

A Baixa Constitucionalidade como Obstáculo ao Acesso à Justiça em *Terrae Brasilis*¹

Low Constitutionality as an Obstacle to Accessing Justice in *Terrae Brasilis*

Lenio Luiz Streck

Universidade do Vale do Rio dos Sinos – São Leopoldo, RS, Brasil

Resumo: O presente artigo traz a análise da baixa constitucionalidade brasileira e de como esse fenômeno tem sido fator preponderante para a inefetividade da Constituição e para o não estabelecimento efetivo de um Estado Democrático de Direito, apontando para os mecanismos de acesso à justiça, como o controle difuso e a garantia contra a baixa constitucionalidade. Analisa ainda a necessidade de que haja um órgão de controle concentrado fora da tensão entre os poderes e a substancialidade constitucional, questões indispensáveis para a superação das crises paradigmáticas do e no Direito.

Palavras-chave: baixa constitucionalidade; acesso à Justiça; Estado Democrático de Direito.

Abstract: This paper brings an analysis about low Brazilian constitutionality and how this phenomenon has been the preponderant factor for the ineffectiveness of the Constitution and for noneffective establishment of *Rechtsstaat* (Democratic State of Law), pointing to mechanisms of access to justice, for example diffuse control, as assurance against low constitutionality. This paper analyzes the necessity of organ of control centered outside the tension between the powers and the constitutional substantiality, indispensable questions for overcoming paradigmatic crisis of and in the Law.

Keywords: low constitutionality; accessing Justice; Democratic State of Law.

1 O Que é Isto – a Baixa Constitucionalidade?

De há muito se detectou um fenômeno em *terrae brasilis*, decorrente, dentre outros aspectos, de uma compreensão do novo com os olhos do passado. Com o advento da Constituição de 1988, o que se viu foi uma

¹ Recebido em: 11/6/2014

Revisado em: 25/8/2014

Aprovado em: 8/9/2014

ode ao novel texto constitucional. Contudo, de um modo geral, tanto a teoria do direito quanto as práticas judiciárias não esta(va)m preparadas para as diversas rupturas paradigmáticas por ela estabelecidas.

Com efeito, a crise que fustiga o Direito – que, sem dúvida, causa (ou deveria causar) um mal-estar na comunidade jurídica preocupada com o Direito como fator de transformação social – restou obnubilada por um imaginário dogmático refém de um sentido comum teórico² que acaba por ofuscar o sentido da Constituição (compreendida no seu papel constituidor, dirigente e compromissário). (WARAT, 1994)

Esse senso comum sustenta(va) que vigência é “igual” à validade e que texto é “igual” à norma,³ como se um texto carregasse consigo um sentido próprio, em si (imane), e que restasse ao intérprete a singela

² Warat (1994), além de cunhar a expressão senso comum teórico dos juristas, foi quem melhor trabalhou a relação dos juristas – inseridos numa espécie de “corpus de representações” – com a dogmática jurídica e a lei em suas práticas cotidianas. Desde seus primeiros escritos, Warat desvelou as máscaras do “óbvio”, mostrando/denunciando, no âmbito da teoria do direito, que as “obviedades, certezas e verdades” transmitidas pela dogmática jurídica não passam de construções retórico-ideológicas. Não que todo o discurso dogmático-jurídico seja ideológico, mas parcela considerável o é, na medida em que se constitui em um espaço simbólico de “retaliações discursivas”, “justificações ad hoc” e “neossofismizações”, na medida em que o jurista, quando convém, ignora qualquer possibilidade de as palavras terem DNA. Como isso funciona? Renunciando ao prazer de pensar. Renunciando à reflexão. Delegando para uma espécie de “monastério do saber” a “tarefa” de atribuir sentidos. Com Warat, é possível afirmar que, para atingir esse desiderato, a dogmática jurídica elabora um conceito de ideologia muito próprio, que Warat tão bem chamou de “uma forma de paixão que pressupõe a renúncia ao prazer de pensar”, isto é, o prazer de sentir que se pode enfrentar a realidade com respostas imprevisíveis pela construção de um campo simbólico assumido como objeto de necessidade. Eis aí o terreno em que se forja o senso comum teórico. A aposta na renúncia do prazer de pensar.

³ É por isto que não se pode falar, de forma simplista, em “textos jurídicos”. O texto não existe em si mesmo. O texto — que só é na sua norma — só se complementa no ato interpretativo. O texto como texto é inacessível, e isto é incontornável! O texto não segura, por si mesmo, a interpretação que lhe será dada. Do texto sairá, sempre, uma norma. Assim, concordo com Friedrich Muller quando diz que a norma é sempre o produto da interpretação de um texto e que a norma não está contida no texto. Mas isso não pode significar que haja uma separação (ou “independência”) entre ambos (texto e norma). Com efeito — e permito-me insistir neste ponto —, do mesmo como não há equivalência entre texto e norma (e entre vigência e validade), estes não subsistem

tarefa de extrair esse sentido (aquilo que Gadamer critica como sendo o instrumental da hermenêutica clássica: *Auslegung*) (GADAMER, 1990). Ou, em direção contrária, uma aposta em um intérprete que atribui sem amarras os sentidos jurídicos.

Ademais, convive-se de há muito com normas inconstitucionais, sem que a jurisdição constitucional tenha sido acionada para a devida filtragem hermenêutico-constitucional. Mais do que isso, muitas vezes, a Constituição é interpretada de acordo com os Códigos ou de acordo com as súmulas.

Essa “baixa constitucionalidade” tem sido fator preponderante para a inefetividade da Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A falta de uma pré-compreensão (*Vorverständnis*) – no sentido hermenêutico da palavra – acerca da revolução copernicana pela qual passou o constitucionalismo contemporâneo engendrou uma tradição inautêntica⁴ acerca do valor representado pela Constituição (GADAMER, 1990). O acontecer da Constituição não foi tornado visível porque, no prévio desvelamento – que é condição de possibilidade deste-tornar-visível impregnado pelo senso comum teórico – não foram criadas as condições propiciadoras da abertura necessária e suficiente para a manifestação do sentido da Constituição e de seus desdobramentos jurídico-políticos como a igualdade, a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza,

separados um do outro, em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica.

