CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL – UNINTER

PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO

JACKSON ROBERTO MORAIS ALVES

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E DIREITO DE RESISTÊNCIA:
Da Filosofia da Linguagem ao surgimento dos novos atores no processo democrático

CURITIBA

2020

JACKSON ROBERTO MORAIS ALVES

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E DIREITO DE RESISTÊNCIA:
Da Filosofia da Linguagem ao surgimento dos novos atores no processo democrático

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Do Centro Universitário Internacional – UNINTER, como requisito parcial à obtenção do título de **Mestre em Direito**.

Linha de Pesquisa: Teoria e História da Jurisdição

Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig

CURITIBA

2020

POEMA EM LINHA RETA

Fernando Pessoa

Nunca conheci quem tivesse levado porrada.
Todos os meus conhecidos têm sido campeões em tudo.

E eu, tantas vezes reles, tantas vezes porco, tantas vezes vil,
Eu tantas vezes irrespondivelmente parasita,
Indesculpavelmente sujo,
Eu, que tantas vezes não tenho tido paciência para tomar banho,
Eu, que tantas vezes tenho sido ridículo, absurdo,
Que tenho enrolado os pés publicamente nos tapetes das etiquetas,
Que tenho sido grotesco, mesquinho, submisso e arrogante,
Que tenho sofrido enxovalhos e calado,
Que quando não tenho calado, tenho sido mais ridículo ainda;
Eu, que tenho sido cômico às criadas de hotel,
Eu, que tenho sentido o piscar de olhos dos moços de fretes,
Eu, que tenho feito vergonhas financeiras, pedido emprestado sem pagar,
Eu, que, quando a hora do soco surgiu, me tenho agachado
Para fora da possibilidade do soco;
Eu, que tenho sofrido a angústia das pequenas coisas ridículas,
Eu verifico que não tenho par nisto tudo neste mundo.

Toda a gente que eu conheço e que fala comigo
Nunca teve um ato ridículo, nunca sofreu enxovalho,
Nunca foi senão príncipe - todos eles príncipes - na vida...

Quem me dera ouvir de alguém a voz humana
Que confessasse não um pecado, mas uma infâmia;
Que contasse, não uma violência, mas uma cobardia!
Não, são todos o Ideal, se os oiço e me falam.
Quem há neste largo mundo que me confesse que uma vez foi vil?
Ó príncipes, meus irmãos,

Arre, estou farto de semideuses!
Onde é que há gente no mundo?

Então sou só eu que é vil e errôneo nesta terra?

Poderão as mulheres não os terem amado,
Podem ter sido traídos - mas ridículos nunca!
E eu, que tenho sido ridículo sem ter sido traído,
Como posso eu falar com os meus superiores sem titubear?
Eu, que venho sido vil, literalmente vil,
Vil no sentido mesquinho e infame da vileza.

DEDICATÓRIA

São três e apenas três as pessoas direta e afavelmente responsáveis pela empreitada a que, inadvertidamente, me expus para (in)glória daqueles que comigo caminharam, e para quem dedico as linhas que seguem:

À Sofia, a primeira flor do meu jardim;

Ao João Antônio, meu pequeno amado, a quem quis o destino, esse terrível brincalhão, viesse ao mundo no mesmo instante desse projeto, tornando-o ainda mais hercúleo, e agora, mais vitorioso.

À Vânia, musa dos meus dias, a verdadeira heroína desse trabalho, aquela em quem depositei todas as angústias, dúvidas e dificuldades, e que no entanto jamais esmoreceu, mesmo diante de minhas permanentes casmurrices.

RESUMO

O presente trabalho, ancorado na revisão bibliográfica de textos jurídicos e filosóficos pelo método crítico-discursivo, empreendeu uma pesquisa acerca da Hermenêutica como condição de abordagem do fenômeno jurídico, especialmente, no âmbito do direito constitucional, e para tanto, percorreu o seu desenvolvimento a partir dos paradigmas filosóficos da tradição clássica grega até o surgimento da chamada Filosofia da linguagem no século XX, com destaque para a chamada Hermenêutica filosófica-existencial de Martin Heidegger e sua categoria do *dasein* e Hans-Georg Gadamer naquilo a que se denominou 'viragem linguística' e sua repercussão na interpretação jurídica como alternativa (e combate) ao desgastado positivismo de matriz normativista, abrindo, desse modo, uma clareira de superação daquela tradição ainda fincada no esquema da separação sujeito-objeto que predomina no discurso e práxis jurídica contemporânea. Assim, uma vez pensando a interpretação constitucional através da chamada 'força normativa do fático', resultado da *viragem linguística*, foi possível encontrar seu ponto de contato com o pluralismo jurídico e a alternatividade jurídica, sobretudo pela Teoria Crítica do Direito e sua 'dialética da participação', haja vista que ambas possuem uma epistemologia alheia ao rigor lógico-formal-abstrato que caracteriza tanto o positivismo quanto do monismo jurídico, para daí encontrar as condições de fundamentação do instituto do *direito de resistência* na própria ordem constitucional, jurídica, portanto, como mecanismo de reação aos desvios democráticos do estado contemporâneo, ao mesmo tempo em que abre flanco para a legitimação dos movimentos sociais, no trabalho, chamados 'novos movimentos sociais', como atores e protagonistas na formação e desenvolvimento do Estado democrático de direito e de luta pelas promessas não cumpridas da modernidade iluminista.

Palavras-chave: hermenêutica; filosofia da linguagem; direito constitucional; direito de resistência; movimentos sociais.

ABSTRACT

The present work, anchored in the bibliographic review of legal and philosophical texts by the critical-discursive method, undertook a research about Hermeneutics as a condition for addressing the legal phenomenon, especially, within the scope of constitutional law, and for that, it went through its development at from the philosophical paradigms of the classical Greek tradition to the emergence of the so-called Philosophy of language in the 20th century, with emphasis on the so-called philosophical-existential Hermeneutics of Martin Heidegger and his category of dasein and Hans-Georg Gadamer in what has been called 'linguistic turn' 'and its repercussion in legal interpretation as an alternative (and combat) to the worn-out positivism of a normativist matrix, thus opening a clearing to overcome that tradition still embedded in the scheme of subject-object separation that predominates in contemporary legal practice and discourse. Thus, once thinking about the constitutional interpretation through the so-called 'normative force of the factual', the result of the linguistic turn, it was possible to find its point of contact with legal pluralism and legal alternation, especially through the Critical Theory of Law and its 'dialectic of law'. participation ', given that both have an epistemology alien to the logical-formal-abstract rigor that characterizes both positivism and legal monism, to find the conditions for the foundation of the institute of the right of resistance in the constitutional, juridical order, therefore, as a reaction mechanism to the democratic deviations of the contemporary state, at the same time that it opens the flank for the legitimation of social movements, at work, called 'new social movements', as actors and protagonists in the formation and development of the democratic rule of law and of struggle for the broken promises of modern illuminister.

Keywords: hermeneutics; philosophy of language; constitutional right; resistance; social movements

SUMÁRIO

Introdução.....7

Parte Primeira: TEORIA DA HISTÓRIA E MODERNIDADE

1. A Teoria da História e a Modernidade.....10

1.1 Do positivismo e historicismo à Hermenêutica.....11

1.2 O paradigma do Ser.....14

1.3 O paradigma da consciência (ou do sujeito): De Descartes a Kant.....16

2. A Filosofia pela linguagem: a Hermenêutica antes e a partir da 'viragem linguística' – Heidegger e a facticidade fenomenológica.....26

2.1 Hermenêutica e a busca pela natureza do entendimento. Os antecedentes clássicos: Wilhelm Dilthey e Friedrich Schleiermacher.....37

2.2 Da filosofia hermenêutica à hermenêutica filosófica: de método à compreensão fenomenológica.....40

2.2.1 O salto da hermenêutica ao horizonte filosófico: a hermenêutica como coisa de Gadamer.....48

2.2.1.1 O 'círculo hermenêutico' e a problematicidade dos 'preconceitos' como vício da Aufklärung.....50

Parte Segunda: TEORIA DO DIREITO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

3. Hermenêutica constitucional e o impacto da 'virada linguística'.....61

3.1 Interpretar é preciso, viver não é preciso: A Hermenêutica como possibilidade de Resistência Constitucional.....63

3.1.1 A matriz normativo-positivista: ainda enredada na Filosofia da Consciência.....63

3.2. O novo constitucionalismo.....69

3.2.1 A hermenêutica como Resistência emancipatória.....73

3.2.2 Regras especiais de interpretação constitucional.....81

4. Da Teoria Crítica ao Pluralismo jurídico.....83

4.1 A Teoria Crítica do Direito.....83

4.2 Pluralismo jurídico: A proposta emancipatória como condição democrática.....88

4.3 A crítica ao positivismo pela via da alternatividade: Condições do Direito alternativo.92

4.3.1 A dialética da participação: método do pensamento crítico.....96
5. O Direito de Resistência.....99
5.1 Dos Fundamentos ético-jurídicos do Direito de Resistência.....107
5.2 Formas de resistência:.....112
5.2.1 Desobediência civil e Revolução: algumas palavras.....112
5.2.2 A Resistência na ordem jurídico-constitucional: O caminho pela hermenêutica.....117
5.2.3 Os movimentos sociais como elementos de resistência e alternatividade.....125
5.2.4 Movimentos Sociais: (ainda) algumas palavras 127
5.2.5 Da influência e a matriz teórica dos Novos Movimentos Sociais.....133
5.2.6 Os Novos Movimentos Sociais e a realidade constitucional brasileira.....136
5.3 Resistência e Jurisdição Constitucional: Das condições (e dificuldade) de acesso dos Movimentos Sociais ao Supremo Tribunal Federal.....146
Conclusão.....153
Referências.....157

Introdução

Tempos sombrios não são aqueles de violência explícita que reinam no cotidiano da vida genuína (ou vida nua) nem tampouco a violência simbólica (Pierre Bordieu)[1] que perpassa no 'mundo da vida'[2], para usarmos a saída fenomenológica de Edmund Husserl, em que as comunicações se dão de forma genuína, porém inocentes. Talvez, a violência mesma, representada naquela força que nos escapa do controle consciente, esteja na incapacidade de sentirmos o mundo e interpretá-lo a partir das experiências mais comezinhas, levantando-se nos escombros daquilo que nos toca mais intimamente, a vida pulsante, sôfrega e efêmera no seu 'eterno de cada instante', e em que a compreensão deixa de se fazer sensível para buscar o seu fundamento (e razão) nas idealizações abstratas produzidas por uma consciência que ao fim se revela, por isso mesmo, mera estrutura arquetípica incapaz de promover a transformação que ao fim e ao cabo viria de qualquer forma, tal qual uma danação da qual não se pode escapar, e é então nesse 'aprisionamento', porque paralisante, que habitaria a violência dos tempos sombrios.

