos, ou seja, faz-se evidente que nenhuma prescrição normativa do CPC pode criar uma regra de exceção a nenhum dispositivo constitucional.

Diante disso, seria inconstitucional o artigo 334 do CPC?

Parece-nos que a resposta para tal afirmação apenas seria positiva se equiparássemos texto e norma<sup>9</sup>, de modo a “colar” os sentidos nas palavras, o que já superamos filosoficamente há algum tempo, com a segunda filosofia de Wittgenstein<sup>10</sup> e a superação do dualismo epistemológico-antropológico<sup>11</sup>, pelo que

<sup>9</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 27-81.

<sup>10</sup> ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002. p. 131-132: “Com o 2º Wittgenstein acontece a reviravolta linguístico-pragmática da filosofia contemporânea. A introdução da concepção de jogos de linguagem foi fundamental para explicitar e compreender a reviravolta na filosofia. Wittgenstein desistiu da possibilidade de construir uma linguagem matemática, ideal, perfeita, abstraída da realidade. Sua obra *Investigações filosóficas (=IF)* constitui uma crítica fundamental ‘ao ideal de uma ‘linguagem lógica’ e na verdade com isso abala toda a pressuposição nominalística da crítica da linguagem’. Renunciou ao conhecimento objetificador da filosofia. Wittgenstein chegou a essa posição nova e significativa de sua filosofia tardia em contraposição ao *Tractatus*. Em oposição à sistematicidade, idealidade, abstração que caracterizavam a maior parte da filosofia da linguagem anterior, o 2º Wittgenstein enfatizou a pragmaticidade, ‘a situação na qual o homem *usa a linguagem*’, decorrendo disso a necessidade de observá-la em seus diferentes usos, em seus diferentes jogos de linguagem.”

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 134-135: “O dualismo caracterizou-se na concepção de linguagem como fenômeno complexo de dupla dimensão: a realidade física produzida por atos corpóreos deve ser, para se tornar linguagem humana, acompanhada por certos atos espirituais, processos internos (manifestações linguísticas do dualismo corpo-espírito). Somente por meio da transformação efetuada por esses atos espirituais as palavras têm, propriamente, significação. Isso é, portanto, o dualismo entre sentido e produção de sons. A toda expressão acústica pertence um mecanismo interior, espiritual. (...) A compreensão depende da situação histórica em que a grasse é usada e não do ato intencional de querer significar. O compreender,

o sentido já não mais pode ser atribuído de forma independente de um contexto fático e que com Heidegger avança para o conceito de historicidade<sup>12</sup>.

Ora, se assim não fosse, sequer poderíamos conceber o instituto da interpretação conforme ou da nulidade parcial sem redução de texto!

Diante dessa inescapável historicidade que afeta o mundo<sup>13</sup>, não parece possível afirmar que é franqueado determinar em um caso concreto que um fato notório seja assim rotulado e por isso independa de prova em razão da “vontade” do julgador ou do intérprete autêntico kelseniano<sup>14</sup>, exatamente em razão de toda a “histórica” busca da teoria do Estado<sup>15</sup> e da teoria do direito<sup>16</sup>, ao menos desde o século XVIII, para afastar o domínio do homem sobre o homem, de modo que um não tenha de submeter-se ao outro apenas em razão do maior poder<sup>17</sup> coercitivo

---

como veremos depois, é um elemento de uma forma de vida, na qual se está inserido em virtude do contexto social-histórico. Por fim, não posso arbitrariamente decidir significar com uma palavra algo, sem que jamais essa palavra tenha sido utilizada para isso. O que decide realmente sobre o sentido de uma palavra é seu uso real. Mesmo que as pessoas adotassem a palavra escolhida por mim para significar algo, isso não bastaria se elas, de fato, não a usassem. Não há atos autônomos, isto é, totalmente desvinculados dos contextos de sentido.”

<sup>12</sup> INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger*. Tradução de Luísa Buarque de Holanda. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 84: “Ser ‘histórico’, no sentido de Heidegger, é uma condição de ser tanto histórico quanto não histórico em sentido usual. A historicidade de Dasein depende de seu acontecimento ou ‘historicização’, o modo peculiar pelo qual ele se estende entre seu nascimento e sua morte. Uma montanha ou um cachorro possuem um passado que afeta sua condição presente. Mas Dasein ‘é o seu passado’, atuando como atua na visão tácita de seu passado. Não cumprio promessas, não me arrependo de meus pecados ou voto no meu partido nas eleições por causa do efeito causal que possui sobre mim aquilo que fiz ou sofri no passado ou meramente para me assegurar de certos resultados desejáveis. Eu o faço em vista de minha coerência e integridade como uma pessoa que possui duração, com um passado e um futuro.”

<sup>13</sup> “O mundo é introduzido por meio do *umwelt* familiar, e o ser-no-mundo mantém um tom de familiaridade, de saber seu próprio caminho no mundo. As coisas se entrelaçam, formando um mundo unificado pela significação: os instrumentos que usamos referem-se a outros instrumentos, que juntos formam um local de trabalho, por sua vez referido ao mundo mais amplo além do local de trabalho. O martelo do artesão refere-se aos seus pregos, à madeira e ao couro, e ao banco no qual ele trabalha; além do local de trabalho estão seus clientes, as vacas que fornecem o couro, a floresta que fornece a madeira, e desta forma expandem-se indefinidamente círculos da familiaridade cada vez mais remota.” *Ibid.*, p. 120.

<sup>14</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 387-397.

<sup>15</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997; BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012; VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de ireito*. Tradução de Agassiz de Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

<sup>16</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica (e)m crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007; STRECK, Lenio Luiz. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007; STRECK, Lenio Luiz. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>17</sup> GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia do poder*. 4. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.

deste. Em suma, não parece que se tenha lutado ao longo de todos esses séculos para entregar o poder a um novo tirano: o judiciário e os agentes estatais que ocupam o poder decisório em suas fileiras e mais altos escalões, especialmente no Brasil, conforme já nos alertaram Raymundo Faoro<sup>18</sup> e Sérgio Buarque de Holanda<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001. p. 60-67: “A realidade do Estado patrimonial, afastada a situação feudal, que ensejaria uma confederação política, amadureceu num quadro administrativo, de caráter precocemente ministerial. A direção dos negócios da Coroa exigia o trato da empresa econômica, definida em direção ao mar, requeria um grupo de conselheiros e executores, ao lado do rei, sob a incontestável supremacia do soberano. (...) Para isso, o Estado se aparelha, grau a grau, sempre que a necessidade sugere, com a organização político-administrativa, juridicamente pensada e escrita, racionalizada e sistematizada pelos juristas. Esta corporação de poder se estrutura numa comunidade: o estamento. Para a compreensão do fenômeno, observe-se, desde logo, que a ordem social, ao se afirmar nas classes, estamentos e castas, compreende uma distribuição de poder, em sentido amplo – a imposição de uma vontade sobre a conduta alheia. (...) O estamento político – de que aqui se cogita, abandonado o estamento profissional, por alheio ao assunto – constitui sempre uma comunidade, embora amorfa: os seus membros pensam e agem conscientes de pertencer a um mesmo grupo, a um círculo elevado, qualificado para o exercício do poder. (...) Ao contrário da classe, o estamento não vinga a igualdade das pessoas – o estamento é, na realidade, um grupo de membros cuja elevação se calca na desigualdade social. À abertura das classes, para as quais basta a dotação de meios econômicos ou de habilitações profissionais para integrá-las, opõe-se a tendência à exclusão dos recém-vindos, dos *parvenus*, não raro aceitos na camada senão depois de mais de uma geração. A entrada no estamento depende de qualidades que se impõem, que se cunham na personalidade, estilizando-lhe o perfil. (...) O estamento supõe distância social e se esforça pela conquista de vantagens materiais e espirituais exclusivas. As convenções, e não a ordem legal, determinam as sanções para desqualificação estamental, bem como asseguram privilégios materiais e de maneiras. O fechamento da comunidade leva à apropriação de oportunidades econômicas, que desembocam, no ponto extremo, nos monopólios de atividades lucrativas e de cargos públicos. (...) Significa esta realidade – o Estado patrimonial de estamento – que a forma de domínio, ao contrário da dinâmica da sociedade de classes, se projeta de cima para baixo. Todas as camadas, os artesãos e os jornalheiros, os lavradores e os senhores de terras, os comerciantes e os armadores, orientam suas atividades dentro das raia permitidas, respeitam os campos subtraídos ao controle superior, submetem-se a regras convencionalmente fixadas. Junto ao rei, livremente recrutada, uma comunidade – patronato, parceria, oligarquia, como que a denomine a censura pública – manda, governa, dirige, orienta, determinando, não apenas formalmente, o curso da economia e as expressões da sociedade, sociedade tolhida, impedida amordaçada. (...) Há, com a emergência do fenômeno, um tipo de Estado que não se confunde com o Estado absoluto, bem como um tipo de comunidade dirigente do grupo de funcionários. As duas realidades, absolutismo e funcionalismo, estão em germe no Estado patrimonial de estamento, sem com elas se identificar.”

<sup>19</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 146: “Para o funcionário ‘patrimonial’, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. (...) No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impositiva.”