⁴ Explicitar o compreendido quer dizer que a compreensão ocorre em um nível estruturante (razão hermenêutica), em que o sentido se dá de forma antecipada, em face dos nossos inelutáveis pré-juízos (autênticos ou inautênticos) acerca dos entes intramundanos. Pré-juízos autênticos evitam prejuízos na atribuição de sentido. São os *pré-juízos não percebidos que, no seu domínio, tornam-nos surdos para a coisa de que nos fala a tradição*, como bem explica Gadamer. Pré-juízos falsos/inautênticos devem ser desmascarados, anulando-se a sua validade, uma vez que, *enquanto continuam a nos dominar não os conhecemos e nem os repensamos como juízo*. Daí a contundente assertiva de Gadamer, alertando para o fato de que *não será possível desvelar um pré-juízo enquanto ele agir continuada e subrepticamente*, sem que saibamos, mas, sim, somente quando ele for, por assim dizer, suscitado. E essa suscitação somente ocorre no encontro com a tradição.

a função social da propriedade, o direito à saúde, o respeito aos direitos humanos fundamentais etc.

Para romper com essa tradição inautêntica, no interior da qual os textos jurídicos constitucionais não são hierarquizados e eficazes, reputo necessário, antes de tudo, **pensar** o sentido da Constituição a partir de uma Teoria da Constituição adequada às especificidades de um país periférico como o Brasil, interligando-a com a Teoria do Estado, problemática que busco enfrentar na obra *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*⁵ (STRECK, 2013). Mais do que isso, trata-se de compreender que a especificidade do campo jurídico implica, necessariamente, entendê-lo como mecanismo prático que provoca (e pode provocar) mudanças na realidade. Direito é ciência prática, aplicativa. E no topo do ordenamento está a Constituição. Essa Lei Maior deve ser entendida como algo que constitui a sociedade, isto é, é preciso entender que a constituição do país é a sua Constituição.

Por isso, no Estado Democrático de Direito, a justiça constitucional assume um lugar de destaque. A toda evidência, esse papel reservado à jurisdição constitucional deve ser compreendido no contexto da nova feição assumida pelo direito no paradigma do Estado Democrático de Direito. Com efeito, o direito pós-segunda guerra mundial assume novos contornos e um elevado grau de autonomia. Trata-se de um “direito novado”, incorporando as “promessas incumpridas da modernidade”. Por isso, tem razão Habermas (1997) quando fala da cooriginariedade entre direito e moral, circunstância que no mínimo impede que o direito, produzido democraticamente, seja corrigido por algo contingencial como a moral.

Assim, o direito deve ser compreendido a partir desse grau de autonomia. Não se pode mais falar na separação entre direito e moral. Permite-se insistir: a moral não corrige o direito. Direito não é moral. Direito

⁵ Essa questão assume extrema relevância na discussão do papel da Constituição em países de modernidade tardia como o Brasil e naquilo que até hoje se tem entendido como dirigismo constitucional, suas condições e suas possibilidades. Observe-se, desde logo, que não é possível falar, hoje, de uma teoria geral da Constituição. A Constituição (e cada Constituição) depende de sua identidade nacional, das especificidades de cada Estado Nacional e de sua inserção no cenário internacional. Desse modo, não é possível falar em “um constitucionalismo”, e, sim, em vários constitucionalismos.

não é sociologia. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador. Ou seja, ele possui, sim, elementos (fortes) decorrentes de análises sociológicas, morais, etc. Só que estas, depois que o direito está posto – nesta nova perspectiva (paradigma do Estado Democrático de Direito) – não podem vir a corrigi-lo.

Portanto, já não se trata mais de falar de uma dicotomia “Estado-Sociedade”. Esse novo paradigma eleva as conquistas democráticas ao patamar do direito. Por isso as Constituições são normativas. Daí a força vinculante do texto constitucional. Uma lei só é válida se estiver em conformidade com a Constituição.

A autonomia do Direito – entendida como aquela exurgente do Constitucionalismo Contemporâneo – pode se constituir em importante modo de resistir àquilo que tem sido visto como inexorável, isto é, a perda do papel das Constituições em face do novo perfil mundial trazido pela globalização, eficientismo (Análise Econômica do Direito), etc. Por isso, faz-se coro com Bonavides (1996), para quem a Constituição governante, vinculante e programática não é arcaísmo do pensamento político, mas sim, diretriz e argumento de conservação do pálido Estado de Direito que ainda resguarda – na medida do possível – a ordem e a liberdade nos Estados da periferia. Como Carta prospectiva, a Constituição acena para o futuro e é, como não poderia deixar de ser, garantia formal, ou pelo menos promessa, da construção de um Estado social livre, justo e independente.

2 Os Mecanismos de Acesso à Justiça: o controle difuso como garantia contra a baixa constitucionalidade

O texto constitucional de 1988 colocou à disposição do cidadão vários mecanismos de acesso à justiça e, especialmente, à jurisdição constitucional. Com fundamento no controle difuso de constitucionalidade – que vigora no Brasil desde a Constituição Republicana de 1891 – qual-

quer cidadão pode suscitar, como questão prejudicial ou como fundamento jurídico no curso de qualquer ação judicial, a discussão acerca da constitucionalidade de uma lei (federal, estadual ou municipal), podendo, via recurso extraordinário, levar a questão para o Supremo Tribunal Federal.

Ao lado desse importante mecanismo de acesso à jurisdição constitucional, o constituinte de 1988 introduziu o mandado de injunção, que é (ou deveria ser) um dos mais importantes instrumentos para viabilizar o cumprimento dos direitos sonogados pelo Estado, questão que deflui do sentido que pode ser atribuído ao dispositivo constante no inciso LXXI do artigo 5º. Trata(va)-se de uma espécie de garantia contra a inércia do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Nenhum outro mecanismo previsto na Constituição tinha – formalmente – a força do *mandamus* injuntivo, pela singela razão de que autorizava o Poder Judiciário a elaborar, no caso concreto, a norma cuja falta obstaculizava o direito fundamental sonogado.

Outro instituto de relevância, inserido na Constituição para viabilizar o acesso direto do cidadão ao Supremo Tribunal, é a ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, §1º), que, em total omissão inconstitucional, permaneceu sem regulamentação durante longos onze anos. Tal ineficácia temporária pode ser compreendida como um paradoxo, à semelhança do que ocorreu com o mandado de injunção, isto é, dois institutos criados para dar vida à Constituição ficaram relegados a um plano secundário, em total desrespeito às diretrizes fixadas pelo processo constituinte.

Importa referir que a ADPF – regulamentada pela Lei n. 9.882/99 – não encontra similitude *stricto sensu* no direito comparado. Muito embora isso seja possível dizer que a ADPF apresenta-se como um *plus* em relação ao modelo tradicional de controle de constitucionalidade adotado no Brasil (controle misto), porque representa a possibilidade de submeter ao Supremo Tribunal, de forma direta, as violações de preceitos fundamentais.