Às estruturas abstratas de refletir 'aquilo que se mostra' (fenomenológicas), incapazes de ocasionar a emancipação em tempos de perda de identidade, é que se opõe a interpretação da vida mesma, restabelecendo o 'fio de ariadne' perdido com a tradição, outrora mutilada pela razão iluminista, para situarmos a compreensão da vida e das suas estruturas no ambiente da realidade empírica, num (re)encontro com os conceitos da tradição e na fusão dos horizontes próprios da *hermenêutica da facticidade (Heidegger)*, em que pensar, compreender, interpretar e aplicar não mais assumiriam lugares estanques e separados, mas antes, formariam um só eixo hermenêutico-filosófico, que então de simples método, avançaria, pela Filosofia da Linguagem, a um existencialismo fenomenológico enraizado no 'paradigma da vida concreta', condição

[1] O sociológico francês cunhou a expressão para designar formas não explícitas de violência sobre o corpo físico, sendo uma expressão de exercício do poder simbólico, mas que estão permanentes e onipresentes nas mais diversas formas de relações sociais. (BORDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: DIFEL, 1989, p. 46)

[2] HUSSERL, Edmund. Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia. Tradução de Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001, p.14

singular para a (tentativa) de emancipação pelo Direito dado o seu caráter de fenômeno social e cultural que nos encharca a existência.

Ora, se o Direito é fenômeno social incrustado em nossa *facticidade*, a hermenêutica é condição inescapável de seu acontecimento, razão pela qual - e aqui esperamos já tenha ficado mais que insinuado - nossa opção no trabalho que segue é esboçar reflexão acerca da necessidade de interpretação constitucional, dado o desenho jurídico-político dos estados contemporâneos com a primazia do texto fundamental, a um só tempo, como elemento de resistência frente às condições distópicas do momento atual, pensando, aqui, meramente em termos de aplicação constitucional, e ainda, a partir da hermenêutica no contexto da chamada 'viragem ontolinguística[3]', como condição de superação da matriz epistemológica do positivismo jurídico.

A construção dessa tentativa de reflexão far-se-á a partir de dois eixos epistêmicos: a virada linguística promovida pela superação da filosofia da consciência e seu esquema sujeito-objeto (de tipo formal e abstrato) pela filosofia da linguagem, e nesta, pela aventura hermenêutica da facticidade (Heidegger) e o pensamento de Hans-Georg Gadamer a partir de suas ideias-chave como 'fusão de horizontes', 'círculo hermenêutico', 'pré-conceitos autênticos' e 'história efeitual', já no âmbito da razão hermenêutica própria da filosofia da linguagem.

Essa alienação se mostra ainda persistente em razão do sintoma do paradigma positivista, em especial, aquele de tipo normativo-kelseniano, e uma vez também impregnado na leitura constitucional, cristaliza juízos estabelecidos e 'pré-conceitos' errôneos (inautênticos) que fazem do 'devir constitucional' uma eterna promessa de regulação e transformação da sociedade por meio dos valores e objetivos que lá estão, impressos e explicitados, mas nunca acontecida, porque ainda confiante no modelo de subsunção dos fatos à norma, como se aqueles pudessem eternamente se adequar a juízos normativos formados 'a priori' e assim dar vazão às irrupções torrenciais e à complexidade das transformações e exigências da modernidade tardia, por isso a

[3] Ou simplesmente, "viragem linguística" é expressão que representa a passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, em que a linguagem deixa de ser simples 'ponte de comunicação 'ou 'terceira coisa' interposta entre entre sujeito cognoscente e objeto a ser conhecido, para ser ela mesma condição de possibilidade de conhecimento. É, pois, um momento de profunda invasão da filosofia pela linguagem. STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10º edição. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2011, p. 347

necessidade inadiável de resistência, por isso mesmo, o compromisso imperativo do ‘acontecer constitucional’ pela exigência da hermenêutica, mais que afirmação da vida, já que ela mesma é também interpretação.

Uma vez aberta a ‘clareira’ pelo acontecer hermenêutico, agora elevado à condição de ‘arte do entendimento humano’, a interpretação da Constituição, em sua gênese, texto político e aglutinador da vontade fundante do Estado Social de Direito (aqui falamos já na tradição da Constituição de 1988) é que o ‘acontecer constitucional’ se mostra possível, sendo já possibilidade daquela emancipação sonhada pelas ‘luzes oitocentistas’ e a libertação daquelas ‘vozes silenciadas’ pela tradição liberal-burguesa reinante na esfera jurídica e acobertada pelo véu do positivismo normativista.

É claro que esse ‘átomo em potência’ (à maneira aristotélica) não se faz sem um percurso e método que sejam inteiramente compatíveis com a ‘vontade de constituição’ e sua pretensão emancipatória, exigências que encontram sólido apoio na epistemologia avassaladora da ‘Teoria Crítica do Direito’ e sua ‘dialética da participação’, e que por sua vez, mãos dadas com as categorias que lhe são próprias (ideologia, práxis e alienação) irão propiciar o diálogo com novos atores personificados nos ‘movimentos coletivos e sociais’ e de tal maneira que essa construção (ato) é ela mesma a raiz de um estatuto jurídico do ‘direito de resistência’ (potência) fulgurando no horizonte sempre dinâmico e fértil das exigências sociais da vida.

Essa abertura existencial inundando o processo de interpretação do jurídico, portanto, é antes uma possibilidade de influência no Direito, sobretudo no campo das hermenêuticas, apto a possibilitar uma abertura semântica do texto constitucional para dele se extrair os fundamentos, respeitada a juridicidade do Estado democrático de direito, de reconhecimento do direito de resistência contra o arbítrio direto das instâncias públicas, ou mesmo indireto representado pela ausência (e insuficiência) de adoção dos mecanismos necessários ao reconhecimento de novos atores sociais, já no âmbito de uma visão pluralista do fenômeno jurídico, em especial, pela legitimação aos *movimentos sociais* como protagonistas desse processo, sem o qual, não há de se falar em democracia.

PARTE PRIMEIRA: Teoria da História e Modernidade

1. A Teoria da História e Modernidade

Pensar os fenômenos da cotidianidade é já se colocar num momento histórico, se aceitar conhecida definição de que 'toda história é história contemporânea'. Ousamos entender essa ideia como uma inundação de história de forma permanente, como um acontecer sempre ininterrupto, como uma hipótese também sempre em aberto (devir histórico) e a Teoria da história ocupa essa posição de pensar e voltar-se sobre si mesma, criando as condições de possibilidade da sua compreensão, dos seus limites, da sua epistemologia, em suma, a sua meta-história.

Enquanto Teoria Social é fenômeno moderno, ancorada em trabalhos, de início, de roupagem positivista, ancorada numa abordagem – filha do século XIX – que se bastava com a separação radical entre sujeito e objeto, tão ao modo, assim, da herança cartesiana, ainda que valiosas contribuições tenham se desenvolvido na elaboração de teorias posteriores que promoveram uma 'viragem' de perspectivas para ampliar o seu objeto de captação de fenômenos dignos da consideração histórica, como é notável a perspectiva de 'totalidade' do materialismo histórico e no século XX, a 'história total' da Escola de Annales, muito embora esse trabalho se orientará por abordagens outras, não contínuas e que apostaram, Nietzsche e Gadamer à frente, numa perspectiva mais artística que científica, em relação ao primeiro, e hermenêutica, envolta numa 'consciência histórica' (ou historicidade) em relação ao segundo.

A Modernidade marcada pela 'razão instrumental' iluminista, pela sua geometrização de todas as possibilidades epistêmicas, herdeira do cientificismo cartesiano dos séculos XVI e XVII moldou todo um universo de um mundo 'desencantado', num mundo prefigurado numa busca consciente num alvorecer marcado pelo triunfo da razão entronizada, confortavelmente, no alto de todo e qualquer horizonte possível. A História, nesse processo, já tinha chegado ao seu fim último, mesmo muito antes de sua condenação já em período mais recente, eis a herança iluminista: 'tudo com a razão, nada fora da razão'.

1.1 Do Positivismo à Hermenêutica

A presente pesquisa está inserida numa análise de abordagem hermenêutica que mantém algo de revolucionário, na medida em que representa uma ruptura com a 'tradição interpretativa-clássica', que é só possível, especificamente no âmbito do Direito, seu núcleo essencial, com a 'denúncia' da crise do positivismo jurídico e sua insuficiência, tanto no âmbito da estrutura epistêmica como da *práxis*, a dar as respostas mais satisfatórias para a demandas sociais, em sentido amplo, por meio da aplicação do sistema jurídico, daí, a necessidade de uma ainda que breve exposição desse cenário e da identificação de seus sintomas, o que viria também a constituir a tarefa da Escola de Frankfurt.

A tradição oitocentista é a do positivismo historiográfico[4], cujas matrizes são a frieza e objetividade do sujeito em face ao objeto de pesquisa, associada a uma tendência de encarar a trama histórica a partir de um caráter de continuidade evolutiva e ancorada numa versão de história oficial, cujo método era a pesquisa exclusiva das fontes.