Diante desse pontual<sup>20</sup> atuar do judiciário, completamente avesso às premissas do Estado Democrático de Direito que deveria defender, configura-se uma patente crise institucional que acaba por minar/predar<sup>21</sup> a normatividade da Constituição e a efetividade do direito, como um todo, a qual buscamos desvelar e desconstruir por meio da Nova Crítica do Direito, como meio de quebrantamento de tal tradição inautêntica, eminentemente fundada na não superação da filosofia da consciência e do paradigma do sujeito transcendental kantiano, que impossibilita alcançar um Estado Democrático de Direito, especialmente no Brasil.

## A NOVA CRÍTICA DO DIREITO COMO POSSIBILIDADE EMANCIPATÓRIA DA TRADIÇÃO INAUTÊNTICA

A Nova Crítica do Direito é fundada na viragem linguística e no rompimento com o paradigma da filosofia da consciência<sup>22</sup>.

Assim, a discussão sobre a hermenêutica jurídica, de incidência específica sobre o atuar cotidiano dos operadores do direito, o que Lenio Streck chama de *modo-de-fazer-Direito-cotidianamente*, passa a forjar-se na ideia da possibilidade de atingimento da *ratio essendi* da lei, a correta *mens legis*. Portanto, em face do velamento produzido pela tradição inautêntica que serve de impedimento para o acontecer da Constituição, faz-se presente o surgimento da hermenêutica de ruptura que ora se evidencia, a qual, necessariamente, passa pelo rompimento da objetificação gerada pela filosofia da consciência e das concepções metafísico-essencialistas-ontológicas<sup>23-24</sup>.

Tal superação proporcionará a retirada da linguagem como se uma terceira coisa fosse, de modo a não mais se interpor entre o sujeito e o objeto e caracterizar uma barreira que dificulta a realização do conhecimento humano acerca das coisas, de como estas são em si mesmas<sup>25</sup>.

O corte que se busca dar inicia-se por Wittgenstein, a partir da obra *Investigações Filosóficas*. Wittgenstein, ladeado por Heidegger, passa a ser um dos maiores críticos da filosofia da consciência. Para tanto, parte da ideia da inexistência de mundo em si, ou seja, apartado da linguagem, de modo que somente se tem o mundo na linguagem<sup>26</sup>. Assim, como já antecipado, a linguagem deixa

<sup>20</sup> O qual, conforme já asseverado anteriormente, apenas utilizamos para frisar a constante conduta que privilegia a discricionariedade judicial como forma de fazer “justiça”, rejeitando-se a normatividade do direito.

<sup>21</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 212.

<sup>22</sup> STRECK, 2009. p. 169.

<sup>23</sup> Concepções de uma determinada realidade que se apresenta ao sujeito como definitiva, do mundo como ele é, do mundo em si mesmo, do mundo formado por essência.

<sup>24</sup> STRECK, 2009, p. 163.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 164.

<sup>26</sup> De modo que todas as coisas e as entidades manifestam-se em seu ser apenas na linguagem, e não por meio dela, o que também promove grande aproximação de WITTGENSTEIN a HEIDEGGER.

sua função instrumental de comunicação do conhecimento e passa a ser real condição de possibilidade da constituição do conhecimento. Desse modo, faz-se pertinente a afirmação de que uma das principais fontes de erro na filosofia é o isolamento de expressões do contexto em que, e do qual, elas emergem<sup>27</sup>.

Desse modo, a linguagem se converte em ponto de partida e centro de toda reflexão. Tal se assenta em cinco premissas colocadas por Carlos Nieto Blanco<sup>28</sup> e asseveradas por Lenio Streck<sup>29</sup>:

A primeira delas aponta que o conhecimento ocorre na linguagem, ou seja, que necessariamente todo discurso científico possui a linguagem como característica comum com todos os demais. Todos possuem natureza linguística. Na segunda, Blanco aponta que é na linguagem que ocorre o surgimento do mundo, com o que busca apontar que é na linguagem que o mundo se desvela. Não é que o mundo se encontre atrás da linguagem, mas, sim, que está na linguagem própria, de modo que apenas ocorre conjuntamente com ela, como um só. A terceira das premissas é a de que é na linguagem que o sujeito *surge-aparece-ocorre*<sup>30</sup>, dado que, assim como o mundo, à sua identidade, vez que a ele pertencente, o sujeito apenas se mostra por meio da linguagem. O quarto ponto é o de que é na linguagem própria que ocorre a ação. Com isso, busca-se asseverar que, além da vocação representativa, declarativa ou constativa, a linguagem também possui a vocação realizativa. Esta conecta a linguagem com a prática e vice-versa. Por fim, coloca-se que é na própria linguagem que se dá, que ocorre, o sentido, o que apenas se verifica em razão do componente significativo que a linguagem possui para a comunidade de usuários, que sem ela não funciona. Com isso, aponta Streck que a linguagem é capaz de criar novos mundos ao abrir novos caminhos de sentido, visto que nomear e adjetivar é criar<sup>31</sup>.

Com o mencionado *supra*, a hermenêutica passa a ser a incômoda verdade que se assenta em não caracterizar-se como empírica ou absoluta, como se pretendia na metafísica, de modo a se estabelecer dentro das condições humanas do discurso e da linguagem. Trata-se da consagração da finitude<sup>32</sup>, ao contrário da metafísica, a qual era sua negação<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> STRECK, 2009, p. 170-171.

<sup>28</sup> BLANCO, Carlos Nieto. *La conciencia lingüística de la filosofía*. Madrid: Trotta, 1997. p. 271.

<sup>29</sup> STRECK, 2009, p. 177.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>31</sup> BLANCO, *op. cit.*, p. 271; STRECK, 2009, p. 177-178.

<sup>32</sup> INWOOD, 2002, p. 71-73: “Em Ser e Tempo, ‘finitude’, *Endlichkeit*, refere-se invariavelmente e de maneira mais ou menos explícita, à morte, sendo, pois, finitude temporal. (...) A filosofia é uma expressão de nossa finitude, uma tentativa de nos familiarizar em um mundo que não criamos e que não compreendemos inteiramente, e a própria filosofia é finita: ‘todo filosofar, sendo uma atividade humana, é incompleto, finito e restrito. (...) O ‘ser’ é finito em três sentidos: (a) Ele requer outras coisas (Deus, etc.) para revelar-se em uma civilização. (b) Nenhuma revelação do ser revela tudo que há; há sempre mais do que qualquer civilização descobre. (desta forma a finitude do ser refuta qualquer ‘idealismo’). (c) Toda civilização tem um começo e um fim.”

<sup>33</sup> STRECK, 2009, p. 178-179.

Assim, a viragem linguística do pensamento filosófico de que se fala se centrará especificamente na tese de que é:

(...) impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é o momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre uma infraestrutura linguística<sup>34</sup>.

Portanto, conforme o observado, o acesso a algo nunca é direto e objetificante, mas se dá, sim, pela mediação do significado e do sentido, ou seja, não se tem acesso aos objetos como são, mas sempre a partir de determinado ponto de vista<sup>35</sup>.

Tal apenas resta possibilitado em razão da diferença ontológica<sup>36</sup> heideggeriana, viabilizada pelo novo conceito de ser trazido pelo filósofo, que, exatamente por ser operativo-pragmático, torna possível a afirmação de que toda a Metafísica pensou o ente quando em verdade referia-se ao ser.

Esse é o primeiro ponto do “método” fenomenológico-hermenêutico heideggeriano: a redução. Por meio da redução, desloca-se o olhar do ente em direção ao ser, de uma forma que tudo aquilo que permanece oculto no que se mostra passa a manifestar-se<sup>37</sup>.

Para tanto, deve-se conceber a linguagem como totalidade, de modo a entender que não há mundo sem mediação do significado e de que não há um sujeito cognoscente apreendendo um objeto por meio da linguagem<sup>38</sup>. O sujeito e o objeto apenas se dão e são possíveis na linguagem, a qual em hipótese alguma é mero instrumento<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2006. p. 13.

<sup>35</sup> OLIVEIRA, 2008, p. 39: “Para o filósofo (Heidegger), o conceito de ser não é algo que se possa manipular como um objeto, tampouco descrevê-lo teoricamente como se faz com um ente. *Ser*, em Heidegger, é um *conceito operativo* o que implica dizer: sempre que lidamos com algo ou pensamos sobre algo, já aconteceu o ser. Esse ser sempre acontece num horizonte de sentido, que jamais chegará a integralizar-se e que não pode ser alcançado em sua plenitude. Ou seja, o ser não representa uma simples *realidade*, mas sempre está ligado a uma determinada *possibilidade*.  
<sup>36</sup> Id: “Nisto consiste a diferença ontológica: o ente só é – e portanto só pode ser percebido pelo ser-aí – no seu ser. Não há ser sem ente, porém o ente não pode ser compreendido fora do ser.”  
<sup>37</sup> Ibid.  
<sup>38</sup> ROHDEN, 2002, p. 225: “Foi com Heidegger que Gadamer aprendeu a ler a definição aristotélica ‘o homem é o ser vivo dotado de *logos*’ não como ‘o ente vivo que possui razão’ (animal *rationalis*), mas ‘o ente que possui linguagem’. O *logos* enquanto linguagem não pode mais ser concebido instrumentalmente.”