Recentemente o controle difuso de constitucionalidade sofreu um duro golpe, decorrente de decisão do Supremo Tribunal Federal esvaziando o conteúdo do artigo 52, X, da Constituição. Na Reclamação Cons-

titucional n. 4.335-5/AC⁶ de 2006, o STF desenvolveu, partindo principalmente dos votos dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, a ideia da abstrativização do sistema difuso de controle de constitucionalidade. Em poucas palavras, isso consistiria no fato de não mais caber ao Senado

⁶ A Reclamação n. 4335 foi impetrada pela Defensoria Pública da União questionando a decisão da Vara de Execuções Penais de Rio Branco/AC que negava a dez condenados por crimes hediondos o direito à progressão de regime prisional, mesmo já tendo o STF considerado inconstitucional a lei que proibia esta possibilidade. Isso aconteceu no julgamento do HC 82.959, em que plenário decidiu derrubar o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.072/90, que proibia a progressão. Não obstante, o juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco continuava rejeitando os pedidos de progressão de regime alegando que a decisão dependeria de ato do Senado para ter efeitos *erga omnes*. Em virtude disso, a Defensoria entrou com a Reclamação no STF e nesta discutiram-se os limites do art. 52, inc. X, da Constituição Federal que trata da atribuição específica do Senado no controle difuso. A Reclamação foi julgada procedente no dia 20/03/2014, com o voto do ministro Teori Zavascki, que foi acompanhado pelos ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello. Entretanto, a fundamentação a respeito da eficácia *erga omnes* deste julgamento não foi no mesmo sentido daquela utilizada pelo ministro Gilmar Mendes no início do processo, sobre uma “mutação constitucional”, entendimento contestado pelos ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. O ministro Zavascki sustentou que as decisões da Corte Suprema, mesmo em ações “concretas”, têm ao longo dos anos se revestido de eficácia expansiva. Nesse sentido, citou a Reforma do Judiciário (EC 45/2004) possibilitando ao STF editar súmulas vinculantes e filtrar, por meio da repercussão geral, as controvérsias que deve julgar. Assim, esta eficácia expansiva não seria decorrente tão somente da resolução do Senado, nas hipóteses do artigo 52, inciso X, mas de um fenômeno mais amplo de respeito às decisões dos Tribunais Superiores e especialmente de respeito às decisões da Suprema Corte no que tange a legislação infraconstitucional. Ademais, foi editada em 2009 a Súmula 26 que versa sobre o objeto da Reclamação, *in verbis*: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Dessa forma, o ministro acolheu a Reclamação em virtude de uma violação da súmula citada, mesmo surgida após a propositura da ação, entendeu ser um fato superveniente que deveria ser considerado, com base no art. 462 do CPC. De todo modo, ainda que ao final não tenha sido formado um entendimento majoritário acerca de uma pretensa mutação constitucional do art. 52, inc. X, este teve seu sentido esvaziado diante de uma eficácia expansiva das decisões do STF, que altera substancialmente nosso modelo de controle de constitucionalidade em sentido oposto aos ditames constitucionais, sobretudo no que tange a separação dos poderes.

Federal à atribuição de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva proveniente do controle concreto, transformando a casa senatorial em uma espécie de diário oficial para tais casos.

É possível demonstrar, resumidamente, dois pontos problemáticos que estão no cerne deste entendimento do Supremo. O primeiro refere-se ao modo em que se chegou a essa concepção. A equiparação dos efeitos do controle difuso aos do controle concentrado teria sido feita, inicialmente, por intermédio de uma “mutação constitucional”. No entanto, de há muito os teóricos têm sustentado que esta forma de mudança informal da Constituição somente ocorre com a atribuição de uma nova norma a um texto, *Sinngebung*, dentro dos limites semânticos possíveis. Ao contrário, no caso, se estaria diante da substituição de um texto por outro texto (construído pelo Supremo Tribunal Federal), o que transcende, e muito, a função de guardião constitucional. O que também se aplica, ademais, ao argumento acerca de um reconhecimento de uma eficácia expansiva das decisões do STF em decisões provenientes do controle difuso, conforme sustentado pelo ministro Teori Zavascki, um dos últimos a votar. É que, de outra maneira, se estaria minando a eficácia de uma norma constitucional presente no ordenamento jurídico pátrio e que deveria ser respeitada e cumprida.

O segundo ponto refere-se à (im) possibilidade do STF alterar atribuição específica, constitucionalmente expressa, de outro Poder, modificando toda a configuração do sistema de controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, subtraindo parte da legitimidade democrática deste processo. Dentro do Estado Democrático de Direito espera-se que os Poderes possam atuar de forma harmônica, respeitando reciprocamente os limites que a própria Constituição estabelece. Dessa forma, qualquer alteração deste jaez não poderia ser feita pelo STF. Noutro aspecto, a participação do Senado no controle difuso, suspendendo no todo ou em parte a lei declarada constitucional, confere uma legitimidade política que a Corte Suprema não possui, de modo que subtrair essa participação repercuta também, em última instância, na própria democracia brasileira. Dito de outra forma: se a Constituição define que determinados atos demandam participação conjunta dos Poderes, qualquer um deles que intente tomar

para si isoladamente, ou que diminua substancialmente a colaboração do outro, deixando-a quase sem sentido, fere o sistema democrático.

Por isso, pela inegável importância que assume o controle difuso de constitucionalidade no plano do acesso à justiça, é possível afirmar que qualquer tentativa de esvaziá-lo e/ou expungir-lo do sistema jurídico brasileiro, ferirá, de morte, o núcleo político essencial da Constituição.

3 A Necessidade de um Órgão de Controle Concentrado Fora da Tensão entre os Poderes

Como se sabe, o nosso sistema de controle de constitucionalidade foi copiado dos Estados Unidos e introduzido pela Constituição de 1891, após a proclamação da República. Não se precisa falar dos problemas decorrentes da introdução de um sistema de controle de constitucionalidade atravessado pela carga genética da tradição do *common law* (em que há o *stare decisis*) por um sistema de tradição romano-canônico que recém havia saído de um regime de mais de 70 anos (Império) sem controle jurisdicional, já que na Constituição de 1824 –outorgada pelo imperador D. Pedro I –o Brasil se aproximou principalmente do constitucionalismo forjado nas lutas políticas da Europa continental, que, nos séculos XVIII e XIX, buscava a limitação do poder discricionário dos monarcas por meio da *volonté générale* formada no Parlamento. No entanto, diferentemente dos europeus, o constitucionalismo em *terrae brasiliis* começou apenas *pro forma*, com um imperador governando de maneira extremamente arbitrária, um Poder Judiciário subserviente e um Parlamento enfraquecido frente às investidas autoritárias do Poder Central. Desse modo, durante o Império, as deficiências do Parlamento e a ausência de um controle jurisdicional de constitucionalidade acabaram favorecendo a consolidação de um regime político autoritário, controlado pelo estamento burocrático (Faoro) e comandado – ao invés de ser governado constitucionalmente – pelo imperador.