Esse modelo de pensamento historiográfico enfrentou reações epistemológicas que passaram a conferir novos contornos à Teoria da História, que agora não mais estaria apoiada em uma evolução inventada, porquê arbitrária, mas para permitir uma participação maior do observador (sujeito) sobre a história (objeto) ampliando as fontes de pesquisa e a própria metodologia. E é aqui nesse novo paradigma historiográfico que despontam, meramente a título de ilustração, Reinhart Koselleck e sua História dos Conceitos, Nietzsche e a 'História-arte', o materialismo histórico de Karl Marx, a Escola dos Annales (francesa) e sua busca de uma 'história total', e ainda a perspectiva de

[4] Podemos ainda citar como pressupostos do positivismo histórico, conforme ampla lição de Ricardo Marcelo Fonseca, que sintetizamos como: i) ausência de interdependência e o sujeito conhecedor (historiador) e o objeto de conhecimento (fato histórico); ii) existência da História em si mesma, dada objetivamente, de tal modo que estaria, por isso mesmo, acessível ao saber objetivo, que por sua vez, despido de qualquer traço axiológico, poderia espelhar o passado (ou conhecimento histórico) de modo fiel; iii) ao historiador (sujeito) caberia registrar o fato histórico de modo passivo, numa postura absolutamente mecanicista; iv) preocupação epistemológica em determinar a 'história tal como se passou', registrando o fato histórico, objetivo que pode ser atendido desde que suspensas a tentações subjetivas. FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução teórica à história do direito. 1º edição. Curitiba: Juruá, 2009, pp. 51-53

Michel Foucault com sua metodologia de descontinuidade na análise temporal, poderíamos chamar, esses momentos distintos de acordes historiográficos.[5]

Embora situados em correntes e modelos historiográficos diferentes, vemos em comum, nessas novas 'escolas' e 'metodologias' uma reação à chamada 'História Oficial', de matriz positivista, muito embora ainda persistissem resquícios de algum Historicismo, mas que propunham uma abordagem inteiramente nova pela análise linguística dos 'conceitos históricos' com exame apurado de noções como 'sincronia', 'anacronia' e 'diacronia', evitando-se, assim, o mal maior da reflexão histórica na ignorância cega da transformação dos conceitos (políticos, sobretudo) ao longo da história e o comprometimento para a teoria do conhecimento.[6]

De outra ponta, mas também numa ainda mais profunda ruptura com o 'positivismo', Nietzsche propõe, à maneira dionisíaca, uma abordagem da História inteiramente aberta e construída pelo 'espírito criativo' na chamada História-arte, golpeando a marteladas a oficialidade de verniz pretensamente científico-objetivo daquela corrente oitocentista.[7]

Essa breve referência ao panorama da Teoria da História, com suas principais correntes, tem razão de ser em virtude da possibilidade (e necessidade) de adotá-la como alinhada à filosofia no que guardam de referências comuns enquanto teorias do conhecimento para a compreensão da abordagem do Direito e suas possibilidades hermenêuticas, sobretudo, de natureza constitucional.

É que em verdade, a hermenêutica, cujo caminho mais à frente será exposto, trilhou também um caminho histórico-filosófico e já no alvorecer do século XX, por força do existencialismo de Martin Heidegger e na sequência com seu desenvolvimento levado a efeito por Hans-Georg Gadamer manteve íntima conexão com o sentido da 'consciência histórica', com a historicidade mesma, abrindo caminho para um *entendimento* de mundo

---

[5] BARROS, José D'assunção. Teoria da História: os paradigmas revolucionários. Volume IV. 3º edição. Petrópolis/RJ:Vozes, 2014, p.15

[6] KOSELLECK, Reinhart. Uma História dos Conceitos: problemas teóricos e práticos. Estudos Históricos. Rio de Janeiro, vol.5, n.10, 1992, p.141.

[7] BARROS, José D'assunção. Teoria da História: os paradigmas revolucionários. Volume III. 3º edição. Petrópolis/RJ:Vozes Editora, 2013, p. 166

profundamente fincado na temporalidade como consagração da finitude e das possibilidades hermenêuticas.[8]

Assim, a história, sua análise e compreensão como fenômeno social e epistemológico, ainda é condição de acesso, compreensão e abertura do mundo, ou seja, está umbilicalmente ligada aos processos hermenêuticos, como nos diz o próprio Gadamer:

> A consciência moderna assume – precisamente como "consciência histórica" – uma posição reflexiva com relação a tudo que lhe é transmitido pela tradição. A consciência histórica já não escuta beatificamente a voz que lhe chega do passado, mas, ao refletir sobre a mesma, recoloca-a no contexto em que ela se originou, a fim de ver o significado e o valor relativos que lhe são próprios. Esse comportamento reflexivo diante da tradição chama-se *interpretação*. E, com toda a certeza, se há alguma coisa que possa caracterizar a dimensão verdadeiramente universal desse evento é o papel que a palavra interpretação começou a desempenhar nas ciências humanas. O reconhecimento que essa palavra alcançou só ocorre com palavras que logram exprimir simbolicamente a atitude de toda uma época.
> ...
> A interpretação, tal como hoje a entendemos, se aplica não apenas aos textos e à tradição oral, mas a tudo que nos é transmitido pela história: desse modo falamos, por exemplo, da interpretação de um evento histórico ou ainda da interpretação de expressões espirituais e gestuais, da interpretação de um comportamento etc. Em todos esses casos, o que queremos dizer é que o sentido daquilo que se oferece à nossa interpretação não se revela sem mediação, e que é necessário olhar para além do sentido imediato a fim de descobrir o "verdadeiro" significado que se encontra escondido.[9]

A relação da História, portanto, do seu 'sentido histórico', é recuperado como condição de interpretação existencial, não podendo mais ser relegada a um plano meramente 'factual' e de pretensão 'oficial e objetiva' como no positivismo historiográfico ou mesmo no historicismo, porque agora o panorama histórico, e isso será desenvolvido mais adiante, é interdependente da compreensão, e isso deixará resultados indeléveis no exame da interpretação constitucional.

Por quê a 'Filosofia da Linguagem'? A questão dos paradigmas filosóficos

[8] STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. (in) Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método. STEIN, Ernildo. STRECK, Lenio. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 10

[9] GADAMER, Hans-Georg. O problema da consciência histórica. Tradução: Paulo Cesar Duque Estrada. 3º edição. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 18

A aventura do pensamento humano, assim compreendidas as experiências intelectuais e filosóficas de busca de sentido (metafísica clássica) e essência do ser, do absoluto, do mundo, da vida mesma ou simplesmente da verdade, é didaticamente estruturada na noção de 'paradigmas', conceito cunhado por Thomas Khun [10]explicitamente para o âmbito das 'ciências', mas adotada pela filosofia, como se verifica na obra de Celso Luiz Ludwig que nos aponta para a existência de três principais paradigmas, donde uma quarta seria já enredada pelos jusfilósofos da contemporaneidade latino-americana, explicitamente aceita nesta pesquisa.[11]

Como nos lembra Jürgen Habermas, a noção de 'paradigma' foi conceito construído pela História da ciência e posteriormente importada pelo pensamento filosófico[12], contribuindo, de modo didático, para uma divisão das épocas históricas, num plano filosófico, com referência aos conceitos de 'ser', 'sujeito', e 'linguagem'; ou, dito de modo mais simples, a questão do 'ser', do 'sujeito/consciência'' e do fenômeno da 'linguagem' e suas estruturas, compõem, respectivamente, os 3 (três) grandes paradigmas filosóficos até a contemporaneidade.[13]

1.2 Paradigma do Ser (ontológico)

Iniciando, de maneira breve, a notícia acerca dos paradigmas da filosofia, condição essencial para os propósitos dessa pesquisa, e de modo a garantir um mínimo de inteligibilidade à hermenêutica constitucional contemporânea, como veremos, filosófica, é que voltamos aos olhos à Antiguidade clássica e sua primeira contribuição para a aventura do pensamento humano – tal como herdamos no Ocidente.

Assim, e com apoio em Celso Luiz Ludwig, por sua vez, citando Jürgen Habermas, teríamos uma primeira fase, ainda situada na Antiguidade Clássica, denominada

---

[10] KHUN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 5º edição. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 219

[11] LUDWIG, Celso Luiz. Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 26

[12] HABERMAS, Jürgen. Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 1990, p. 21.

[13] É certo que um 4º Paradigma, intitulado "Da vida concreta" foi pensado pelos jusfilósofos latino-americanos da escola da Filosofia da Libertação, o qual terá, como veremos, enorme influência e repercussão nas hipóteses dessa pesquisa. LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação. Op cit., p 182

‘Paradigma do Ser’, marcada pela investigação do ‘ser do ente’, numa verdadeira ontologia que remontaria a Parmênides em que o ‘ser seria o fundamento dos entes’, na fórmula: ‘o ser é, o não-ser não é’.[14]

Neste paradigma, o fundamento do mundo é o ‘ser’, e tudo quanto existe, existe porque iluminado pelo ‘ser’ e, portanto, coincidindo com o próprio mundo. Nesse caminho a própria compreensão é mediada (e limitada) pela questão do ‘ser’ e da mesma forma os ‘sentidos do mundo’ são assumidos nos limites do ser[15]. É por isso que a essa filosofia é ontológica, porque fundada no ‘*ser enquanto ser*’.

Todavia, e como nos adverte Celso Ludwig, ainda nesse período, diferentes pensadores desenvolveram diferentes modelos de pensamento, além de Parmênides, mas ainda no interior do ‘Paradigma do ser’, como sói destacar Platão e Aristóteles.