<sup>39</sup> OLIVEIRA, 2008, p. 232-233: “A compreensão, e esta é a tese central de Gadamer, não é a transposição para o mundo interior do autor e uma recriação de suas vivências, mas um entender-se a respeito da ‘coisa’. Ora, a linguagem é o meio no qual se efetiva o entendimento entre os parceiros sobre a coisa em questão. Toda compreensão é interpretação, e toda interpretação se desenvolve no seio da linguagem, que quer deixar o objeto vir à palavra e, ao mesmo tempo, é a linguagem própria ao intérprete. Assim, o problema hermenêutico se revela como um caso especial da relação entre o pensamento e linguagem. Toda compreensão se faz no seio da linguagem, e isso nada mais é do que a concretização da consciência da influência da história. Há, assim, uma relação essencial para Gadamer entre compreensão e linguagem.”

Acerca da centralidade da linguagem no existir humano, cumpre citar passagem de Luiz Rohden que sintetiza a questão:

Pensamento e linguagem, ação e linguagem estão sempre coimplicados e interdependentes. A linguagem constitui o “verdadeiro centro do existir humano se contemplada na perspectiva de que só a preenche o âmbito da convivência humana, o âmbito do entendimento, do consenso sempre maior, que é tão imprescindível para a vida humana como o ar que respiramos”. Enquanto ser que possui *logos*, o homem constitui-se e experiencia-se no modo de ser da linguagem; e por isso ela é irredutível à esfera do *apofântico*.

Nosso pensar e conhecer, nosso sentir e imaginar, nosso querer e desejar estão sempre impregnados pela compreensão linguística do mundo, e, “neste sentido, a linguagem é a verdadeira pegada de nossa finitude. Sempre nos ultrapassa. A consciência do indivíduo não é critério para medir seu ser” – ela não é apenas subjetividade que determina, solipsisticamente, o que é a linguagem. Esta sempre nos ultrapassa, p. ex., no sentido da palavra falada que visa, no encontro com o outro, a algo para além do dito: abre um horizonte de sentido não pré-pensável, indeterminado, que dá sempre o que pensar<sup>40</sup>.

134 Com isso, deveria sepultar-se a ideia do *cogito* cartesiano, o qual pertence à tradição metafísica, à relação sujeito-objeto, que dissimula o processo da desocultação do ser, de modo a transferir para o homem as características do absoluto divino. Trata-se do combate à tradição divina na qual se baseava o poder em franca influência no pensamento filosófico, conforme já asseverado anteriormente. É a negligência da diferença existente entre o sujeito e o objeto, com o intuito de *analisar a relação lógica que une dois objetos: o eu objetivado e o objeto conhecido subjetivamente. O conhecimento, com efeito, não se reduz à representação, ele é o reconhecimento de uma presença*<sup>41</sup>.

Com a viragem, supera-se a relação sujeito-objeto, pelo que se passa à relação sujeito-sujeito, o que não se verifica no caso ora posto em análise, ainda estanque nos moldes pré-*viragem* linguística.

No presente ponto, para que se arremate a ligeira digressão promovida, cumpre citar Streck, quando menciona que:

Então, como visto, para Heidegger, compreender não é um modo de conhecer, mas é um modo de ser, isto porque a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão (o homem já sempre compreende o ser)! A verdade não é uma questão de método. Será, sim, uma questão

<sup>40</sup> ROHDEN, 2002, p. 226.

<sup>41</sup> STRECK, 2009, p. 179-180.

relativa à manifestação do ser, para um ser cuja experiência consiste na compreensão do ser. Ser, verdade, vida e história são concebidos a partir da temporalidade absoluta, e não da temporalidade enquanto qualidade de um eu a-histórico e transcendental, próprios da metafísica<sup>42</sup>.

Verificado o lugar primordial ocupado pela linguagem no paradigma hermenêutico-filosófico em que se insere a Nova Crítica do Direito, uma vez assentado que tudo se dá na linguagem, e não pela linguagem, deve-se observar que o Direito também não foge da característica de ser um fenômeno linguístico<sup>43</sup>.

De tal modo, com base na matriz heideggeriana, pode-se apontar que a totalidade do processo de compreensão do ser, e, portanto, do sentido do mundo, encontra-se limitada por uma história do próprio ser, que, conseqüentemente, limita a compreensão. Com isso, Gadamer, “a partir da matriz ontológica heideggeriana<sup>44</sup>, eleva a linguagem ao mais alto patamar, em uma ontologia hermenêutica”, de modo a entender que, a partir disso, a linguagem é o determinante da compreensão, sendo o próprio projeto hermenêutico. “O existir já é um ato de compreender e um interpretar”<sup>45</sup>.

No caso objeto do presente estudo, há especificidade que reside no determinante de que a interpretação do texto normativo necessariamente depende de sua conformidade com um texto de validade anterior, no caso a Constituição<sup>46</sup>. Esta, na verdade, é condição de possibilidade hermenêutica do texto que (necessariamente) se lê à sua luz. Enfim, é do sentido que se tem de Constituição que dependerá o processo de interpretação das prescrições normativas do sistema<sup>47</sup>.

O sentido de Constituição mencionado depende, diretamente, de uma pré-compreensão<sup>48</sup> do sentido da Constituição, que já se encontra em face do processo de antecipação de sentido, numa copertença “faticidade-historicidade do intérprete e Constituição – texto infraconstitucional”. Nenhuma interpretação pode ser realizada ao arrepio da antecipação de sentido; trata-se de ausência de condição de possibilidade, o que, evidentemente, incide na interpretação dos textos jurídicos<sup>49</sup>.

---

<sup>42</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 177-178.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>44</sup> Compreensão da totalidade.

<sup>45</sup> STRECK, 2002, p. 179.

<sup>46</sup> Que não se trata de um dogma, mas de um paradigma baseado em fenômeno construído historicamente (tradição) como produto de um pacto constituinte, o qual é explicitação do contrato social.

<sup>47</sup> STRECK, 2002, p. 179.

<sup>48</sup> O que justifica diretamente a abordagem feita à exortação dos preconceitos e da tradição realizada pela razão cartesiana (cogito).

<sup>49</sup> STRECK, 2002, p. 179-180.

Portanto, em hipótese alguma se pode interpretar o texto por partes, ou seja, de modo a promover repetição das fases da hermenêutica clássica, em que primeiro se compreendia, depois se interpretava e, finalmente, aplicava-se o produto do procedimento anterior. Na ontologia da compreensão (compreensão da totalidade) da Nova Crítica do Direito, os três momentos mencionados se manifestam em apenas um, a *applicatio*. Este ocorre no movimento da circularidade da autocompreensão no interior da espiral hermenêutica, ou seja, no círculo hermenêutico.

Nesse ponto, o que se argumenta é que não é possível conhecer a totalidade (hermenêutica) da ideia de Direitos Fundamentais sem que haja o conhecimento de cada parte específica das prescrições que a ordenam. Da mesma forma, não se conhece o verdadeiro significado de cada uma das partes, se não vier a se conhecer a totalidade da ideia.

Trata-se de uma relação circular inescapável, cuja não verificação vicia por completo a “compreensão” a que se chegará<sup>50</sup>.

Isso é o que Gadamer chama de círculo da compreensão:

A regra hermenêutica, segundo a qual devemos compreender o todo a partir do singular e o singular a partir do todo, provém da retórica antiga e foi transferida, pela hermenêutica moderna, da arte de falar para a arte de compreender. Em ambos os casos, estamos às voltas com uma relação circular prévia. A antecipação de sentido, que comporta o todo, ganha uma compreensão explícita através do fato de as partes, determinadas pelo todo, determinarem por seu lado esse mesmo todo.

(...)

Dessa forma, o movimento da compreensão transcorre sempre do todo para parte e, desta, de volta para o todo. A tarefa é ampliar, em círculos concêntricos, a unidade do sentido compreendido. O critério que cada vez se há de empregar para constatar a justeza da compreensão é a concordância de todas as partes singulares com o todo. A falta dessa concordância significa o fracasso da compreensão<sup>51</sup>.

Para verificação das afirmações realizadas, especialmente a de que não se pode conhecer o significado das prescrições normativas, considerando-se cada

---

<sup>50</sup> HEIDEGGER, Martin. *Lógica: a pergunta pela essência da linguagem*. Tradução de Maria Adelaide Pacheco e Helga Hooek Quadrado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 76-77: “Deste modo estamos numa situação peculiar. Nós encontramos a linguagem apenas determinada a partir do ser do homem – e depois da essência do homem, por seu lado, determinada a partir da linguagem. Estamos aqui numa situação especial do movimento circular. Como havemos nós de sair fora do círculo? De modo nenhum! Não devemos sair, mas sim permanecer no círculo e pôr em acção este movimento em redemoinho. É característico do pensamento filosofante o mover-se num redemoinho que conduz a um abismo. A filosofia está sempre em um redemoinho, pelo contrário, na ciência o objecto está objetivamente presente [*Vorhanden*], nós estamos sempre num certo sentido diante dela, mas nunca chegamos assim a um questionamento filosófico.”