Com a proclamação da República em 1889, poucas coisas foram modificadas em *terrae brasiliis*. O imperador saiu de cena e em seu lugar surgiu o regime presidencialista, numa imitação mal feita do siste-

ma construído pelos Estados Unidos no século XVIII. Ao mesmo tempo, dando continuidade a maneira incoerente de incorporar as inovações do constitucionalismo estadunidense, o Brasil criou o Supremo Tribunal Federal (STF) e o controle difuso de constitucionalidade, colocando os velhos ministros do *ancien régime*, membros do antigo Supremo Tribunal de Justiça, para operar as inovações constitucionais que desconheciam completamente. E foi assim que o estamento deu início a nossa trágica jurisdição constitucional, deixando-a sempre enfraquecida diante das presções exercidas pelos donos do poder (Faoro).

Não se pode esquecer – e isso é extremamente relevante para que se compreenda melhor a problemática da “baixa constitucionalidade” brasileira – que a criação de um órgão ou tribunal *ad hoc* (fora do âmbito *stricto sensu* do Poder Judiciário) surge, na Europa, como uma forma de superar, ao mesmo tempo, os defeitos da velha ideia de Constituição como norma (meramente) programática não diretamente invocável nem aplicável, e os riscos da debilitação do papel do poder legislativo numa democracia moderna inerentes ao controle difuso de constitucionalidade. É razoável afirmar, nesse contexto, que sempre estiveram em jogo, de um lado, os pressupostos liberais, de preservação da legislação, onde o controle difuso-jurisdicional sempre assumiu enorme relevância, e, de outro, *as perspectivas político-jurídicas relacionadas à transcendência do problema da função do Direito*. Ou seja, mais do que o problema da legitimidade (ou da falta de legitimidade) de os juízes poderem dizer se uma lei é ou não constitucional, ganhou força o papel dirigente do constitucionalismo, através do qual a própria Constituição, fruto de um pacto constituinte-fundante de uma nova ordem, já por si só estabelecia os caminhos político-econômico-sociais do Estado (normas auto-executáveis por exemplo). Para dar efetividade a tais normas, tornava-se absolutamente insuficiente um mecanismo meramente difuso de controlar a compatibilidade dos textos ordinários com a Constituição. Observe-se que as perspectivas que assumiram os tribunais no pós-guerra, momento em que a justiça constitucional assumiu papel preponderante, não guardam simetria com a ideia original kelseniana.

A toda evidência, dentro de tais perspectivas, é possível concluir que o controle difuso, entendido como forma isolada de controle de cons-

titucionalidade, tornava-se absolutamente incompatível com as perspectivas do modelo de constituição que se forjou no pós-guerra. Daí a necessidade do estabelecimento dessa (nova) forma de justiça constitucional que, embora estruturalmente fincada no modelo kelseniano, *transcendeu, em muito, ao sentido de controle pretendido pelo mestre de Viena.*

Dito de outro modo, quando o próprio texto das Constituições superara a mera programaticidade, é que se tornou necessário buscar uma fórmula de “cortar caminho” entre o (velho) sistema judiciário e as políticas públicas que deveriam advir do novo texto constitucional. Aliado a isso, há um forte componente que deita raízes na Revolução Francesa. Nesse sentido, a *volonté générale*, que serviu para afastar a figura do juiz e do Judiciário no controle dos atos do Legislativo, vem, agora, através dos Tribunais *ad hoc*, revivificada, mediante a participação efetiva do Poder Legislativo na escolha dos juízes/membros dos tribunais *ad hoc*. De certo modo, os Tribunais Constitucionais recuperam a noção de *volonté générale* através da fórmula de escolha dos juízes, com mandato fixo e não renovável, reservando o Poder Legislativo, para si, a tarefa do controle da legitimidade do Tribunal encarregado de fiscalizar a constitucionalidade dos atos normativos emanados dos Poderes Executivo e Legislativo. Nesse sentido, veja-se, de forma exemplificada, a fórmula de escolha dos juízes constitucionais da Alemanha e de Portugal.

Enfim, nada melhor do que repetir, nesta quadra, a frase de Kāgi (1945): “[...] diz-me a tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu te direi que conceito tens de Constituição”. Isso significa afirmar que, enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito. Portanto, o significado de Constituição depende do processo hermenêutico que desvendará o conteúdo do seu texto, a partir dos novos paradigmas exsurgentes da prática dos tribunais encarregados da justiça constitucional. Com isso, os conceitos de soberania popular, separação de poderes e maiorias parlamentárias, cedem lugar à legitimidade constitucional, instituidora de um constituir da sociedade. Do modelo de Constituição formal, no interior da qual o Direito assumia um papel de ordenação, passa-se à revalorização do Direito, que passa a

ter um papel de transformação da realidade da sociedade, superando, inclusive, o modelo do Estado Social.

Trazendo a discussão para *terrae brasilis*, não é muito difícil concluir que a ausência de uma forma de controle concentrado durante parte da história brasileira já constituiu, por si, um modo de preservar a legislação, acarretando um desvalor à Constituição, reforçando, assim, a ideia de mera programaticidade do texto constitucional. Como resultado, tem-se que essa fragilizada tradição vai gerar, inegavelmente, efeitos negativos no modo-de-aplicar-a-Constituição após a entrada em vigor do texto dirigente da Constituição de 1988.

Em outras palavras, é preciso entender que os pré-juízos da comunidade jurídica estão condicionados por essa tradição de “baixa constitucionalidade”, cuja consequência é o elevado grau de inefetividade do texto constitucional. São, pois, no plano daquilo que se entende como direito constitucional exurgente do Estado Democrático de Direito, pré-juízos inautênticos, que obstaculizam o desvelamento do sentido do ser da Constituição.

4 A Substancialidade Constitucional

O texto constitucional deve ser visto em sua substancialidade, com toda a principiologia que assegura o Estado Social e o *plus* normativo que é o Estado Democrático de Direito, que aparece já no art. 1º do seu texto. Nesse sentido, a relação regra-princípio deve ser revisita pela teoria do direito. A doutrina, em parcela significativa, faz uma cisão estrutural entre princípios e regras que afasta as espécies normativas em modos decisórios distintos.

As regras são compreendidas como enunciados plenipotenciários, que abarcam, dentro de um universo, todas as hipóteses de aplicação. Elas seriam, então, “fechadas” e, por isso, aplicadas na forma do tudo-ou-nada, por intermédio de um raciocínio subsuntivo, bastante para os casos fáceis. Já os princípios são concebidos como normas abertas, vagas, mandados de otimização (ou como valores, o que é pior). Sua aplicação requer um juízo ponderativo, pretensamente corrigido pela argumentação e sua

aplicação seria indicada para os casos difíceis, ou seja, àqueles em que as regras se manifestem como insuficientes.