Em Platão, e sua ontologia ancorada no mundo das ideias, o ‘ser’, fundamento do ente, estava centrado na antítese ‘mundo sensível’ e ‘mundo das ideias’, sendo este último a ‘morada do verdadeiro ser’, pois: *Ser* é ideia, porquanto a essência das coisas não estariam nelas mesmas, mas de maneira transcendental, ‘fora das coisas mesmas’, de tal maneira que o ‘acesso à verdade’ dar-se-ia pela ‘via contemplativa’ no caminho do ‘sensível’ ao ‘inteligível’ ponto culminante do des-velamento do ser (alétheia) num procedimento dialético.[16]

Se em Parmênides houve a descoberta do ‘ente’, assim compreendidas as coisas ‘como as coisas são’, em Platão houve a descoberta do ‘ser’, aquilo que faz com que as coisas sejam’ e que é diferente da ‘coisa mesma’, em suma, não se confundem ‘ser’ e ‘ente’, eis a descoberta platônica, assim explicitada pelo filósofo espanhol Julián Marías:

> Na verdade, Platão descobriu o ser das coisas. O ser é o que faz com que as coisas sejam, que sejam entes. O ser é o ser do ente, e ao mesmo tempo, saber uma coisa é saber o que essa coisa é; compreender o ser daquele ente. Suponhamos que tenho uma coisa que vou conhecer. Aquela coisa é um ente; mas, ao conhecê-la, não tenho em meu conhecimento a coisa em si mesma. Que tenho, então? Tenho o ser da coisa, o que aquela coisa é; Platão diria “sua idéia”. Diria que se tratava de ver uma coisa em sua idéia.[17]

---

[14]Ibidem, p. 27
[15] Idem, p. 28
[16]Idem, p. 31.
[17] MARÍAS, Julian. História da Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2004. 1º edição, p. 57

Platão, desse modo, havia descoberto o ‘ser’ das coisas, mas não sabia ainda o que as coisas são; mas se confrontou com a aporia (problema) de explicar com as ideias o *ser das coisas,* resultando numa metafísica ainda incompleta*,* o que viria a ser realizado por Aristóteles.

De outro modo, mas ainda no interior do ‘Paradigma do ser’, Aristóteles encontrará na unidade entre ‘forma e matéria’, portanto, no real, a essência da coisa mesma, aquilo que ‘ela é’, numa palavra, ‘substância’. Aqui, se reconhece o sensível e o intelectivo como formas de conhecimento, muito embora apenas o segundo (intelectivo) além de verdadeiro seria ‘científico’ e ao contrário de Platão, a essência do ‘ser’ não seria transcendental à coisa, mas antes estaria imanente nela mesma, fazendo nascer a máxima de que ‘a verdade seria a adequação do intelecto e da realidade’ (*adequatio intellectus et rei*), ou seja, com fundamento no próprio objeto[18] – que dominaria toda a filosofia até o advento da modernidade com Descartes.

1.3 Paradigma da Consciência (ou do Sujeito): De Descartes a Kant

O segundo momento da ‘história (predominante) das ideias, ou seja, o paradigma, e sem superação ao ‘modelo do ser’ anterior - reconhecendo, todavia, a problemática em se utilizar da expressão ‘superação’ no campo das ciências do espírito – veio num momento marcado pela separação entre ‘sujeito’ e ‘objeto’ próprio do modelo cartesiano (*cogito ergo sum*), marca maior do advento da Modernidade.

Nesse modelo, a certeza do fundamento do conhecimento, entendido como busca da verdade, sofre um deslocamento do ‘ser’ (da coisa mesma) para a atividade do “sujeito que pensa”, ou seja, o fundamento migrará do objeto para a consciência, para um modelo inteiramente calcado na subjetividade consciente.

Neste paradigma, nos lembra Celso Luiz Ludwig, o ponta pé inicial foi o ‘método cartesiano da ‘dúvida’ (ou da dúvida metódica) entendido como a submissão de toda forma de conhecimento à dúvida, à resistência da dúvida segundo um modelo

[18] Ibidem, p. 38.

absolutamente racional, lógico e dedutivo, que por sua vez tornaria possível o conhecimento seguro, próprio do conhecimento científico.[19]

A grande intuição cartesiana na formulação da 'dúvida metódica' e, portanto, de inauguração da modernidade fundada no 'sujeito pensante' foi a de que: 'se há um sujeito que a tudo põe em dúvida, a primeira certeza é a da certeza de um sujeito que duvida; logo, não se pode duvidar da própria existência de quem dúvida, sendo daí extraída a conhecida máxima: penso, logo existo'. Eis a primeira certeza.

Ora, se em Aristóteles, partia-se de uma dialética da facticidade que absorvia tanto o verdadeiro quanto o falso, em Descartes e seu método da dúvida, a facticidade é refutada pois não se aceita o falso no filtro da 'dúvida metódica', de modo que embora o ponto de partida seja também a 'cotidianidade', o direcionamento final irá para a 'consciência do sujeito' e não mais para a substância – como no paradigma anterior.

Neste ponto fica evidente, como falávamos, a divisão, a ruptura radical entre um sujeito (que pensa) e um objeto (que é pensado) promovendo dessa maneira uma separação entre *res cogitans* (coisa pensante) e *res extensa (coisa extensa/matéria)* que seria a base fundamental do pensamento científico por meio do distanciamento entre sujeito e objeto, e no Direito seria absorvido ao máximo por um certo tipo de positivismo e hermenêutica.

De modo ainda mais claro, e citando Fritjof Capra, a questão é destacada por Celso Luiz Ludwig:

> O método analítico de Descartes tornou-se o padrão essencial do moderno pensamento científico, ocorrendo o mesmo com sua concepção de natureza, influenciando todos os ramos da ciência moderna. O privilégio dado à mente em relação à matéria permitiu a crença na superioridade do saber racional e na aplicação de um modelo matemático como único modo de compreensão correta da realidade. Assim, o universo material é visto como uma máquina. Seu funcionamento se dá segundo leis mecânicas. A realidade material passou a ser compreendida em função do movimento e organização das partes. Essa concepção mecânica da natureza serviu como padrão da ciência após Descartes.[20]

Como resultado, a teoria do conhecimento se torna metafísica uma vez que com o deslocamento da questão 'do ser' para 'a consciência', a investigação da 'coisa em si', da verdade primeira, da 'essência mesma", antes concentrada no 'objeto', logo, pela

[19]LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação: Paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Op. cit., p. 54
[20] Ibidem, p. 56

investigação empírica, transmuta-se para o ‘mundo das ideias e das representações’, de tal maneira que à perspectiva ontológica é agora apresentada uma abordagem subjetiva ou mentalista para a compreensão de mundo e do conhecimento.

Nessa perspectiva filosófica, então, a questão deixa de ser dirigida para a investigação sobre “o que é o Ser?” dando lugar à ênfase para a resposta sobre “o que é o Conhecer?”, desenvolvendo-se aí a teoria cartesiana do ‘Cógito’, fazendo de Descartes, portanto, o fundador da filosofia moderna.[21]

Não foi pouca coisa essa migração do ‘objeto’ para a ‘consciência’ no paradigma da então modernidade inaugurada pela teoria do Cogito, pois:

> “A descoberta não é só a descoberta de uma primeira verdade; é, também, a descoberta – ou a confirmação – de um critério de verdade: a evidência. Descartes, realmente, não cai na cilada denunciada pelos cépticos, que consistiria em procurar primeiramente um critério de verdade, cuja verdade suporia, para ser avaliada, um outro critério [...] Como *cogito,* Descartes consegue uma primeira certeza, e é ao refletir sobre essa certeza que ele constata que a evidência é o único critério possível do verdadeiro. Não poderíamos estar certos de nada, com efeito, se pudesse acontecer que uma proposição clara e distinta fosse falsa. A experiência do cogito permite-nos, portanto, confiar na evidência e toma-la como sinal infalível do verdadeiro.[22]

Todavia, tanto o paradigma do ser quanto o do sujeito, respeitadas as diferenças e características como apresentamos, estavam amparadas numa abstração confiante na possibilidade de entendimento e de compreensão a partir do sujeito e sua análise reflexiva mediante uma postura contemplativa em relação ao mundo.

O que aqui pretendemos dizer, e isso é fundamental, é que o percurso epistemológico prescindia a ‘linguagem’ enquanto instrumento constitutivo do conhecimento, exercendo papel apenas secundário relativo à mera função de ‘ponte de ligação e comunicação’ entre o sujeito e o objeto.

Não só não teria o papel e a função que viria a ocupar na chamada ‘viragem linguística’ como a seguir será analisado, como ainda, na lição Ludwig Wittgenstein (em sua primeira fase) um dos grandes expoentes da filosofia da linguagem, seria obstáculo, posto que constituiria uma ‘máscara ao conhecimento’.[23]

---

[21] MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial *entre* o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis:Habitus editora, 2008, p. 28.
[22] Pascal, George *apud* Marrafon, Marco Aurélio. Idem, p. 31
[23]WITTGENSTEIN, Ludwig*. Tratactus logico-philosophicus.* Lisboa: Fundação Caloste Gulbenkian, 1995. p. 52

Ambos os paradigmas, igualmente, causaram influências profundas ao Direito, e sobretudo, na Modernidade, com a influência de Kant e sua 'revolução copernicana' à Teoria do conhecimento, mas não menos relevante e impactante foi a recepção durante o período medieval e sua repercussão nas doutrinas de autoridade da Igreja.

Platão e Aristóteles pretenderam firmar uma teoria do conhecimento (episteme) sólida e resistente às meras opiniões e ao senso comum (doxa). Para o primeiro, e fiel a sua ontologia, a justiça fora concebida como ideia e, portanto, como verdade racional eterna, ao mesmo tempo garantida pelo equilíbrio e a ordem entre as partes da alma (racional, sensitiva e apetitiva), no que resultou numa teoria do Direito puramente metafísica, portanto.[24]

Quanto à teoria aristotélica, não aceitando a essência própria do 'mundo ideal platônico', promoveu a dualidade - a partir do *ethos* vivido na comunidade histórica da polis – do discurso científico, dividindo-o entre episteme teórica e episteme prática, conferindo a esta última, onde se encontra a esfera da juridicidade, a universalidade nomotética (imanente ao ser) sendo absorvida pelos estóicos na sua elaboração de um Direito Natural amparado na reta razão e na universalidade da natureza humana, cuja matafísica aristotélica, por sua vez, exerceu posterior influência na elaboração da 'lei natural' e "lei eterna", base da doutrina (e do Direito) da Igreja medieval pelas obras de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino.[25]

No tocante à imbricação do paradigma do sujeito (ou da consciência) e o Direito, a consequência natural foi a adoção do método racional e dedutivo, próprio das ciências da natureza, pois não podemos esquecer que a modernidade foi, essencialmente, a época do predomínio do 'espírito científico' e sua crença na totalidade de todas as instâncias racionais e do domínio e controle da natureza, em que o *ethos* humano se substituiu à onipotência e onisciência divinas.