<sup>51</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. Tradução de Enio Paulo Giachini. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 72.

uma delas em apartado, se não vier a compreender-se o significado da ideia de Direitos Fundamentais, inicialmente se deve observar a diversidade entre normas (significado) e textos normativos (significante).

Para tal, vale observar que “o significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. Por isso dizemos que as disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem”<sup>52</sup>.

Assim, notória a incapacidade das leis<sup>53</sup> de manifestar-se concretamente por si sós. Num primeiro olhar, interpretar é esclarecer o sentido da norma, aclarar sua significação, sem o que resta impossibilitada a operacionalidade do direito. Em regra, o legislador faz uso de linguagem genérica e abstrata, enquanto a vida humana e as realidades sociais, sobre as quais a lei incidirá, são sempre particulares e concretas. Daí a necessidade de um específico exercício interpretativo, dentro de estritos e específicos limites, para cada caso que se apresenta.

Como cânone interpretativo, para que se possa chegar à ideia da compreensão do que sejam, individualmente, cada uma das prescrições normativas adstritas ao conceito de Direitos Fundamentais, inescusavelmente se deve conhecer, ter a pré-compreensão da ideia de Direitos Fundamentais. Esta apenas pode ser obtida por meio da historicidade implícita ao conceito, ou seja, de seu desenvolvimento histórico.

Em uma palavra final, “a compreensão e explicitação do ser já exigem uma compreensão anterior (pré-compreensão)”<sup>54</sup>.

A partir da verificação da influência dessa totalidade de experiências como determinantes da interpretação/compreensão, dizemos que a hermenêutica filosófica consubstancia um discurso indiretamente ontológico. Um discurso diretamente ontológico é um discurso diretamente conceitual, ou seja, mantém-se em uma referência unitária, fechada e pré-dada em relação aquilo de que trata. Já o discurso indiretamente ontológico, mesmo que ao fim e ao cabo acabe por ser “objeto” de inteligência conceitual, para que nesse ponto chegue, em uma posterior experiência unitária, coordena diversos tipos de referências diferentes, correspondentes às diversas experiências que pretende interpretar<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 27.

<sup>53</sup> Entendidas aqui como prescrição normativa, texto unicamente.

<sup>54</sup> STRECK, 2002, p. 179-180.

<sup>55</sup> ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*, p. 111-112: “A Ciência da Lógica hegeliana e a Ética espinoziana constituem uma ontologia forte porque – seguindo o modelo matemático – excluem no final a experiência, a liberdade e a contingência humana. Contudo, fraca e limitada é aquela forma de conhecer que absolutiza um jogo de linguagem e desvincula-o das demais perspectivas filosóficas. A hermenêutica filosófica, na verdade, por possuir pretensão de articular lógica e ontologia, historicidade e cientificidade, verdade e método, é que é, sob nosso ponto de vista, o pensamento autenticamente ‘forte’ dada sua amplitude e coerência entre ser e pensar.”

Com isso, torna-se possível e imperativo promover a de(s)mistificação das teses produzidas e do próprio senso/sentido comum teórico dos juristas, de modo a extirpar o odioso dogma de que o juiz primeiramente decide e apenas depois é que busca justificação (fundamentação) para tal, conforme claramente ocorreu no caso paradigmático abordado na presente digressão. Neste, o julgador claramente decidiu *ab initio* que determinada parte seria “culpada”<sup>56</sup> de delitos (sabe-se lá quais, dado que não explicitados!) outros e que em razão disso todo o arcabouço probatório constante dos autos não seria válido, devendo ser “aditivado” com os fatos notórios que ele bem entendesse e que acabaram valendo como uma metaprova, uma verdadeira capa de sentido que provê validade para a inautêntica e velada pré-compreensão do magistrado. Ao contrário disso, com a Nova Crítica do Direito e com o acontecer (desvelamento) da Constituição, o julgador não mais decide para apenas depois buscar fundamentos para tanto; o que faz é decidir apenas em razão de já ter encontrado fundamento fático jurídico, específico, para tanto<sup>57</sup>.

Desse modo, com base na circularidade, pode-se dizer que as condições de possibilidade para que um intérprete possa compreender um texto levam à necessidade de uma pré-compreensão, no caso da Constituição como totalidade, a qual pareceu ser completamente faltante no caso de que se fala<sup>58</sup>.

138 Portanto, para que se compreenda a totalidade do ordenamento, necessariamente deve-se pré-compreender a Constituição, para o que imperativo também pré-compreender a ideia e os ideais contidos em tal documento, de modo que se converta, ele próprio, na ideia que carrega. Apenas se pode compreender a Constituição e sua indissociável totalidade ao se compreender a tradição em que se encerra, a historicidade que lhe acompanha. Ou seja, indispensável pré-compreender ela mesma.

O que se chama de baixa constitucionalidade advém exatamente dos pré-juízos inautênticos, ou preconceitos inautênticos, os quais advêm da deficiente pré-compreensão da Constituição, exatamente pelo desconhecimento ou mesmo desprezo pela tradição e historicidade que lhe são inerentes. Daí cumpre ressaltar passagem de Streck, a qual sintetiza com clareza a ideia referida:

---

<sup>56</sup> Vocábulo que nos parece mais adequado do que “sucumbente”, uma vez que não se trata especificamente dos fatos atinentes a demanda a que se deveria ater, pois claramente em razão de sua pré-compreensão (inautêntica) completamente velada, ou seja, em momento algum explicitada nos autos, de que em razão de outras condutas (delituosas) exprimidas em situações completamente diversas da que se trata, o julgador efetivamente “condena” a parte por ser “culpada” de tais atos reprováveis (sabe-se lá se pelo direito ou, única e exclusivamente, pela consciência do magistrado).

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 180.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 181.



Desse modo, partindo da premissa de que hermenêutica é condição de ser no mundo, que hermenêutica é existência, e que o processo de interpretação tem como condição de possibilidade a compreensão, onde o sentido já vem antecipado pela pré-compreensão, a pergunta que se impõe é: como é possível olhar o novo (texto constitucional de 1988), se os nossos pré-juízos (pré-compreensão) estão dominados por uma compreensão inautêntica do Direito, onde, no campo do direito constitucional, pouca importância tem sido dada ao estudo da jurisdição constitucional<sup>59</sup>?

Enfim, deve-se observar que o problema da não realização da Constituição, o seu velamento, é advindo da ausência de (pré)compreensão dos juristas da própria Constituição, dada a pouca importância que se dá à historicidade envolvida em tal processo. O problema do cumprimento simbólico da exigência do artigo 93, IX, da Constituição, que no caso serviu de capa de sentido para uma inconstitucionalidade, finalmente fundamentada em leitura inconstitucional do que posto no artigo 334 do CPC, não é unicamente jurídico, mas primordial e preliminarmente filosófico<sup>60</sup>.

No caso, conforme muito bem definiu Heidegger em seu curso de Lógica proferido em 1934 na Universidade de Friburgo, nesse caso a linguagem posta no ordenamento, mais especificamente nas prescrições constantes do código de processo civil, é tratada como se fossem vocábulos soltos em um dicionário, apenas ordenados por uma lógica racional de inteligível ordenação, com vistas a facilitar o atingimento do que se busca. Extirpa-se toda a historicidade e o contexto inerentes a cada uma das prescrições, as quais são tratadas como mero amontoado de regramentos postos à disposição dos “operadores” do direito, especialmente dos julgadores, para que estes possam utilizá-las para justificar suas decisões “justas” da melhor forma possível. Como posto por Heidegger, este tipo de leitura pode ser comparada à transformação de um cemitério em um ossário, onde os restos mortais e os ossos dos que já estiveram em um túmulo específico acabam por ser todos empilhados, misturados e estratificados na busca de manifestar toda a ruína que isso representa<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Id.

<sup>60</sup> Ibid., p. 186: O jurista fala o Direito e do Direito a partir desses pré-juízos, enfim, de sua pré-compreensão. Falará, enfim, de sua situação hermenêutica (o conceito de situação se caracteriza porque alguém não se encontra frente a ela e portanto não pode ter um saber objetivo dela; se está nela, este alguém se encontra sempre em uma situação cuja iluminação é uma tarefa que não pode ser desenvolvida por inteiro); dito de outro modo, quando o operador do Direito fala do Direito ou sobre o Direito, fala a partir do seu “desde-já-sempre”, o já-sempre-sabido sobre o Direito, enfim, como o Direito sempre-tem-sido (é como ele “é” e tem sido estudado nas faculdades, reproduzido nos manuais e aplicado cotidianamente). O mundo jurídico é, assim, pré-dado (e predado!) por esse sentido comum teórico, que é, assim, o véu do ser autêntico do Direito!

<sup>61</sup> HEIDEGGER, Martin. *Lógica: a pergunta pela essência da linguagem*, p. 65-66.

Em face do não acontecer da Constituição, de seu não desvelamento, não se identifica muitos dos direitos fundamentais implícitos, dentre eles o direito fundamental à obtenção de respostas corretas, conforme assevera Streck<sup>62</sup>.