Uma série de questões poderia ser suscitada acerca destas ideias que povoam o imaginário jurídico, porém, ressalto apenas – nos limites dessa abordagem – o fato de que este modo de compreender as normas jurídicas fragiliza a força normativa da Constituição. Em outras palavras, os princípios inserem nas regras sentidos constitucionais outros que direcionam as interpretações possíveis dentro de um filtro de parametricidade. Quando se pensa que as regras são autoaplicáveis não se tem uma leitura normativa à luz da principiologia constitucional, o que, em certo sentido, limita o constituir da Constituição.

Noutro passo, a ideia dos princípios como normas que abrem o processo interpretativo possibilita até mesmo uma busca de sentidos jurídicos e/ou morais fora dos lindes da Constituição. Com resultado, instaura-se um contrassenso: como princípios constitucionais podem ir além dos sentidos constitucionais? Isto é, cada princípio tem seu sentido numa rede de princípios que se limitam mutuamente. Talvez isto resulte do esquecimento que os princípios enquanto normas jurídicas são deontológicos, isto é, expressam comandos que precisam ser reconstruídos dentro de uma determinada tradição jurídica. Nesse sentido, defendo que houve uma ruptura com os princípios gerais do direito; não se está mais falando de axiomas de justiça ou de deduções extraídas das regras e que completam um sistema abstrato. Os princípios constitucionais provenientes do Constitucionalismo Contemporâneo dirigente e compromissório, muitos mais que exigências de racionalidade, refletem sentidos substanciais que devem ser observados em toda e qualquer aplicação jurídica.⁷

É preciso, pois, dizer o óbvio, ou seja, que é necessário constitucionalizar o direito infraconstitucional. Como bem lembra Comparato (1997, p. 5) “[...] no regime democrático, o atributo maior da soberania popular consiste em constitucionalizar a nação”. E acrescento: não parece óbvio que a Constituição seja uma norma superior às demais e que ela – a Constituição – é o fundamento de validade das normas infraconstitucionais?

⁷ Sobre a relação “regra-princípio”, ver Streck (2014b), nessa obra consta, amiúde, a tese de que as regras são porosas e os princípios fecham a interpretação.

Não parece redundante dizer que uma norma infraconstitucional somente tem validade jurídica se estiver em conformidade com outra norma, superior a ela, que é a Constituição da República? Entretanto, não é isto que está ocorrendo, é dizer, nem os princípios constitucionais são aplicados e nem as normas infraconstitucionais passa(ra)m pelo necessário processo de filtragem constitucional. Ou seja, é necessário pregar o óbvio. Afinal, como dizia Darci Ribeiro (1979) em seu *Tratado de Obviedades*, “Deus é muito treteiro. Faz as coisas de forma tão recôndita e disfarçada que precisamos ir tirando os véus, a fim de revelar a obviedade do óbvio!”.

Essa tarefa, todavia, não se faz sem ranhuras! Não se deve olvidar que o direito constitucional tem sido relegado a um plano secundário em nosso país. Essa afirmação pode parecer contraditória se examinar a quantidade de obras, dissertações e teses escritas sobre essa temática. Com efeito, de um lado, há um fenômeno que pode ser denominado de “banalização da Constituição”, sendo o pamprincipiologismo⁸ um dos sintomas. De outro, está a velha dogmática jurídica, refém do sentido comum teórico dos juristas, no interior da qual o direito continua a ser visto como uma mera instrumentalidade. Há uma cultura manualesca que sustenta velhas práticas, a ponto de ainda não termos conseguido superar os princípios gerais do direito, axiomas herdados do positivismo do século XIX. O próprio Supremo Tribunal Federal ainda lança mão de princípios como o *pás de nullité sans grief*.⁹ Ou seja, em pleno paradigma do Cons-

⁸ Em linhas gerais, o *pamprincipiologismo* é um subproduto do constitucionalismo contemporâneo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse *pamprincipiologismo* faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional.

⁹ A Lei n. 11.690/2008 alterou a redação do art. 212 do Código de Processo Penal e determinou que as partes formulem perguntas às testemunhas diretamente, restringindo o papel do magistrado a dois papéis: evitar que os advogados abusem de suas prerrogativas (fiscalização) e inquirir as testemunhas sobre pontos não esclarecidos (complementação). Pois bem. Ocorre que no bojo dos autos HC 103.525/PE (julgado em 03.08.2010), a Ministra Cármen Lúcia relativizou o novel imperativo legal e, fazendo uso do aludido princípio geral do direito, admitiu a possibilidade de o julgador primeiro inquirir as testemunhas por não ter restado demonstrado o prejuízo para a defesa. Neste ponto, pergunto: para

titucionalismo Contemporâneo, os princípios constitucionais ainda são vistos como uma mera continuidade do *anciên regime*.

Para tornar mais dramático o quadro, essa realidade foi institucionalizada pelo próprio parlamento ao aprovar a “Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro” (Lei n. 12.376/2010). O problema é que não se trata de um novo regramento, a LINDB é a velha Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) de 1942, não apenas com outro título, mas com um *status* de importância no ordenamento jurídico significativamente diverso.

A LICC era fruto de um modelo de direito liberal-individualista (modelo formal burguês, se assim se quiser) que resume o direito às relações privadas. Quando ela for a transformada num introito do Direito Brasileiro caminhar-se-á na contramão de um processo de constitucionalização do direito privado, uma vez que a própria Constituição é lida por intermédio de um regramento anacrônico e de caráter privatístico.

Noutro passo, os princípios gerais do direito são chamados à colação para colmatar possíveis lacunas, inclusive em matérias constitucionais. Ora, como os princípios gerais, imersos numa tradição positivista que entendia o direito com um sistema abstrato, autossuficiente, proveniente de uma racionalidade matematizante podem servir como fundamento de decisões no interior do constitucionalismo contemporâneo, em que a vinculação constitucional-principiológica material assume maior relevância. Além do mais, ao tratar os princípios, embora não sejam os gerais, como normas subsidiárias, reforça-se um formalismo de regras, bem como subtrai a deontologicidade dos princípios constitucionais que deveriam guiar toda e qualquer interpretação jurídica.

quê serviu alterar a redação do art. 212 do Código de Processo Penal, então? Será que o legislador – democraticamente – não quis presumir “ex lege” que haveria prejuízo à defesa caso houvesse a inversão procedimental na oitiva das testemunhas? Ou seja, em pleno paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo, os princípios constitucionais ainda são vistos como uma mera continuidade do *anciên régime*.