É por isso, também, pela crença no domínio da 'totalidade da natureza' que neste paradigma o modelo tópico (*topoi*) de análise, a partir de elementos pontuais, específicos, tal como desenvolvido por Aristóteles e incorporado à tradição jurídica romana pelas obras de Cícero foi substituída pela busca de uma visão e abordagem sistemática do

[24] LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação: Paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Op. cit., p. 80
[25] Ibidem, pp. 81-83

Direito, situação que iria encontrar seu ápice já no positivismo do século XIX pela Escola da Exegese (França) e pela Escola Histórica (Alemanha) que embora tenham se notabilizado como movimentos de reação ao jusnaturalismo (como herança da Antiguidade clássica), não haviam se libertado integralmente de algumas de suas características, com especial destaque ao método racional e mecanicista.[26]

A virada da essência entre os paradigmas fica ainda bastante evidente quando a Filosofia da consciência atinge seu momento culminante no idealismo, de tipo formal, de Immanuel Kant e culminante porque concentra na subjetividade assujeitadora a totalidade do fenômeno da compreensão.

Tornou-se 'lugar comum' nos debates filosóficos referir-se à Kant como a 'revolução copernicana' da Filosofia, em alusão ao mesmo impacto causado nas ciências da natureza pela Teoria Heliocêntrica de Copérnico que colocou termo à crença da posição da Terra como 'centro do universo' construída por Ptolomeu.

De fato, o 'sol kantiano' na posição central do universo da teoria do conhecimento se deu pela superação promovida pelo filósofo alemão por meio das suas Críticas, em especial, a "Crítica da Razão Pura' superando a velha contenda entre racionalistas, para quem a mente humana conteria um conhecimento inato alcançado pela razão, e os empiristas, para quem a mente humana seria 'uma folha em branco' e o conhecimento adviria da experiência sensível. Mas em que consistiu a 'revolução copernicana' do conhecimento protagonizada por Kant?

Na Crítica da Razão Pura, o filósofo promove um acerto de contas com a 'metafísica tradicional' e elabora um modelo de teoria do conhecimento em que recusa a possibilidade de nosso acesso 'às coisas em si mesmas', ou seja, nosso acesso à verdade intrínseca dos objetos, os quais seriam incognoscíveis à razão humana. Kant desloca a questão acerca da definição da 'verdade' para a busca do 'critério da verdade', vaticinando - após afirmar que apenas ver e pensar não seriam condições suficientes ao conhecimento, pois poderiam 'distorcer' uma suposta real natureza das coisas - que '*não somos capazes de conhecer as coisas em sim mesmas, [...] tudo o que conhecemos são os fenômenos, e não coisas em si, ainda que possamos pensar as coisas em si*'.[27]

---

[26] Idem, ibidem. p.91

[27] REGO, Pedro Costa. Kant: a revolução copernicana na filosofia. (In) Seis filósofos na sala de aula. Figueiredo, Vinícius (org). São Paulo: Berlendis&Vertecchia, 1º edição, 2006, pp. 161-163

A par disso, Kant descortinará o horizonte para o conhecimento, como dizíamos, por meio da fusão, ou síntese, entre a forma (da razão) e matéria extraída da intuição sensível (experiência), já que desta última teria origem todo o conhecimento, como diz de modo explícito:

> "[...] poderia bem acontecer que todo o nosso conhecimento de experiência seja um composto daquilo que recebemos por impressões e daquilo que nossa própria capacidade de conhecimento (apenas provocada por impressões sensíveis) fornece de si mesma, cujo aditamento não distinguimos daquela matéria-prima antes que um longo exercício nos tenha tornado atento a ele e nos tenha tornado apto à sua abstração".[28]

Com essa sentença, a filosofia kantiana consistirá em que o conhecimento ocorrerá pela apreensão das coisas mediante a experiência sensível (tal como no empirismo), porém, amoldadas à mente a partir de um juízo *a priori* (tal como no racionalismo) que por sua vez, dispensa qualquer experiência sensível anterior, mas sempre a partir de um sujeito universal.

Nas palavras do próprio filósofo:

> "Sem sensibilidade nenhum objeto nos seria dado, e sem entendimento nenhum seria pensado. Pensamentos sem conteúdo são vazios, intuições sem conceitos são cegas. Portanto, tanto é necessário tornar os conceitos sensíveis (isto é, pô-las sob conceitos). Essas duas faculdades ou capacidades também não podem trocar as suas funções. O entendimento nada pode intuir e os sentidos nada podem pensar. O conhecimento só pode surgir da sua reunião."[29]

Essa apreensão ocorre, importante insistirmos, a partir da realidade 'que se mostra', dos fenômenos, diretamente ao sujeito, daí a importância de se conhecer as funções lógicas do pensar, porque isso implicará conhecer as coisas, a natureza e mundo como entidade fenomênica.

Logo, como o mundo não será "apreendido em si mesmo" mas como 'fenômeno', de novo, como aquilo "se mostra ao sujeito', revela-se a participação do sujeito, não na criação do objeto do conhecimento, mas no processo de sua constituição, o que de forma alguma, porém, será arbitrária.[30]

---

[28] KANT, Immanuel. Crítica da Razão Pura. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 53 (Coleção Os Pensadores)
[29] Idem, p. 92.
[30] REGO, Pedro Costa. Kant: A Revolução copernicana na filosofia, op. cit., p. 175

Para boa compreensão desse processo de "participação de constituição do objeto do conhecimento", importa sabermos que o sujeito, em Kant, não fica à espera das impressões das coisas, numa espécie de comportamento passivo, antes, e por meio de sua razão, ele tem um 'plano com qual vai à frente" ao encontro do que a natureza tem a oferecer.

E isso se dá mediante a existência de uma 'moldura formal', um conhecimento *a priori (*outro termo caro à filosofia kantiana) que ocorre de modo anterior a qualquer experiência, e isso seria como que uma das 'mãos da razão', e de modo complementar, do outro lado, representando a 'outra mão' (com a qual dar-se-ia uma espécie de diálogo) estariam as respostas dadas à razão pela experiência sensível, de sorte que ao final desse processo de conhecimento, teríamos o 'diálogo' entre razão e experiência.[31]

De modo sucinto e com vistas a clarear essa passagem quanto à participação do sujeito na constituição do conhecimento, mas realçando que isso, de modo algum se dá de forma arbitrária, talvez até de tipo subjetivo ou fantasioso, é a lição de Celso Ludwig:

> "Como se vê, há um processo no conhecer que parte das intuições sensíveis, passa pelo entendimento para atingir a razão [...] Em síntese, pela intuição sensível, tem-se a multiplicidade reduzida à unidade pelo entendimento, através de suas regras. Estas são tomadas pela razão como ponto de partida para atingir uma unidade mais elevada, os princípios. A unidade dos princípios é buscada pelo uso lógico da razão, pelo raciocínio. Explica-se, assim, o uso puro da razão". A razão pura, com efeito, é a busca do incondicionado, considerado como condição última de todas as condições".[32]

Assim, fica melhor evidenciada a expressão 'revolução copernicana' na filosofia ao passo que percebemos que a teoria do conhecimento elaborada por Kant reconhece, como os empiristas, a origem do conhecimento pela realidade sensível, mas que nela não se esgota para ser posteriormente recepcionada pelos juízos *a priori* (analítico) da razão por um sujeito de tipo universal, na busca pelas condições de possibilidade do conhecimento a partir da reflexão de um *eu cognoscente*, em que os transcendentais[33] são determinantes em relação à experiência.

---

[31] Ibidem, p. 185

[32] LUDWIG, Celso Luiz. A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir de Enrique Dussel. Curitiba, 1995. Dissertação – Setor de Ciências Jurídicas, UFPR, p. 32

[33] Segundo Pedro da Costa Rego, Transcendental em Kant "diz respeito a tudo aquilo que, pertencendo *a priori* ao sujeito, condiciona a possibilidade do conhecimento de objetos dados, isto é, condiciona a possibilidade de experiência". REGO, Pedro Costa. Op. cit., p. 169

Dito ainda de forma mais simples, e de modo a enfatizar a função da subjetividade no processo de participação da constituição do objeto, marca indelével da modernidade e do paradigma da consciência, é a lição de Ricardo Marcelo Fonseca, para quem *"não é o sujeito que se orienta pelo objeto, mas é o objeto que é determinado pelo sujeito, ou, dito de outro modo, em vez da faculdade de conhecer ser regulada pelo objeto, é na verdade o objeto que é regulado pela faculdade de conhecer".*[34]

A repercussão do kantismo e sua epistemologia como aqui tratados, no âmbito do Direito, foi o diálogo com o positivismo jurídico de tipo formalista e normativista, engessando a possiblidade de interpretação aberta aos horizontes da vida fática, ou seja, a uma perspectiva material própria da complexidade dos fenômenos e eventos sociais, posto que a repercussão da sua teoria aplicada ao 'agir ético', à prática', donde o objeto jurídico se insere, ficou adstrito a um tipo formal apreendido aprioristicamente pelo sujeito.

Pretendemos aqui dizer, que a 'ética kantiana', tão relevante na formulação do positivismo jurídico, foi ancorada numa universalidade formal produzida no interior da sua 'Crítica da razão prática' (voltada a sua questão '*o que devo fazer?*) em que princípios e máximas subjetivas e universalmente consideradas formariam a estrutura de uma moral de tipo autônoma, ou seja, completamente desvinculada e independente de mediações outras que não a própria conduta considerada no interior da moral subjetiva.