Sendo simbólicas e inautênticas, conforme a apresentada no caso ora sob análise, as fundamentações em momento algum contemplam o que prevê a Constituição em sua totalidade hermenêutica indissociável, o que se dá pela atribuição de sentido *in abstracto*. Tal é o que permite a possibilidade de existência, ou admissão, de múltiplas respostas a cada uma das questões, visto que basta haver um “fundamento” prévio, pronto e acabado, passível de “aplicação”, para que reste viabilizada a possibilidade de admissão de mais de uma resposta para um caso específico<sup>63</sup>.

Negar a possibilidade de que possa existir (sempre) – para cada caso – uma resposta conformada à Constituição – portanto, uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico (porque é impossível cindir o ato interpretativo do ato aplicativo) – pode significar a admissão de discricionariedades interpretativas, o que se mostra antiético ao caráter não relativista da hermenêutica filosófica e ao próprio paradigma do novo constitucionalismo principiológico introduzido pelo Estado Democrático de Direito, incompatível com a existência de múltiplas respostas<sup>64</sup>.

140

Desse modo, observa-se que é possível, sim, a verificação de uma única interpretação correta, constitucional, e, portanto, autêntica, e de todas as outras incorretas, e, portanto, inautênticas. A busca de respostas corretas, funda-se na superação das práticas subsuntivas<sup>65</sup> e do dedutivismo. A resposta correta nada mais é do que a “resposta hermenêuticamente adequada à Constituição”<sup>66</sup>.

Nesse momento, importante entender a diferença, mas não cisão, entre texto e norma. Texto e norma não podem ser compreendidos isoladamente um do outro. Caso contrário, seria tarefa do intérprete “extrair um sentido oculto do texto”, prática completamente inautêntica, solipsista e decisionista, que

---

<sup>62</sup> STRECK, Lenio Luiz. A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 273-313, 2008.

<sup>63</sup> Id.

<sup>64</sup> Id.

<sup>65</sup> Visto que a legislação, com base na qual se realiza a “subsunção dos fatos à norma (sic)”, sempre restará impossibilitada de prever todas as hipóteses de aplicação, dada a impossibilidade de aprisionamento da faticidade pelo texto. É a finitude humana se manifestando sobre a obra humana (o texto), como não poderia deixar de ocorrer.

<sup>66</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 327.

pertence à relação sujeito-objeto. Para o entendimento do que se fala, importante retomar a noção de círculo hermenêutico para se observar que texto apenas será compreendido na sua norma, ao passo que a norma apenas poderá ser compreendida a partir de seu texto. Ou seja, a faticidade de um não existe sem a do outro. Texto é fato e fato é texto<sup>67</sup>.

Desse raciocínio é que surge a impossibilidade de sentido, como se este pudesse ser deveras arrancado dos textos. Os sentidos apenas são passíveis de atribuição, a partir da faticidade em que se encontra inserido o intérprete. O contrário seria negar a própria finitude do ser<sup>68</sup>.

Tendo em vista que não se interpreta para apenas depois compreender, mas, sim, compreende-se para interpretar, de modo que esta última nada mais é do que a explicitação do compreendido, clara a ocorrência de uma, e apenas uma, resposta correta, em consonância com a Constituição, e tudo que esse conceito implica<sup>69</sup>.

De tal modo, conforme assevera Streck, “há, pois, uma umbilical relação entre a exigência de fundamentação e o direito fundamental que cada cidadão tem a uma resposta correta (adequada à Constituição)”<sup>70</sup>.

## O SENTIMENTO CONSTITUCIONAL COMO MEIO DE SUPERAÇÃO DA BAIXA CONSTITUCIONALIDADE E POSSIBILITADOR DO ACONTECER (DESVELAMENTO) DA CONSTITUIÇÃO

141

Ao se afastar a tradição e a historicidade de que resta carregada a Constituição, muitas vezes se perde completamente a origem das construções teóricas que sustentam suas previsões, de quais embates cada uma delas derivou, enfim que tipo de conquista cada uma delas representa. Não se fala na historicidade de 1988 até o presente momento, mas, sim, na tradição que possibilitou as bases em que, hodiernamente, e desde 1988, se apoia a Constituição da República. Mais ainda, deve-se ter em mente a inteireza da tradição que possibilita sua existência como documento fundamental, verdadeira pedra angular de todo o edifício jurídico.

Com a perda da tradição, o texto constitucional sofre influências das mais variadas, de modo a permitir a nefasta ascensão do que Streck<sup>71</sup>, diretamente

<sup>67</sup> Ibid., p. 336-338.

<sup>68</sup> Id.: “Isso significa poder afirmar que o texto sempre já traz ‘em si’ um compromisso – que é a pré-compreensão que antecipa esse ‘em si’ – e que é o elemento regulador de qualquer enunciado que façamos a partir daquele texto.”

<sup>69</sup> STRECK, Lenio Luiz. A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 273-313, 2008.

<sup>70</sup> Ibid., p. 363.

<sup>71</sup> Ibid., p. 65.

inspirado em Warat<sup>72</sup>, chama de *communis opinio doctorum*<sup>73</sup>. Ou seja, a manifestação de indivíduos teoricamente autorizados para se pronunciar acerca do Direito, sem importar seu embasamento teórico, de modo a levar-se em conta apenas a autoridade que lhes credencia. Assim, não apenas a Constituição, mas todo o ordenamento, será sempre o que essa “força desconhecida” quiser que seja. Mais claramente: será o que o Judiciário quiser que seja, dado que este pode utilizar-se do que a *communis opinio doctorum* produz<sup>74</sup> do modo que melhor entender, ou ele mesmo produzir tais verdades.

Em suma, com base em uma autoridade simbólica, acaba-se podendo sustentar qualquer posição sem que esta seja considerada absurda, ou, pior, em contrariedade ao direito fundamental à obtenção de respostas corretas.

Dado o tratamento do Direito apenas com base em postulados, dogmas sem fundamentação científica, ou seja, sem observância do *locus* interpretativo de toda juridicidade, constituído pelos limites hermenêuticos postos pela historicidade em que resta envolto o texto constitucional, não se verá a equivocidade e a inconstitucionalidade em que resta envolvida a rasa dogmática hodierna.

Com o estirpamento da tradição e a exaltação da tecnicidade, acaba-se por, deveras, substituir a autoridade democrática e teoricamente fundada, que deveria legitimar a atuação do judiciário, por uma autoridade meramente hierárquica, quase pertencente a um atuar monárquico. “Esquece-se” que o próprio poder que detém o judiciário hodiernamente é uma direta derivação de conquistas revolucionárias e democráticas, que fazem com que seu atuar seja apenas mais uma forma de garantia de tais triunfos, dos direitos conquistados a duras penas, não podendo atuar em desfavor destas em hipótese alguma, conforme verificamos no caso posto em pauta, pois a função da justiça não é proceder da forma que o julgador entende justa, mas, sim, cumprir o que posto no ordenamento, mesmo que a contragosto de convicções políticas e pessoais do magistrado responsável.

<sup>72</sup> WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I*. Porto Alegre: Fabris, 1994. p. 57.

<sup>73</sup> O senso/sentido comum teórico acaba por “coisificar” o mundo, de modo a compensar as lacunas da ciência jurídica, e, no caso, de sua prática também. Neste sentido, importante observar a definição de Leonel Severo Rocha: “Refere-se à produção, à circulação e à ‘consumação’ das verdades nas diversas práticas de enunciação e de escritura do Direito, designando o conjunto das representações, crenças e ficções que influenciam, despercebidamente, os operadores do Direito. Traduz-se em uma ‘paralinguagem’, situada depois dos significantes e dos sistemas de significação dominantes, que ele serve de forma sutil, para estabelecer a ‘realidade’ jurídica dominante. É o local dos ‘segredos’.” ROCHA, Leonel Severo. *Sens commun théorique dès juristes*. In: *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. André-Jean Arnaud (Org.). Paris: LGDJ-UNB, 1990, p. 372 e segs apud Id.

<sup>74</sup> O que pode ser qualquer coisa. Ou seja, basta o fundamento vazio da autoridade, sem exposição da legitimidade de qualquer fundamento científico que a suporte, para que o argumento utilizado se torne legítimo. Em suma, não há limites hermenêuticos! Se a *communis opinio doctorum* disser que a partir de hoje o céu é roxo, assim o será, e não se tenha dúvida de que todos os manuais o irão repetir como jurisprudência dominante, de modo a condicionar o dogma nas mentes da grande maioria dos estudantes de graduação!

Com esse tipo de prática encobre-se o que Verdú denomina “sentimento constitucional”<sup>75</sup>, que parece ser uma possibilidade teórica de desvelamento da Constituição como meio de rompimento com as tradições inautênticas que ora reinam no imaginário dos juristas<sup>76</sup>, a qual, mesmo calcada em uma visão ainda fundada na filosofia da consciência, é de especial valia, pois fundada em uma visão histórica da Constituição que acaba por resgatar as fundações históricas de seus institutos, muito antes destas serem jurídico-teóricas e, muitas vezes, amorfas.

Para que se tenha uma devida pré-compreensão do sentimento constitucional, deve-se voltar para a historicidade decorrente do desenvolvimento do movimento constitucional.