5 A Necessidade de Superar a(s) Crise(s) Paradigmática(s) do e no Direito

Numa palavra, é a partir da superação da crise paradigmática do Direito (crise de modelos de Direito e de Estado) é que se pode dar um sentido eficaz à Constituição, inserida no novo modelo de cunho transformador que é o Estado Democrático de Direito. Ou seja, o direito de *terrae brasilis* está atravessado por uma crise paradigmática de dupla face: de um lado, a crise de modelo, na medida em que, preparado para enfrentar tensões de perfil inter-individual, o direito – e a dogmática jurídica que o implementa – não consegue lidar com os conflitos de cariz supra-individual. De outro, como uma espécie de suporte à face um da crise, tem-se a crise dos paradigmas aristotélico-tomista (objetivismo) e da filosofia da consciência (subjetivismo). É nesse caldo de cultura que sobrevivem os diversos tipos de positivismo jurídico, problemática que analiso amiúde em Lições de Crítica Hermenêutica do Direito¹⁰. (STRECK, 2014a)

Ao lado disso, é imprescindível uma nova hermenêutica jurídica, que possibilite ao ator do Direito a compreensão da problemática jurídico-social, inserida no contexto de uma sociedade excludente como a brasileira, onde a dignidade da pessoa humana tem sido solapada desde o seu descobrimento. Dito de outro modo, os juristas brasileiros não podem (continuar a) comportar-se como o sujeito que está à beira do Vesúvio prestes a entrar em erupção. As lavas (da crise social) cobrirão a tudo e a todos, e, ao invés de construírem barreiras para evitar que as lavas

¹⁰ Quando falamos em positivismos e pós-positivismos, torna-se necessário, já de início, deixar claro o “lugar da fala”, isto é, sobre “o quê” estamos falando. Com efeito, de há muito minhas críticas são dirigidas primordialmente ao positivismo pós-kelseniano, isto é, ao positivismo que admite discricionariedades (ou decisionismos e protagonismos judiciais). Isto porque considero superado o velho positivismo exegetico. Ou seja, não é (mais) necessário dizer que o “juiz não é a boca da lei”, etc., enfim, podemos ser poupados, nesta quadra da história, dessas “descobertas polvulares”. Isso porque essa “descoberta” não pode implicar um império de decisões solipsistas, das quais são exemplos as posturas caudatárias da jurisprudência dos valores (que foi “importada” de forma equivocada da Alemanha), os diversos axiologismos, o realismo jurídico (que não passa de um “positivismo fático”), a ponderação de valores (pela qual o juiz literalmente escolhe um dos princípios que ele mesmo elege *prima facie*), etc.

cubram suas casas e a cidade, nossos juristas ficam tranquilos, tratando de arrumar o quadro de Van Gogh na parede. Ou, nas belas palavras do contista mexicano Eráclio Zepeda – e nada melhor do que a poesia para nos falar das coisas do mundo –, “[...] quando as águas da enchente derrubam as casas, e o rio transborda arrasando tudo, quer dizer que há muitos dias começou a chover na serra, ainda que não nos déssemos conta”!

Do que foi dito, penso que, sem modificar o nosso modo de compreender o mundo, sem superar o esquema sujeito-objeto, sem superar a cultura manualesca que assola e domina o imaginário dos juristas, sem superar a discricionariedade positivista e a falsa impressão de que seriam “críticas” determinadas posturas subjetivistas-axiologistas que desconsideram o texto (inclusive o da Constituição), parece temerário falar no resgate de um papel emancipatório que o direito deve(ria) ter.

Disso tudo é possível extrair a seguinte assertiva: ou se acaba com a estandardização do direito ou ela acaba com o que resta da ciência jurídica. Afinal, passados tantos anos e em pleno paradigma do Estado Democrático de Direito, do giro linguístico e do novo constitucionalismo:

- a) Ainda não se construiu um modelo de ensino que “supere” a leitura de leis e códigos comentados (na maioria das vezes, reproduzindo conceitos lexicográficos e sem nenhuma sofisticação teórica). São, por assim dizer, um repositório de “conceitos sem coisas”.
- b) A indústria que mais cresce é a dos compêndios, resumos e manuais simplificados-facilitados que, por vezes até mesmo no título, banalizam o direito. Há livros que pretendem explicar o direito constitucional com pequenas esquematizações e conceitos *prêt-à-porters*. O que sobra é a reflexão jurídica. Para ficar apenas em um dos campos do direito, um exame da produção doutrinária no direito processual penal vai mostrar, por exemplo, a falta de problematização da “questão dos princípios”. Não há obra de processo penal que aponte, por exemplo, para a não recepção dos velhos princípios gerais do direito. Por incrível que pareça, a quase totalidade dos livros repete os velhos princípios

(que, como se sabe, são axiomas originários do positivismo vigorante no século XIX).

- c) Há uma “bolha especulativa” de princípios no direito, espécie de subprime hermenêutico. Uma crença que uma decisão torna-se mais justa somente pelo fato de ser “baseada” em um princípio, qualquer que seja, ainda que criado *ad hoc*. Nessa realidade que se denomina de pamprincipiologismo, tem-se princípios de todo jeito e para todas as ocasiões. Destes, parcela significativa não são vinculantes, seu (des)cumprimento pouco ou nada influi na ordem jurídica. Os princípios não podem ser compreendidos como valores, não obstante o inegável caráter axiológico que possuem, são normas jurídicas, e, portanto, deontológicos.
- d) Nesse sentido, não se vê questionados “princípios” que não passam de invencionices, como o da “confiança no juiz da causa”, “afetividade”, “hiperrealidade” ou “de que não há nulidade sem prejuízo” (trata-se de *standards* retóricos, que não alcançam sequer o *status* de “enunciados performativos).
- e) Por outro lado, parte considerável da doutrina processual penal está devendo uma crítica à discricionariedade judicial, mormente a que se institucionalizou pela via da “ponderação de valores”, aliás, equivocadamente tratada como um “princípio”. Também a carência de uma filtragem hermenêutico-constitucional salta aos olhos do observador, quando se percebe, em parcela considerável das obras – mormente os manuais – a prevalência do CPP em detrimento da Constituição. Nesse sentido, são raras as obras que tratam da aplicação no âmbito do CPP da *verfassungskonforme Auslegung* e da *Teilnichtigklärung Ohne Normtextreduzierung*. Sem falar, ainda, da confusão que é feita entre positivismo exegético e positivismo normativista. Por último, impressiona o número de obras sobre processo (em geral), com conteúdo meramente descritivo, sem a necessária problematização das principais temáticas. Tais obras se apresentam como uma compilação de outros autores e longas citações dos Tribunais. A mera repetição do que consta na dogmática jurídica acaba fossilizando o

ensino jurídico, onde essa produção doutrinária tem enorme repercussão.