Melhor explicando: Em Kant, a fundamentação 'heterônoma' da moral, não dialoga ou não aceita fundamentações voltadas a resultados ou com vistas a fins determinados, do tipo, busca da 'felicidade', do 'prazer', ou 'interesse', ou qualquer outra casuística de tipo, digamos, 'utilitaristas', de modo que a moral deve buscar interiormente a lei da própria razão, sem qualquer orientação teleológica (finalística) porque dando-se a si próprio a lei da própria Razão, garante autonomia a moral.[35]

Dentro dessa moldura da moral, baseada na vontade interior do sujeito, mas de um tipo e 'razão universal', a lei moral será sempre incondicionada, o que implica dizermos que a ética, pois, será sempre de tipo universal e, mais importante, independente da experiência, o que nos leva a concluir que diversamente da teoria do

---

[34] FONSECA, Ricardo Marcelo da. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002 *apud* Marrafon, Marco Aurélio. Op. cit., p 35

[35] LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação. Op. cit., p. 65

conhecimento formulada na sua ‘Crítica da razão pura’ que partia da experiência para se chegar aos princípios, aqui na sua ‘ética’ o caminho inverso é proposto pelo filósofo.

Não nos ocuparemos aqui de uma análise do positivismo e suas perspectivas[36], apenas fazemos necessária alusão ao seu predomínio nas ciências jurídicas desde o século XIX até os dias atuais, no liminar da ‘viragem linguística’ como será ainda melhor exposto.

Porém, interessa-nos como encerramento desse breve panorama dos paradigmas, noticiarmos que na sua perspectiva de ‘teoria do ordenamento jurídico’, seguramente o mais influente, o juspositivismo, como produto da razão moderna cartesiana e kantiana, traz explícita a exigência de uma ‘interpretação mecanicista’ nada exigindo do intérprete, além de uma explicitação do Direito e do seu conteúdo através de meios lógico-racionais que levam, por sua vez, a uma aplicação por raciocínios silogísticos extraídos de uma lógica formal.

Neste exato sentido, qual seja, o da identificação do ‘espírito formalista’ que viria, inclusive, a predominar no juspositivismo do século XIX como reflexo do ‘sujeito moderno’, amparado na desconsideração da análise de elementos concretos para a reflexão jurídica, são valiosos os apontamentos de Celso Luiz Ludwig:

> “O cometimento de Kant implica na necessidade de uma ética cujos princípios sejam universais, e para que seja assim, mostra que são *a piori* e que estão inscritos no próprio sujeito. A realização dessa universalidade, a partir do sujeito, se opera na ação através do imperativo categórico.

---

[36] De acordo com o clássico ensinamento de Norberto Bobbio, as características fundamentais do positivismo jurídico podem ser resumidas em sete pontos ou problemas: [...] *ao modo de abordar, de encarar o direito*: o positivismo responde a este problema considerando o direito como um fato e não como um valor [...]. o segundo problema diz respeito à *definição do direito*: o positivismo define o direito em função do elemento da coação, de onde deriva a teoria da coatividade do direito.[...]; o terceiro problema diz respeito às *fontes do direito* [...]; o quarto ponto diz respeito à *teoria da norma jurídica* [...]; o quinto ponto diz respeito à *teoria do ordenamento jurídico*, o que considera a estrutura não mais da norma isoladamente tomada, mas do conjunto das normas jurídicas vigentes numa sociedade [...]; o sexto ponto diz respeito ao *método da ciência jurídica*, isto é, o problema da interpretação (...)o positivismo jurídico sustenta a teoria da interpretação mecanicista, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito (empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica). Este foi o ponto escolhido pelos adversários para desencadear a contra-ofensiva contra o positivismo jurídico e que gerou um longo debate tremendo, chamado pelos alemães de “batalha dos métodos” *(Methodenstreit). O sétimo ponto diz respeito à teoria da obediência [...].* Concluindo, o positivismo jurídico pode ser considerado sob três aspectos: a) um certo modo de elaborar o estudo do direito (ver item 1); b) uma certa teoria do direito (ver itens 2 a 6); c) uma certa ideologia do direito (ver item 7). BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006,pp. 131-134

> A ética concebida nestes termos se caracteriza como uma ética formal, afastando toda ética teleológica. O formalismo provém da universalidade da lei moral e se manifesta na idéia (sic) do dever-ser como elaboração da razão, a partir de si mesma. O que está do lado do sujeito é a forma. Isto significa que a Ética como ciência não pode ser concebida a partir do empírico, vale dizer, a partir das condições históricas, da cotidianidade. Fica rechaçada a ética de modelo aristotélico."[37]

Não é em outro sentido, aliás, a crítica feita ao sujeito Transcendental kantiano, aquele de uma racionalidade formal e idealista, pelas (duras) palavras de Enrique Dussel para quem "(o) sujeito transcendental kantiano, o *Ichdenkeüberhaupt* (eu penso em geral), dá um passo definitivo do dualismo da modernidade, perdendo em seu formalismo o critério material do conteúdo ético dos atos humanos – só lhe resta a validade vazia."[38]

A crítica acima ilustrada é elucidativa para este trabalho na medida em que a sua base epistemológica é a vida concreta, substância extraída da realidade social, fenomenológica e existencial, condição necessária a garantir, como será visto, a compreensão da Constituição como um conjunto de enunciados linguísticos abertos, suficientes a uma interpretação ao mesmo tempo pluralista e emancipatória, empreitada que não se mostra possível nos paradigmas até aqui abordados.

E isso, porque neles (os paradigmas) o modelo hermenêutico atende a uma visão mecanicista (lógico-empirista) confiante na possibilidade de o sujeito cognoscente, em verdade um solipsista, extrair o 'verdadeiro sentido' do seu objeto, para nós, um texto legal, por intermédio apenas e tão somente de sua subjetividade, donde a acurada advertência, mais uma vez, de Marco Aurélio Marrafon:

> Tal concepção pressupõe a crença de que o texto legal pode ser tratado como objeto real, dotado de sentido próprio, que pode ser representado em sua inteireza pelo conhecimento fenomenológico, bem como sendo possível uma cisão absoluta entre o fato (texto normativo) e os valores subjetivos, características que constituem pressupostos da teoria positivista.
> Outrossim, ao encarar a linguagem como uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto e não como parte de um todo com sentido (sujeito + norma), o positivismo jurídico impõe ao direito um forte caráter de manutenção do *status quo*. Isto porque exclui a responsabilidade do agente de transformar a própria realidade, pois apenas observa, contempla e busca um sentido que já existe independentemente de suas crenças e senso de justiça."[39]

---

[37]LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação. Op. cit., p. 66
[38]DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 521.
[39] MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e sistema constitucional, Op. cit., p.53

Ora, é justamente contra a ‘anemia epistemológica’ dessa estrutura positivista que exsurgirá um panorama calcado na ‘realidade material’ (facticidade existencial), no claro reconhecimento, já no século XX, da insuficiência do método mecanicista herdado do paradigma da consciência para a complexidade do fenômeno jurídico e das relações socioculturais nas quais ele se vê profundamente mergulhado.

Os apontamentos feitos nas passagens acima, sobretudo com as características principais, embora não exaustivas, dos dois primeiros grandes paradigmas filosóficos e sua repercussão no fenômeno jurídico, permitem-nos agora a introdução na análise do terceiro paradigma da filosofia, e justamente aquele que servirá de fundamento à hipótese de trabalho dessa pesquisa e ao seu objeto referente à hermenêutica constitucional e ao direito de resistência, qual seja, a Filosofia da linguagem.

2. A Filosofia pela Linguagem: A Hermenêutica Antes e a partir da ‘viragem linguística’: Heidegger e a facticidade fenomenológica

Longa e bem sucedida foi a união entre o paradigma da consciência e o positivismo, talvez, seu filho mais dileto, filho preferido, aquele a quem se confiou a preservação dos ‘valores da tradição’ e a garantia da longevidade do seu sistema de pensamento, geometrizado, guiado pelo rigor da lógica formal e seus métodos de inferência, tanto dedutivos, à maneira do racionalismo, quanto indutivos, próprio do saber e da empiria científicos.

Mas como já antecipamos anteriormente, os saberes filosóficos não mudam abruptamente, num lance único de ‘estalar de dedos’, mas sofrem alterações quase imperceptíveis – salvo no caso dos espíritos mais argutos[40] – e vão assim, num crescendo, experimentando as mudanças de constelações e acervo do pensamento dominante, numa palavra: paradigma.

Dado o caráter ‘evolutivo’, ainda que quase imperceptível das nuanças de pesquisas, reflexões e entendimentos nas ciências humanas marcadas pelo estudo da

[40]Nietzsche chamava-os, ‘espíritos livres’, daqueles que, como ele se auto-intitulou, nasceram “póstumos’. NIETZSCHE, Friedrich. Humano, Demasiado Humano: um livro para espíritos livres. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 34

linguagem, irrompe um novo paradigma na história da filosofia, como nos dá notícia Karl-Otto-Apel:

> Talvez se possa chegar sem dificuldades – entre os conhecedores da literatura filosófica – ao consenso de que em nosso século a ocupação do filósofo com a própria consciência, algo característico para a Era Moderna, deu lugar, mais recentemente, à ocupação do filósofo com a linguagem. E isso parece significar que a filosofia da linguagem veio ocupar o lugar da epistemologia tradicional – a filosofia da linguagem não como tematização do objeto da linguagem entre outros tantos objetos possíveis da cognição, mas sim como reflexo sobre as condições linguísticas da cognição.[41]

Karl-Otto Apel chama a atenção de modo explícito, portanto, de que a epistemologia tradicional, outrora fincada no paradigma da consciência cedia espaço ao novo modelo de se pensar e investigar o conhecimento, agora não mais pelo 'método mentalista' de um sujeito isolado, solitário, que projetava sua reflexão diretamente a um objeto para dali, 'assujeitando-o', retirar o conhecimento possível, mas a revolução agora ocorreria pela investigação das possibilidades do conhecimento por meio da análise linguística, ou seja, pela linguagem como condição de acesso e, mais importante, constituição do conhecimento, colocando-se em lugar da certeza da subjetividade.