Não se tem dúvida de que a tarefa da dogmática é eminentemente “cientificizar” as relações humanas regidas pelo direito, com base nas normatizações positivadas, o que se realiza por meio da construção de institutos jurídicos, com vistas à sua materialização na vida dos indivíduos que possuem sua conduta regrada pela mencionada positivação.

No entanto, para que a tarefa eminentemente científica da dogmática não se torne contrária e prejudicial à realização dos próprios anseios para os quais foi criada, não se pode descuidar de seus objetivos iniciais.

As construções dogmático-conceituais, em sua integralidade, advêm de anseios humanos, todos eles emocionais, ou seja, advindos de um sentir emotivo e completamente subjetivo. Este é o momento do sentir jurídico, que Verdú aponta que “abrirá caminho à medida que toda estimativa jurídica, antes de ser fundada em argumentos racionais, passe a ser sentida e vivida. É quando aparece um aspecto emotivo que entra em choque com o excesso de construções conceituais”<sup>77</sup>.

É a paixão envolvida no sentimento de justo/injusto que move as alterações nos fundamentos da juridicidade e a criação de novos instrumentos jurídicos, visando a satisfação dos anseios de justiça que lhes são contemporâneos. Tal se verifica eminentemente no âmbito do direito constitucional, em que a luta (política) por mudanças se acha inescusavelmente impulsionada por paixões, o que se dá, minimamente, desde o século XVIII. “Com efeito, a luta pela Constituição frente o Antigo Regime, a confrontação absolutismo/liberalismo, conservadorismo liberal/liberalismo radical, o surgimento do socialismo, foram

<sup>75</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política*. Tradução de Agassiz de Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

<sup>76</sup> E que, principalmente nesta nova “classe” dos “operadores” do direito, cada vez menos entendem de direito e mais de um saber meramente técnico-instrumental que ceifa todas as conquistas de que falamos, apresentando-as sem qualquer “cor, gosto ou cheiro”, ou seja, postas apenas como um postulado, sem qualquer tipo de raiz, que acaba por ser facilmente passível de manipulação de seus sentidos.

<sup>77</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política*, p. 3.

combates apaixonados e intensamente vividos”<sup>78</sup>, os quais foram conformadores de novos ordenamentos, teorias e práticas dogmáticas.

Veja que todo o sentimento de que se fala resta compreendido e “portado” pela tradição, de modo que quando esta resta olvidada se perde todo o fundamento da ordem jurídico-constitucional. Nesse momento começa o reinado do senso comum teórico, apoiado apenas em categorias conceituais abstratas que muitas vezes militam em completo desfavor dos objetivos fundamentais do ordenamento. À identidade do que se fala, esta também é a constatação de Verdú:

Ainda assim, a doutrina contemporânea praticamente não presta atenção ao sentimento constitucional, de modo que o fato de estar vigente um ordenamento constitucional e de este ser compreendido, explicado e aplicado mediante categorias conceituais da lógica jurídica parece bastar: o ordenamento constitucional pensa, logo existe (pensa e é pensado, refletido por seus intérpretes lógicos, e com isso basta). De outro modo, para quem suscita a conexão desse pensar constitucional inspirado em sequências lógico-matemáticas com a sua efetividade e, sobretudo, com a adesão dos cidadãos, da sociedade civil, a questão aparece assim: a Constituição é sentida, logo existe<sup>79</sup>.

Importante frisar que em hipótese alguma se intenta fundar e pensar o ordenamento em um reducionismo sentimental, especificamente da Constituição, mas não se pode deixar de ter em mente os ideais e anseios do movimento revolucionário<sup>80</sup> que a erigiram e que simbolizam o movimento constitucional e o Estado Democrático de Direito.

---

<sup>78</sup> Id.

<sup>79</sup> Ibid., p. 4.

<sup>80</sup> ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução*. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 162: “Se os homens que, dois dos lados do Atlântico, estavam preparados para a revolução tinham alguma coisa em comum antes dos acontecimentos que iriam determinar suas vidas, moldar suas convicções e por fim separá-los era um interesse apaixonado pela liberdade pública entendida basicamente na formulação de Montesquieu ou de Burke, e provavelmente esse interesse, já naquela época, no século do mercantilismo e de um absolutismo inegavelmente muito progressista, era algo bastante ultrapassado. Além disso, não tinham propensão alguma para a revolução, mas, como colocou John Adams, foram ‘chamados de modo inesperado e compelidos sem disposição prévia’; como atesta Tocqueville em relação a França, ‘a própria ideia de uma revolução violenta não tinha espaço no espírito [deles]; não era discutida porque nem era concebida’. No entanto, seu depoimento contraria Adams, ao dizer que ‘a revolução foi efetuada antes que a guerra começasse’, não por causa de qualquer disposição especificamente rebelde ou revolucionária, mas porque os habitantes das colônias tinham se ‘unido por lei em corporações ou corpos políticos’, e tinham ‘o direito de se reunir (...) na sede de seus municípios, para deliberar sobre os assuntos políticos’; foi ‘nessas assembleias de municípios ou distritos que se formaram em primeiro lugar os sentimentos do povo’. E contrastando com o comentário de Tocqueville destaca-se sua insistência sobre ‘o gosto’ ou ‘a paixão pela liberdade pública’, que encontrou por toda França antes de estourar a revolução, de fato predominando no espírito de indivíduos que não tinham nenhuma ideia da revolução e nenhum presságio do papel que iriam desempenhar.”

Como forma de tornar mais palpável a ideia que se busca plantar basta atentar para o exemplo da Constituição inglesa, a qual perdura há séculos a fio entre a razão e a paixão, entre a racionalidade e o sentimento constitucional<sup>81</sup>.

O sentimento jurídico<sup>82</sup> se faz perceber ao atuar diante da convicção, dos indivíduos aos quais a normatização é direcionada, de que esta é consonante a seu sentimento de justiça e conveniência<sup>83</sup>. Veja-se, nesse caso, não apenas as normatizações traduzidas como prescrições normativas textuais (pretensamente abstratas), mas eminentemente em face das normas jurídicas advindas dos textos e das normas de decisão utilizadas em cada caso específico que passa pelo crivo do Poder Judiciário.

Ao fim e ao cabo, é graças ao sentimento jurídico-constitucional que a efetividade do ordenamento (textual) possui o condão de penetrar e concretizar suas normas no seio da sociedade<sup>84</sup>.

Algumas das principais objeções produzidas pela dogmática racionalista ortodoxa ao sentimento constitucional são as seguintes: a) o sentimento constitucional não seria objeto de estudo do direito, mas, sim, da psicologia social, sociologia e/ou ciência política, de modo a não coadunar com a necessária técnica inerente ao estudo jurídico; b) a consideração dada ao sentimento jurídico-constitucional levaria ao desprivilegio do princípio da segurança jurídica, o qual, pretensamente, estaria diretamente ligado à técnica racionalista; c) por fim, o sentimento jurídico-constitucional seria um ente *fantasmagórico*, dado que foge à técnica racionalista e, por isso, não pode ser levado em conta pelos juristas<sup>85</sup>.

Em face das considerações colocadas por Verdú, como objeções à incidência do sentimento jurídico-constitucional, ponto que deve ser ressaltado que é comum a todos os apontamentos é a prevalência, para não dizer unidimensional consideração, da visão técnico-racional do ordenamento. Isso, por si só, já é imprudente, para não dizer completamente equivocado, especialmente em face de todos os argumentos e apontamentos realizados ao longo do presente texto.

Olvida-se a tradição de que surge o texto normativo, do qual se busca ter uma visão racionalista, que acaba por ser nada mais do que uma visão reducionista e extremamente limitada<sup>86</sup>.

<sup>81</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política*, p. 5.

<sup>82</sup> Do qual, com a Constituição como pedra angular de todo o ordenamento, deriva e é derivado do Sentimento Constitucional.

<sup>83</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política*, p. 5.

<sup>84</sup> Id.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>86</sup> Acerca do tema, há imperdível passagem de Henri Robert ao narrar o julgamento de Camille Desmoulins, quando faz referência ao “culto da razão”, estabelecido em Paris, à época dos acontecimentos: “Ao mesmo tempo, eram abolidos todos os cultos antigos, e estabelecia-se oficialmente, em Paris, o culto da Razão, talvez porque fosse o momento em que poderia

Ao se verificar as premissas incidentes sobre cada um dos pontuais momentos críticos que se noticia, as quais por si sós as invalidam, cumpre realizar análise pontual de cada uma delas, de modo a verificar seu comprometimento científico.

Em relação ao primeiro dos apontamentos críticos, verifica-se desdobramento da danosa parcialidade de que padecem genericamente todos os colacionados, ou seja, a ignorância da complementaridade que se verifica entre as disciplinas científicas mencionadas como destinadas ao estudo do sentimento jurídico-constitucional, em detrimento do campo científico-jurídico. Em uma palavra: ignora-se a indissociabilidade do todo.