- f) Para agravar essa crise, nos últimos tempos começaram a proliferar as publicações ultrassimplificadoras. Ou seja, não bastassem os compêndios que pretendem, já no título, simplificar, esquematizar, facilitar a compreensão do direito, agora se tem um socorro jurídico plastificado. Nem vou aqui falar do “pronto-socorro” relativo ao direito penal ou do direito constitucional, permitindo-me descrever apenas parte do conteúdo de uma dessas publicações na qual nos é dito que a filosofia reinante no liberalismo, apresentado como “vigorante no século XVII” (*sic*), era o “absolutismo de Schleiermacher” (*sic*); o modelo interpretativo do neoliberalismo (final do século XX e início do século XXI) é o tópico-indutivo (*sic*); a “visão do direito” (*sic*) no liberalismo era a partir de um “sistema de lógica pura”; no *welfare state*, o “sistema de natureza social”; e no neoliberalismo, o “sistema de direitos humanos”; as escolas de interpretação, segundo o SOS Hermenêutica Jurídica, seriam a “dogmática”, a “histórico-evolutiva”, a “livre criação do direito” (*sic*); entre as advertências da publicação plastificada, lê-se como “importante” que o leitor não esqueça que “parte da doutrina entende que nenhuma das duas teorias (subjetiva e objetiva) é suficiente e absoluta”, porque a subjetiva “favorece o autoritarismo por preponderância da vontade do legislador” e a objetiva “retira a responsabilidade do legislador e favorece o anarquismo” (*sic*). O aluno é alertado para o fato de que “o STF retira a eficácia da norma (controle difuso) e remete ao Senado Federal para que este retire a validade da lei” (*sic*). Trata-se, efetivamente, de uma importante “dica” acerca da diferença entre vigência, validade e eficácia, contanto – permite-se dizer – que o consumidor não a siga, para que não responda de forma equivocada eventual questão em concurso público! De todo modo, há uma esperança: na parte em que esse “pronto-socorro jurídico” trata das antinomias no Código Civil de 2002, seus autores assinalam que, se alguma norma civil confrontar

com a Constituição, “por certo prevalecerá o texto constitucional”. Ainda bem!

- g) A doutrina – vista genericamente –, doutrina cada vez menos, estando dominada por produções que buscam, nos repositórios jurisprudenciais, ementas que descrevem, de forma muito breve, o conceito do texto enquanto “enunciado linguístico”. Uma simples decisão de tribunal vira referência – plenipotenciária – para a atribuição de sentido do texto, perdendo-se a especificidade da situação concreta que a gerou. Em muitos casos, interpretam-se as leis e os códigos com base em julgados anteriores à Constituição, o que faz com que determinados dispositivos, mesmo que sob um novo fundamento de validade, sejam interpretados de acordo com a ordem jurídica anterior.
- h) A doutrina especializada em comentários de legislação não tem efetuado uma filtragem hermenêutico-constitucional dos Códigos e leis, com o que casos nítidos de aplicação direta da Constituição acabam soçobrando em face de legislação produzida há mais de 50 anos.
- i) Até mesmo em determinados setores da pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado) continua-se a fazer descrições de leis e casos (há dissertações e teses tratando de temáticas monográficas, mais apropriadas para cursos de especialização, para dizer o menos), a maior parte desvinculada das linhas de pesquisa dos cursos, como, *v. g.*, limitação de fim de semana na lei de execução penal, cheque pré-datado, saídas temporárias na lei de execução penal, inquérito policial, recurso de ofício, perda de bagagem em transporte aéreo, sistema postal, análise jurídica do lixo, o papel do oficial de justiça, o papel do árbitro, suspensão condicional da pena em ação penal privada, embargos infringentes, embargos declaratórios, união homossexual (em um Programa de Pós-Graduação que trata de meio-ambiente), embargos de execução, agravo de instrumento, exceção de pré-executividade, infanticídio, além de uma tese que, em pleno Estado Democrático de Direito, arrasa o poder constituinte e uma outra que pro-

põe a “inversão do ônus da prova penal” em crimes do colarinho branco, etc.

- j) O resultado disso pode ser visto nas salas de aula dos cursos de direito espalhados por todo o país. Parece que os professores não conseguem ensinar sem o uso desse material acima referido. É possível constatar que, mesmo docentes com mestrado ou doutorado concluído, continuam a utilizar o modo-manualesco-de-ensinar. É a leitura do artigo da lei (Código) e, logo depois, o comentário feito a partir daquilo que a dogmática diz (leia-se, o que a produção *standard* estabelece como sendo o saber dominante). São os neoglosadores. A desculpa dos docentes é a de que “são os alunos que pedem a indicação de manuais que tratem da matéria de forma simplificada”. Consequentemente, os docentes se rendem à demanda simplificadora, formando, assim, aquilo que já de há muito foi denunciado como o “pacto da mediocridade”. Mas não são apenas os cursos de graduação que sofrem dessa síndrome do ensino *standard*. Em alguns Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* é possível ver docentes indicarem, por exemplo, na discussão da ciência processual, autores com visível filiação à dogmática instrumentalista.
- k) Por outro lado, nem sequer é possível elaborar um novo modelo de provas de concursos públicos, continuando com a tradicional múltipla escolha – espaço (indispensável) para personagens fictícios como Caio, Tício e Mévio – e com questões dissertativas sobre casos jurídicos (no mais das vezes, sem qualquer sentido “prático”) ou sobre conceitualizações jurídicas. Observa-se que, mesmo quando se pretende alterar esse quadro, há uma recaída em direção ao positivismo. Com efeito, no ano de 2009 o Conselho Nacional de Justiça editou resolução determinando que os concursos para magistrados passassem a exigir conhecimentos denominados de “formação humanista”. Para a filosofia do direito, são indicados Kelsen, Reale e Ross. Para a área da interpretação (hermenêutica), o “carro chefe” é Recaséns Siches. Veja-se: não é de se estranhar que os autores selecionados/indicados sejam todos positivistas, desde Kelsen, um positivista normati-

vista, a Alf Ross, um positivista fático (espécie de pai do realismo jurídico), chegando a um axiologista, como Recaséns Siches, jusfilósofo cuja doutrina se mostra incompatível com os avanços da teoria do direito na contemporaneidade. Assim, onde pode estar o avanço, pode também estar o retrocesso.