O paradigma da linguagem ou, '*giro linguístico*', veio nessa toada a colocar a linguagem, a partir de estudos, pesquisas e descobertas no campo da linguística e da semiótica, como um fenômeno a inundar a Filosofia e as ciências humanas, fazendo dela, como mais adiante veremos em Martin Heidegger, a 'morada do ser'.

Mas por quê a linguagem, desde sempre instrumento de comunicação (ponte necessário no 'fazer epistemológico') veio a se tornar, ela mesma um paradigma filosófico?[42] Algumas pistas, pequenos 'sopros filosóficos' podem ser buscados no pensamento de Ernildo Stein.

---

[41] APEL, Karl-Otto.Transformações da Filosofia II. São Paulo: Loyola, 2000. pp. 353-354

[42] Neste processo de tentativa e superação da razão moderna, fincada na subjetividade, foram também decisivos os trabalhos de Marx, Nietzsche e Freud que, cada qual a sua maneira, 'dinamitaram' aquela certeza do paradigma da consciência fundada no 'método mentalista' do sujeito cartesiano. Em Marx, com a introdução da noção de ideologia como 'falsa consciência', de maneira que o 'ser' do homem, estaria antes determinado pelo 'ser social' moldado pelas condições materiais típicos do modo de produção capitalista na dinâmica própria e dialética do materialismo histórico; Em Nietzsche, com a denúncia da ilusão moderna herdeira do modelo socrático-platônico, que por sua vez, confiando no triunfo da razão apolínea contra o modelo dionisíaco, deixou para a modernidade uma excessiva submissão à razão causando alienação e escravidão do homem, no que teria resultado na edificação de uma 'moral de fracos e escravos' apegada a uma metafísica, ora racional, ora deísta, no caso dos cristãos. E por fim, com a

Retomando a máxima aristotélica do 'homem como ser racional', Stein vai, por meio de digressões importantes, mapeando o sentido dessa máxima a ponto de concluir que a 'racionalidade' de que nos falava o filósofo grego está intimamente ligada a nossa capacidade de apreensão do mundo, o que se dá em virtude de uma linguagem que absorve todos os mundos, todos os discursos (inclusive o científico) porque é ela mesma 'o mundo do qual falamos', ou seja, na linguagem se encontram, sempre inseparáveis, o sujeito e o objeto, numa mesma unidade discursiva, sem a qual o sujeito sequer teria acesso ao objeto.[43]

Mas isso não responde à questão da estrutura, natureza e esse seu status epistemológico na contemporaneidade. Então, Stein continua explicando que a racionalidade do homem consiste em sua disposição de criar conceitos, de ter experiências a partir deles, de modo tal, portanto, que não haveria qualquer saber que não fosse proposicional (enunciativo), ou seja, constituído pela linguagem.[44]

Citando Tugendhat, Stein afirma que "O ser humano é racional porque é capaz de fazer uso correto de *enunciados assertóticos predicativos*, ou seja, é capaz de dizer frases que podem ter a propriedade de verdade ou falsidade".[45]

A possibilidade de criar aqueles *enunciados assertóticos predicativos*, noutra palavra, proposição, cuja verificação de verdade ou falsidade sempre foi ocupação de uma das racionalidades da Filosofia, é a condição que confere estrutura (linguística) aos sentidos, e ao mesmo tempo, se constitui em princípio fundamental de racionalidade, e não se trata de um princípio qualquer, mas sim do tipo que permite abraçar e pensar toda a racionalidade, como nenhum outro princípio antes foi capaz de fazê-lo, como ilustra Ernildo Stein:

> Levando isso até suas últimas consequências, podemos dizer que o ser humano não tem nenhum outro princípio de racionalidade que lhe permite pensar o todo. Nem qualquer um dos elementos que os gregos apresentavam, nem a ideia de Platão, nem a substância de Aristóteles, nem o Deus da Idade Média, nem as formas puras de Kant, nem o eu, sujeito absoluto de Hegel, nada permite ser um princípio de racionalidade ao qual se referem todas as racionalidades das ciências, se em primeiro lugar não está pressuposto este elemento de racionalidade. Este, por exemplo, segundo Tugendhat, é o único elemento de racionalidade: Ser capaz de produzir enunciados assertóticos

introdução na análise do inconsciente em todos os seus níveis, como determinante da conduta 'racional' por meio do aparecimento da psicanálise freudiana. MARRAFON, Marco Aurélio. Op. cit., p.133-141

[43] STEIN, Ernildo. Aproximações sobre hermenêutica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2º edição. 2004, pp. 14-15

[44] Ibidem, p. 16

[45] Ibidem. p. 17

> predicativos. Ter condições e possibilidades de...trazer consigo o *como*, ser sustentado *pelo algo como algo*. Tratamos da linguagem sempre com esse pressuposto fundamental: ser capaz de usar enunciados assertóticos predicativos é ser capaz de falar. E se tratamos de filosofia da linguagem, tratamos propriamente dessa questão e isso quer dizer racionalidade. Mas há um limite....[46]

A apreensão do mundo, dos saberes, da busca do sentido e filosofia primeiros (metafísica), mesmo quando nos deparamos em caminhos tortuosos (aporias) ou deliciamo-nos com as respostas encobertas com o véu da verdade – sem aqui nos preocuparmos com a ontologia dessa v*erdade* – é sempre nas teias da linguagem que nos encontramos, é sempre em meio a um oceano de proposições e enunciados linguísticos que, ao invés de afundarmos, estamos sempre 'criando nossos mundos'.

Mas a linguagem apresenta também problemas e dificuldades que podem ser sentidas quando percebemos que nenhum homem é capaz da criação dos enunciados perfeitos, livres de erros e confusões gramaticais, porque o homem, sempre, fala a partir de uma historicidade, de um mundo próprio no qual já está inserido, e portanto, formado por um cipoal de cultura, de significados e, mesmo diante de um processo linguístico lógico-formal, como queria o positivismo Lógico do Círculo de Viena[47], o próprio processo lógico também está imbricado num dado contexto de compreensão, em que essa cultura e historicidade já se interpuseram entre a linguagem e os objetos a que ela se direcionou.

Em suma, mesmo que se reconheça uma pretensão de 'pureza' lógica-formal gramatical, que em verdade não se sustenta, como vimos acima, ou ainda com mais acerto, nos desencontros havidos nos processos linguísticos de acesso aos objetos, por meio dos significados, e isso em razão da dependência que as próprias proposições têm em relação aos contextos (histórico, cultural, etc) resulta que a linguagem, ela mesma, também requer *interpretação.*[48]

Assim, mesmo (e principalmente) no âmbito da Filosofia da Linguagem, a hermenêutica vem a ocupar tarefa de 'des-velamento' de sentidos, de compreensão do mundo como uma 'interpretação universal', no reconhecimento da 'mundanidade' a que estamos lançados de maneira inexorável, como ensina, uma vez mais, Ernildo Stein:

---

[46] Ibidem. p. 18

[47] O movimento reuniu pensadores, inspirados pelo *Tractatus Lógico-Philosophicus*, de Wittgenstein, que objetivaram unificar a ciência entorno de um único sistema, redefinindo o papel da filosofia frente à ciência e tendo a Física e os preceitos lógicos por base fundamental. GUIRALDELLI, Paulo Jr. História essencial da filosofia. Volume 4. São Paulo: Universo dos Livros, 2010. pp. 112/113

[48] STEIN, Ernildo. Aproximações sobre hermenêutica. Op. cit., p.20

> A racionalidade, portanto, se constitui sempre de uma certa maneira ambígua. Seja-nos permitido usar esta palavra: Há uma ambiguidade fundamental no homem e por haver esta ambiguidade fundamental é que estamos condenados à hermenêutica. A compreensão e a interpretação são formas deficientes de acesso lógico aos objetos e de acesso lógico ao mundo, mas talvez sejam formas sábias. Em todo caso quem tem consciência disso é apenas a filosofia.[49]

Ponto necessário de partida: a hermenêutica deu saltos na história do pensamento e entendimentos humanos, alcançando novo status a partir da filosofia da linguagem, pois se antes era simples 'método' de busca do sentido de textos, originalmente das 'sagradas escrituras', análise genuinamente gramatical para o 'des-velamento' do que jazia oculto, remontando à origem mitológica, cuja etimologia Hermes, era o mensageiro dos desígnios divinos aos homens, torna-se arte de aspirações totalizantes de compreensão do mundo pela raiz da filosofia existencialista que dominaria o panorama intelectual do início do século XX.

No paradigma anterior, da filosofia da consciência, a interpretação jurídica, na matriz teórica do positivismo clássico, criou métodos e tipos específicos para o 'des-velamento' do sentido da norma, obedecendo ao natural distanciamento do sujeito (intérprete) do objeto (texto), como quê partindo sempre de um 'grau zero de intepretação', cabendo ao jurista tão somente trazer "à tona o sentido da lei que já estaria lá, pronta para ser descoberta' pelo intérprete 'assujeitador do objeto'.[50]

Na teoria contemporânea do pensamento filosófico, chamamos 'viragem linguística' a uma agora concepção, um 'giro epistemológico' que vai centrar o debate sobre a análise da linguagem em lugar de fatos ou estados de consciência do sujeito cognoscente (eu), implicando, assim, numa guinada da postura (ou paradigma) mentalista para linguística.

E é nesse novo paradigma que a obra e pensamento de Martin Heidegger alçou relevo e papel de inquestionável objeto de estudo e, porquê não dizermos, sincera curiosidade – verdadeiro *tauma/espanto,* como sói acontecer com o primeiro impulso à autêntica postura do filosofar.