Acerca do segundo argumento crítico, imperativo ressaltar que este fala em não contemplação da segurança jurídica racionalista, sob um ponto de vista fundado na dogmática posta, esta diretamente derivada do senso/sentido comum teórico. Sob esse prisma, rechaçar-se-á a segurança jurídica fundada na Constituição, de modo a deixar de lado a justiça social que esta propugna, absolutizando a segurança formal-conservadora, impedindo, assim, o acontecer da Constituição, dado que suprime a tradição que é inerente ao documento. Do modo como pretende a crítica realizada, a Constituição poderá ser o que a dogmática tradicionalista disser que ela é e acaba por franquear leituras completamente inconstitucionais, como a que ressaltamos para todo este desenrolar teórico<sup>87</sup>.

---

parecer, exatamente, que mais longe ela ia sendo deixada. Foi uma curiosa cerimônia! Notre-Dame tornou-se o templo da Razão, por toda parte o busto de Marat substituiu o crucifixo. E, no 20 brumário, a primeira festa da Razão foi celebrada com grande pompa. Uma jovem mulher representava a deusa da Razão. Foi escolhida sedutora, sem dúvida para tornar a Razão mais amável. Era a esposa do impressor Momoro, um dos revolucionários mais encarniçados. Vestida de branco, com um manto azul celeste flutuando sobre os ombros, cabelos soltos, com o barrete da liberdade, sentada numa cadeira envolta em hera, ela era carregada por quatro cidadãos. A deusa era seguida por um cortejo de moças, trajando vestidos cândidos e coroadas de rosas. Depois vinham o busto de Marat, os músicos e todas as seções de Paris em armas. O procurador-geral Chaumette pronunciou um discurso, com jeito de sermão, cujo início será suficiente para que possais apreciar seu teor: ‘Cidadãos’, ele dizia, ‘o fanatismo cedeu lugar a Razão.’ Depois disso – e era, manifestamente, a decisão mais razoável –, ele deu um caloroso abraço na bela deusa.” ROBERT, Henri. *Grandes julgamentos da história*. Tradução por Monica Stahel. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 113-114.

<sup>87</sup> STRECK, 2002, p. 831-832: “A constituição não é o que o Supremo Tribunal diz que é, como acredita certa teoria jurídica. É verdade que o Supremo Tribunal diz a última palavra sobre o sentido da Constituição. Entretanto, o STF somente o faz em face de uma intersubjetividade logística que se instaura na sociedade. O Supremo Tribunal, ao atribuir sentido a um texto, não faz a partir da subjetividade de cada um dos julgadores, ou seja, a partir do cogito de cada um dos ministros. Há uma situação hermenêutica em que cada um está inserido. Cada um falará a partir de seu modo de ser no mundo, de sua faticidade, de sua historicidade. Há todo um conjunto de pré-juízos que conformam a pré-compreensão do intérprete. É do interior dessa tradição que o jurista falará, devendo suspender seus zelosos pré-juízos, para realizar uma fusão de horizontes. Por isso, a Constituição não é (e hermenêuticamente não pode ser) o que o supremo Tribunal disser que ela é. A Constituição é um todo constituído pela tradição jurídica. Ocorre que, em sendo a tradição dominada por pré-juízos inautênticos, o resultado que exurgirá certamente não será aquele que aponta para uma otimização do texto compromissário e dirigente da Constituição de 1988.”



Por fim, a terceira locução crítica, à identidade do equívoco genérico que também incide de forma direta sobre a primeira pontuação contrária ao sentimento jurídico-constitucional, parte da crença de que o direito é realizado por meio de pura análise técnica do domínio das normas, completamente carente de influências históricas. Desse modo, não há limites hermenêuticos.

Diante do que resta posto, não há dúvidas acerca da dificuldade que se impõe para uma normatividade, seja ela qual for, de efetivar-se unicamente ao fazer uso de seu viés lógico, dado que, muitas vezes, tal abordagem faz com que se olvidem os fundamentos que originaram a redação posta.

O caso trazido à balha é paradigmaticamente exemplificativo, especialmente na leitura que promove acerca da Constituição, a qual é vista sob seu viés lógico-racional, ou seja, a partir de uma interpretação fragmentária e ausente da tradição inerente ao texto. Por ser vista e “praticada” sob tal viés é que não se verifica o real “acontecer” da Constituição, mais especificamente o que resta exprimido em seu preâmbulo e seus artigos 1º e 3º. Não se vê os reais objetivos da Constituição, fundamento do ordenamento pátrio, efetivados pelos meios pseudoefetivados, os quais ela mesma prevê.

Ademais, conforme aponta Verdú, até para um dois maiores expoentes do racionalismo, que foi Jean Jacques Rousseau, a força da razão apenas é passível de propagação por meio da imaginação e do sentimento:

J.J. Rousseau, em seus *Discours sur l'origine de l'inégalité*, afirma que o Direito natural repousa nos sentimentos inatos do coração humano. No campo ético-jurídico, adota, como veremos, uma posição que o aproxima dos sentimentalistas escoceses, na medida em que aceita o sentido comum como critério de verdade e da moral. Rousseau – como escreve Solari – tem importância porque “conseguiu impor suas doutrinas aos estudiosos e aos homens de Estado com a força da razão, conseguiu difundir-las entre o povo com a força invencível da imaginação e do sentimento”. Para Rousseau, não bastam a evidência e a afirmação puramente racional, pois a verdade, antes de ser conhecida mediante a inteligência, é intuição sentimental. Rousseau “opunha a origem e a natureza emotiva da justiça, da lei e do Direito da natureza à doutrina intelectualista geralmente sustentada pelos iusnaturalistas”. Não há preceito jurídico que possa justificar-se, segundo Rousseau, desde um ponto de vista puramente racional. Não há, por exemplo motivo racional no fato de outros observarem os preceitos da justiça, quando os da injustiça poderiam trazer-lhes maiores vantagens. Só a força de um sentimento expansivo pode fazer sentir como nossas as dores alheias, pode projetar o homem acima de si mesmo, identificá-lo com seu semelhante, conduzi-lo ao esquecimento de seu próprio eu e ao sacrifício definitivo<sup>88</sup>.

<sup>88</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política*, p. 18-19.

Na esteira de ataque ao formalismo ortodoxo também segue Rudolf von Ihering, especificamente quando coloca que historicamente o direito sempre foi resultado de lutas. Ou seja, engajamentos humanos em busca de conquistas diante do *status quo*:

O fim do direito é a paz, o meio de que se serve para consegui-lo é a luta. Enquanto o direito estiver sujeito às ameaças da injustiça – e isso perdurará enquanto o mundo for mundo –, ele não poderá prescindir da luta. A vida do direito é a luta: lutas dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos. Todos os direitos da humanidade foram conquistados pela luta; seus princípios mais importantes tiveram de enfrentar ataques daqueles que a eles se opunham. (...) O direito não é uma simples ideia, é uma força viva<sup>89</sup>.

Em vista das manifestações contrárias à ortodoxia racionalista, as quais se estendem ao fundamentalismo emocional, não se pode negar a incidência do viés ideológico e psicológico do direito como real condição de possibilidade para eclosão da racionalidade jurídica moderna, que perdura até os dias atuais, mesmo que a partir de uma leitura incompleta, visto que carente de historicidade.

Dado o teor da descrição que Verdú realiza em sua obra e os fundamentos que utiliza para tanto, é possível pontuar que o “sentimento jurídico supõe a implicação com o ordenamento jurídico e com a ideia de justiça que o inspira e ilumina. Sentir juridicamente é implicar-se com o Direito vigente, com o todo ou com parte dele, dando-lhe apoio”<sup>90</sup>.

Diante de tal definição, não se pode negar a necessária historicidade e tradição envolvidas no conceito de sentimento jurídico, o qual se torna sentimento constitucional no momento em que passa a fazer referência ao “afeto” mantido pela ordem fundamental da convivência humana regulada juridicamente, a Constituição. “Desse modo, o sentimento jurídico aparece como afeto mais ou menos intenso pelo justo equitativo na convivência. Quando tal afeto versa sobre a ordem fundamental daquela convivência, temos o sentimento constitucional”<sup>91</sup>.

Se não houver o conhecimento acerca da história que permitiu que viesse a se erigir o ordenamento, e das lutas implícitas nela, evidentemente não se poderá ter apreço ou despreço por ele, quiçá pelo seu fundamento: a Constituição<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 27.

<sup>90</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política*, p. 53.

<sup>91</sup> Id.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 61: “O Direito positivo também depende de um âmbito cultural, científico e das relações sociais de que brota. (...) O conteúdo do *Rechtsgefühl*, como representação emocional de um ideal jurídico, está essencialmente determinado pela concepção histórica”.

Desse modo, não será possível que o sentimento constitucional desenvolva sua função preventiva<sup>93</sup> acerca da violação da Constituição conforme historicamente erigida, dado que tal momento resta velado pela nefasta influência do senso/sentido comum teórico.

Entretanto, pode-se dizer que o velamento, que, inclusive, impede o acontecimento do sentimento constitucional, advém, verdadeiramente, do que Verdú denomina “ressentimento jurídico”. Especifica tal manifestação quando aponta que “o ressentimento jurídico é próprio de povos que se rendem, que ruminam sua própria insatisfação, esgotando sua sensibilidade. O desencanto, o derrotismo, o pessimismo são fases prévias desse tipo de ressentimento, seus aliados naturais”<sup>94</sup>.