- l) O modelo de decisão judicial continua o mesmo há mais de um século: a fundamentação restringe-se à citação da lei, da súmula ou do verbete, problemática que se agrava com a institucionalização da súmula vinculante. Ou a fundamentação se resume a dizer que a decisão é conforme a consciência do julgador, com base no livre convencimento. Daí a (correta) exigência de Dworkin: uma “responsabilidade política” dos juízes (1986). Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui-se em um direito fundamental. O sentido da obrigação de fundamentar as decisões, previsto no artigo 93, IX, da Constituição do Brasil, implica, necessariamente, a justificação dessas decisões.
- m) Até mesmo o modelo de petição inicial dos advogados continua a mesma há mais de um século, iniciando com a descrição “dos fatos” para depois apresentar “o direito”, como se fosse possível cindir “questão de fato” de “questão de direito”. Essa dicotomia ou dualismo de caráter metafísico já deveria ter sido superada desde há muito. Entretanto, é desse modo que se continua a cindir interpretação de aplicação. Primeiro interpreta-se para só depois aplicar. Como se a interpretação fosse uma “capa de sentido” a ser acoplada sobre as “coisas desnudas”.
- n) Ainda não se dá conta de que a fundamentação é um direito constitucional. As decisões devem estar justificadas, e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecendo argumentos de caráter jurídico, como bem assinala David Ordóñez Solís (2004). O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. O juiz, por exemplo, deve expor as razões que lhe

conduziram a eleger uma solução determinada em sua tarefa de dirimir conflitos. A motivação/justificação está vinculada ao direito à efetiva intervenção do juiz, ao direito dos cidadãos a obter uma tutela judicial, sendo que, por esta razão, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considera que a motivação se integra ao direito fundamental a um processo equitativo, de modo que “[...] as decisões judiciais devem indicar de maneira suficiente os motivos em que se fundam. A extensão deste dever pode variar segundo a natureza da decisão e deve ser analisada à luz das circunstâncias de cada caso particular”.

6 Conclusão

Para além da crise aqui denunciada e procurando permanecer fiel às coisas mesmas (no sentido de que entendo como CHD – Crítica Hermenêutica do Direito),¹¹ à intersubjetividade, ao mundo prático, à facticidade e à busca da construção de um “comportamento constitucional” já referido anteriormente, torna-se necessário superar as diversas posturas que ainda percebem o direito a partir de hipóteses, categorias e enunciados assertóricos-performativos. Ainda, é necessário apostar na preservação do acentuado grau de autonomia conquistado pelo direito no paradigma instituído a partir do segundo pós-guerra.

Mais do que sustentáculo do Estado Democrático de Direito, a preservação do acentuado grau de autonomia conquistado pelo direito é a sua própria condição de possibilidade, unindo, conteudisticamente, a visão interna e a visão externa do direito. Trata-se, também, de uma “garantia contra o poder contramajoritário”, abarcando o princípio de legalidade na jurisdição (que, no Estado Democrático de Direito, passa a ser o princípio da constitucionalidade).

Parece não haver dúvida de que o direito exsurgido do paradigma do Estado Democrático de Direito deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização, alcançada diante dos fracassos da falta de controle da e sobre a política (aqui compreendida também a economia).

¹¹ Ver, nesse sentido, Streck (2014).

A Constituição é, assim, a manifestação desse (acentuado) grau de autonomia do direito, devendo ser entendido como a sua dimensão autônoma face às outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral (e aqui há que se ter especial atenção, uma vez que a moral tem sido utilizada como a porta de entrada dos discursos adjudicadores com pretensões corretivas do direito, levando consigo a política e a análise econômica do Direito; é nesse contexto em que deve ser vista a “retomada” da moral pelo direito, a partir daquilo que Habermas tão bem denomina de cooriginariedade). Essa autonomização dá-se no contexto histórico do século XX, tendo atingido o seu auge com a elaboração das Constituições do segundo pós-guerra.

Trata-se de uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis (portanto, a autonomia do direito não emerge apenas na sua perspectiva jurisprudencial).

Há algo que se coloca como condição de possibilidade ante essa perspectiva jurisprudencial: a Constituição entendida no seu todo principiológico. Em outras palavras, sustentado no paradigma do Estado Democrático Constitucional, o Direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar apenas nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ra)m. O que significa assumir que a Constituição (afinal, qualquer hermenêutica constitucional que se faça – seja a partir de Dworkin, Gadamer ou Habermas – só tem sentido no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito), ao contrário do que se possa pensar, não remete para uma limitação do direito (e de seu grau de autonomia), mas sim, para o fortalecimento de sua autonomia.

Por isso, a Constituição não é um documento meramente “político” (declarativo, pessoal, partidarista), que conteria um finalismo político-social, do qual o Direito seria um instrumento. É o seu próprio conteúdo jurídico que institucionaliza os campos com ela intercambiáveis, como a política, a economia e a moral. Mas isso não pode significar que o jurídi-

co seja aquilo que a jurisdição diga que é. Se assim se admitir, corre-se o risco de suprimir a democracia, substituindo-se a onipresença da vontade geral pelo governo dos juízes.

Refira-se, ainda, numa palavra final, que, se os “predadores” exógenos do direito estão nesses três polos de tensão (política, moral e economia), os juristas devem voltar os olhos para o enfrentamento dos “predadores” endógenos que fragilizam cotidianamente o direito, tais como o protagonismo judicial, o discricionarismo positivista, o inquisitivismo (processo penal), a carência de um dever de fundamentação (cujo sintoma maior é a institucionalização dos embargos declaratórios), a transformação dos julgamentos colegiados em decisões monocráticas, a maioria baseada em “jurisprudência dominante” cujo DNA não vem demonstrado, a standardização das decisões (que passam a substituir a fundamentação/justificação por enunciados assertóricos), o pamprinciologismo, transformado em uma espécie de terceiro turno do processo constituinte e paraíso do decisionismo/pragmatismo/axiologismo, o crescimento da relativização da coisa julgada, para citar apenas alguns dos fatores de enfraquecimento da autonomia do direito (poder-se-ia acrescentar, ainda, a indústria de cursinhos e a produção indiscriminada de “baixa literatura”, que acaba convalidando uma espécie de “círculo vicioso” entre o que se ensina nos cursinhos e o que se pergunta nos concursos, além do agravamento da crise do ensino jurídico).

Referências

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. **Requiem para uma Constituição**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 20, p. 5-11, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode; Ergänzungen** Register. Hermeneutik II. Tübingen: Mohr, 1990.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (v. I)

KÄGI, Werner. **Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates**: Untersuchungen über die Entwicklungstendenz im modernen Verfassungsrecht. Zurich: Polygraphischer, 1945. p. 147.

ORDÓÑEZ SOLIS, David. **Derecho y Política**. Navarra: Aranzadi, 2004, p. 98 e segs.

RIBEIRO, Darci. **Ensaio insólitos**. Porto Alegre: L&PM, 1979.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014b.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. (v. 2)

Lenio Luiz Streck é Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), doutor e pós-doutor em Direito, Procurador da Justiça (MP/RS), e Presidente de Honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ).

E-mail: lenios@globo.com

Endereço profissional: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Av. Unisinos, 950, Cristo Rei, São Leopoldo, RS, Brasil.