Em suma, é a própria descrença dos cidadãos em suas conquistas advindas das lutas que aponta Ihering, as quais restam expressas na Constituição, que gera a inefetividade do texto que consagrou. O qual, verdadeiramente, funciona como uma “carta de boas intenções”.

Entretanto, mesmo diante do resultado da atividade do hodierno ressentimento, pode-se dizer que a recorrente incidência dele ao longo de um interregno temporal considerável pode, por si só, gerar nova ruptura, a qual não necessita invariavelmente atingir o texto constitucional ora positivado, de forma a apenas influir no modo de confecção das normas e regras de decisão advindas do texto. Afinal, a normatização positivada, aparentemente, ampara os mais emergentes anseios dos cidadãos, pelo que se afigura legítima, de modo que o que lhes frustra e gera o ressentimento jurídico do qual se fala é a não concretização dos resultados que prometia a Constituição.

É o efeito do que Streck denomina “as promessas da modernidade não cumpridas”<sup>95</sup>, ou seja, todas as que restam positivadas no texto da Constituição, tida como documento concretizador das utopias do direito positivo<sup>96</sup>, mas que não se encontram ao alcance das massas, apenas das elites.

A ruptura no agir do Judiciário de que acima se fala, a ruptura com a tradição inautêntica como meio de desvelamento constitucional, deverá eclodir exatamente em razão da falta de cumprimento do que promete o texto constitucional, ou seja, do ressentimento causado pelo agir do Judiciário, o qual, jamais se pode olvidar, é formado por cidadãos brasileiros.

Após realizada tal digressão, a indagação que remanesce é se tal ressentimento não é o próprio gerador de uma decisão tão inconstitucional como

---

<sup>93</sup> Ibid., p. 66: “Cumpre também uma função preventiva, na medida em que impede ou obstaculiza que se chegue a violar o Direito”.

<sup>94</sup> Ibid., p. 62.

<sup>95</sup> STRECK, 2009, p. 21-30.

<sup>96</sup> STRECK, 2002, p. 95-106.

aquela à qual nos referimos, que acaba por desconSIDERAR todas as conquistas históricas da Constituição, uma vez que extraordinariamente atinge um integrante dos “incluídos”, visto quase como um inimigo simbólico<sup>97</sup> da sociedade, portador de todos os males da desigualdade reinante no Brasil e que agora seria punido pelo judiciário.

Ora, o grande problema desse relativismo, no qual “até as pedras sabem” (mas seu depoimento não consta dos autos!), é a preterição das conquistas constitucionais, as quais, exatamente em derivação da desigualdade reinante e da política estamental<sup>98</sup> reinante no Brasil, muito mais atingirão ao excluídos do que aos incluídos, ou seja, para um caso como o que narramos, muito provavelmente haverá outros quinhentos em que o esquecimento das premissas constitucionais atingirá o brasileiro “comum”.

Como insiste Streck<sup>99</sup>, a literatura, carregada de tradição, ensina-nos isso de forma privilegiada. Para o caso, calha muitíssimo bem *O nome da rosa*, em que Umberto Eco trata em um pequeno trecho dos efeitos de toda a problemática que apresentamos, no qual Bernardo de Gui (o inquisidor-mor) contesta afirmações de desconhecimento da natureza dos fatos delituosos noticiados e conseqüente inocência, proferidas por Remigio de Varagine (um dos acusados do assassinato em julgamento), como se elas fossem comprovações de sua incriminação:

“A minh'alma é inocente e não sei o que vós pretendeis quando falais em deprecação herética”, disse cautamente o celeireiro.

“Estais vendo?” exclamou Bernardo voltando-se para os outros juizes. “Todos iguais! Quando um deles é detido, apresenta-se em juízo como se sua consciência estivesse tranquila e sem reforços. E não sabem que esse é o sinal mais evidente de sua culpa, porque o justo, no processo, se apresenta inquieto! Perguntai-lhe se conhece a causa porque eu ordenei a sua detenção. Tu a conheces, Remigio?”

“Senhor”, respondeu o celeireiro, “ficaria contente de sabê-la por vossa boca”.

“Eis”, exclamava no entanto Bernardo, “a típica resposta do herege impertinente! Percorrem sendas de raposas e é muito difícil pegá-los em falta porque a comunidade deles admite o seu direito a mentir para evitar a devida punição”<sup>100</sup>.

<sup>97</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>98</sup> FAORO, 2001.

<sup>99</sup> STRECK, Lenio Luiz; BONATTO, Tatiana. “O Senhor das Moscas” e o fim da inocência. In: COPETTI NETO, Alfredo; GUBERT, Roberta Magalhães; TRINDADE, André Karam (Org.). *Direito & literatura: ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 113-124.

<sup>100</sup> ECO, Umberto. *O nome da rosa*. Rio de Janeiro: Record, 2009. p. 438.

É exatamente o mesmo “mecanismo” nominalista utilizado no caso de Nahas e que destrói por completo o Estado Democrático de Direito, especialmente por representar apenas mais uma forma de iludir a grande massa de excluídos e justificar toda a opressão que sofrem (e que já nem sabem mais que sofrem, afinal um problema deixa de ser problemático quando sabe-se que é um problema<sup>101</sup>).

## BALANÇO FINAL

À guisa de conclusão, cumpre ressaltar que, mesmo com uma Constituição repleta de Direitos Fundamentais, os intérpretes prosseguem na busca de “desvelar” os valores “escondidos” no texto, inclusive de prescrições normativas infraconstitucionais, retirando normas inautênticas que viabilizam sua atuação discricionária e, obviamente, contrária à igualdade e ao Estado Democrático de Direito.

Esse protagonismo coloca em cheque a autonomia do direito, tornando-o cada vez mais vulnerável a influxos externos e danosos às garantias promovidas em favor da coletividade e em detrimento do indivíduo.

Com o caso destacado, dado que a específica ameaça pairou sobre os direitos do indivíduo em face de um pretenso clamor da coletividade, evidencia-se a não realização de qualquer controle de constitucionalidade na produção da norma de decisão que foi desenvolvida, única e exclusivamente, com base na vontade do intérprete autêntico, a qual sobrepujou a da maioria, devidamente fixada na Constituição.

Mesmo ao se buscar atender a uma maioria eventual, quando se busca realizar a justiça com fundamento nas próprias convicções, utilizando a lei como mera permissão para tanto, como um texto ferramental, que pode ser preenchido de sentido ao alvedrio do “operador”, estar-se-á em verdade comprometendo as garantias coletivas insertas nela e privilegiando o domínio de um sobre os demais.

<sup>101</sup> STRECK, 2009, p. 291-293: “em linguagem heideggeriana, a clareira é o aberto para tudo que se apresenta e ausenta. É o clarear da clareira que institui a possibilidade de a floresta manifestar-se ‘como’ floresta. (...) A clareira é essa região na claridade da qual pode aparecer tudo o que é. A clareira é essa abertura para a claridade, essa ‘região livre’, desbastada, um terreno tornado livre, enfim, um espaço desbravado, liberto de suas árvores, que pode, agora, receber e reenviar a luz. A clareira é o espaço que possibilita (rá) olhar em volta. A clareira vem a ser, nesse sentido, a condição de possibilidade da própria floresta. Estabelecer uma clareira no Direito; des-ocultar (novos) caminhos; des-cobrir as sendas (perdidas) de há muito encobertas pelo sentido comum teórico dos juristas (modo cotidiano e inautêntico de fazer-interpretar o Direito), que oculta (vela) a possibilidade de o jurista dizer o novo. (...) Assim, é de fundamental importância compreender que a clareira só pode ser porque existe a floresta que a circunscreve, que a abriga e oculta todas as coisas em seu seio. Entretanto, e paradoxalmente, a floresta também necessita da luz da clareira para que todas as coisas do seu interior possam ser iluminadas e granar presença. Por isso, diz Heidegger, ‘a clareira não é apenas clareira da presença, mas clareira da presença que se oculta’.”

Portanto, abraçar-se em discricionariedades, mesmo que justificadas de forma pretensamente “científica”, é o mesmo que abandonar as garantias fundamentais em favor de uma volta ao domínio do homem sobre o homem. Para isso, basta desconsiderar a tradição e dizer que até mesmo “as pedras sabem” do fato de que se “necessita” para obter o resultado pretendido com determinada demanda judicial.

## REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *Sobre a revolução*. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- BLANCO, Carlos Nieto. *La conciencia lingüística de la filosofía*. Madrid: Trotta, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. Tradução de Enio Paulo Giachini. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- 152 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia do poder*. 4. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HEIDEGGER, Martin. *Lógica: a pergunta pela essência da linguagem*. Tradução de Maria Adelaide Pacheco e Helga Hooek Quadrado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução por Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger*. Tradução de Luísa Buarque de Holanda. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2006.
- ROBERT, Henri. *Grandes julgamentos da história*. Tradução por Monica Stahel. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

- ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. v. 1, n. 6, p. 273-313, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz; BONATTO, Tatiana. “O Senhor das Moscas” e o fim da inocência. In: COPETTI NETO, Alfredo; GUBERT, Roberta Magalhães; TRINDADE, André Karam. (Org.). *Direito & literatura: ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 113-124.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política*. Tradução de Agassiz de Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