---

[49] Idem, p. 22

[50] Como no dilema de Eros Roberto Grau e a 'Vênus de Milo' que já estava no mármore pronta e apenas aguardando ser desvendada pelo artista Alexandros de Antioquia. BORGES, Guilherme Roman. Filosofia e teoria do direito: breves apontamentos. Curitiba: IFDDH, 2016, p. 460

De modo simples, o ato de interpretar, antes ancorado na reprodução de um conhecimento que já estava ali, pronto e aguardando ser encontrado – lembremos uma vez mais da Vênus de Milos de Eros Grau – portanto, como ato de conhecimento, alcança um patamar de produtor, constituinte do conhecimento. Não mais, agora, na conhecida metáfora brasileira, 'ponte interposta entre sujeito e objeto', porque estavam separados, mas condição de possibilidade do conhecimento.

Essa elevação epistemológica encontrou fundamento, dentre outros pensadores cuja análise fugiria à extensão e propósito dessa pesquisa[51], em dois expoentes da tradição filosófica alemã contemporânea, em Martin Heidegger, e depois pelo aprofundamento por Hans-Georg Gadamer que fora antes seu discípulo.

Assim, é que tratar da Hermenêutica sob essa nova e contundente roupagem, implica a abordagem do paradigma da 'viragem linguística', verdadeira revolução no âmbito das 'ciências do espírito', para imersão nas suas consequências, sobretudo pelas ciências sociais, em geral, e o Direito, em especial.

De início, e apontando um dos fatores envolvidos na mudança de paradigma, sobretudo na pontual e específica área do Direito, que o positivismo anterior era não só excessivamente racional, formal, e rigoroso na pretensão de distanciamento entre sujeito e objeto, com alguma liberdade de análise, diríamos que talvez o 'mal maior' fosse o elevado espírito pretensioso com que impunha seu método na busca da revelação das verdades nas 'ciências do espírito'.

Essa nossa acusação fica ainda mais evidente quando da abordagem da interpretação jurídica, onde sobreleva a pretensão de anulação (ou suspensão) das idiossincrasias do intérprete (sujeito) quando da análise do texto jurídico; em outras palavras, na crença de que seria possível uma abordagem sem qualquer anterior 'pré-conceito' carregado dos valores e do 'sistema de mundo' que já lhe era anterior à tarefa

[51] Essa mudança no âmbito da interpretação pela linguagem, iniciada com as Investigações de Wittgenstein e depois com Verdade e Método de Gadamer vai encontrar um fértil terreno no campo da teoria do direito, o que levará essa 'nova hermenêutica' a permitir reaproximações com a Moral, permitindo que o tema dos valores voltasse aos Estados contemporâneos por meio de suas cartas constitucionais, tendo como consequência a filtragem constitucional e o desenvolvimento de novos controles de constitucionalidade, rompendo, desse modo, com um ciclo de longa duração, de tipo braudeliana, do constitucionalismo moderno. BORGES, Guilherme Roman. Op. cit., p. 482

interpretativa – o que será bem mais analisado adiante com a filosofia existencialista alemã de Heidegger e Gadamer.

A esse propósito, é a breve exposição de Guilherme Roman Borges para quem:

> (...) a hermenêutica não é um processo desinteressado, mas existencialmente vinculado e toda compreensão é uma pré-compreensão. Jamais se parte de uma página em branco, pois, no mínimo, já estão presentes no sujeito e no discurso preconceitos dos quais não se pode deslembrar. Não há leitura desinteressada. E isto tem uma reflexão decisiva para o Direito, pois, especialmente na figura do juiz pela concretização da normatividade põe-se às claras que o juiz quer decidir, e não apenas conhecer, logo, a aplicação do direito condiciona a hermenêutica jurídica. Não se trata de uma especulação isolada, mas é uma atividade intelectiva orientada para fins de decisão e aplicação. Logo, é necessário inserir a norma num contexto amplo onde estão os impulsos hermenêuticos. Intérprete é, antes, um tradutor do direito, tal o processo de tradução para Tercio Sampaio. Assim, a hermenêutica jurídica entra em crise e o processo neutro e simples de extração da verdade se transforma em prelevado ato de interpretação criativa de sentidos"[52]

A transcrição acima é lapidar, em que pese sucinta, na identificação de alguns dos dos elementos essenciais da 'denúncia' anteriormente feita à pretensão de método do positivismo clássico na interpretação jurídica, trazendo noções como 'pré-conceitos', 'criação de sentidos' ' desinteresse' e 'tradução', elementos esses, por sua vez, que constituem a raiz da abordagem existencial da ontologia fundamental que será trabalhada por Heidegger, num primeiro momento, e depois aprofundada por Gadamer e as suas chamadas 'hermenêuticas', pesquisas fundamentais na tentativa de superação do positivismo no âmbito da 'razão hermenêutica' como assinalado por Celso Ludwig ao propor uma classificação no interior do 'virada linguística' e aqui também assumida.[53]

Antes, e a título de advertência necessária, e sem olvidarmos do fato de que a hermenêutica, em todas as suas formas, faces e origens deve permear todo o presente trabalho, e não apenas capítulos ou momentos específicos, façamos uma notícia da sua ligação íntima com a questão não apenas do conhecimento (epistemológica) mas sobretudo com relações de poder, a partir do pensamento grego e da posterior cultura helênica.

Se Hermes era, na mitologia grega, o 'mensageiro' dos desígnios divinos aos homens, com o processo de laicização que se seguiu à transferência do *mythos* ao logos,

---

[52] BORGES, Guilherme Roman. Op. cit., p. 465

[53] O autor caracteriza a 'viragem linguística' como um paradigma divido em três razões: i) Sistêmica (da obra de Lhuman), ii) Instrumental (do agir comunicativo de Habermas) e por fim, iii) Hermenêutica (Gadamer). LUDWIG, Celso Luiz. Op. cit, p.93

possibilitando o florescimento da filosofia na Antiguidade Clássica, a possibilidade de transmissão do conhecimento, sobretudo jurídico, trouxe consigo uma relação de poder, por vezes de modo absoluto, pois interpretar é, desde a origem, meio de des-velamento, de trazer à superfície o que jazia oculto, o que confere ao intérprete uma posição singular nas sociedades.

Esse poder, na origem e também atualmente, esteve ligado ao 'poder de fala', de revelação 'do que é o direito', de exercício, pois, de revelação de segredos e questões ligadas tanto à intimidade como de questões públicas de interesse maior da pólis.[54]

Todavia, uma peculiar característica da interpretação presente desde a Antiguidade, e sobretudo, entre os gregos, e talvez em razão desse mencionado caráter de 'exercício de poder', ainda que indireto, é que essa possibilidade de 'des-velamento' dos sentidos, está associada a um *ethos* muito mais do que a um juízo cognitivo (o que seria uma importante distinção com o modo romano de interpretar), conforme Guilherme Roman Borges:

> Enfim, a preocupação em interpretar, independentemente das hipóteses, muito embora tivesse um cunho pragmático, evidentemente não descurava, para os gregos também neste capítulo de um conteúdo ético. Havia sempre no ato de interpretar um juízo do "bem interpretar", do interpretar corretamente segundo as regras morais e segundo a boa condução do raciocínio/argumentação. Interpretar não era apenas um dever com a norma, com sua origem, o seu sentido, mas antes, um dever com o julgamento ético, com o bom senso. Aristóteles, inclusive, chega a vinculá-lo diversas vezes na Ética a Nicômaco como uma virtude do homem e sua regra de conduta. [55]

A observação se faz importante à medida que nos permite uma imediata associação com o preponderante papel das Cortes de justiça contemporâneas, tanto no sistema da tradição romanista, caso do Brasil, como ainda no Direito da *comonlaw*(países de língua inglesa) em que a função de aplicação da norma jurídica, e sempre com um forte componente interpretativo, como veremos mais adiante, próprio das tentativas contemporâneas de superação do positivismo oitocentista, é ainda profundamente herdeira dessa tradição grega de representar, pela abertura semântica e linguística, o panorama ético da sociedade em que atua.

---

[54] BORGES, Guilherme Roman. Op. cit, p. 449
[55] Ibidem, p. 451

Hoje, tal conduta se revela onipresente quer pensemos em explícitas posturas e decisões do Supremo Tribunal Federal quando assume função dita 'iluminista' ou 'contramajoritária', não disfarçando – ignorando se é sua intenção ou não – a postura de típico ativismo judicial, o que também já se verificava, portanto, como lembra Borges, na cultura jurídica grega como resultado de uma condensação da busca de uma 'opinião mais justa'.[56]

Por outro lado, e de um modo um tanto diverso, na cultura romana, muito menos secular que a grega, logo, mais religiosa, a interpretação estava muito mais próxima de uma 'mediação religiosa' feita com exclusividade pelos pontífices (construtores de pontes entre o mundano e o divino) que compunham o Colégio de Pontífices, em que se destacavam os augures, responsáveis pela interpretação dos presságios por meio do *iusauspiciorum.*[57]

É por essa razão que pudemos afirmar anteriormente que à função interpretativa estava ligado o exercício de poderes, às vezes até absolutos, em função dessa íntima relação do des-velamento com o divino, como dito, ponte entre a *civitas* e os Deuses, donde surgiam extensas e complexas relações estruturais e jurídicas que compunham o conjunto das regras de convívio no interior das comunidades. Ou seja, mesmo que dentre os romanos prevalecesse o caráter cognitivo da interpretação, era ainda indiscutível o seu papel na formação do *ethos* do corpo social.

Todavia, e justamente em função desse poder de revelar segredos, ampliado pelo caráter de prerrogativa exclusiva dos pontífices, acompanhado de uma gradativa laicização no período republicano da Roma antiga, que a interpretação do direito foi sendo ampliada, ainda que para seletos grupos de expertos, o que não deixava de representar, portanto, uma laicização da interpretação, muito embora se conservasse o controle das normas a alguns poucos, como lembra Guilherme Roman Borges:

> Com o desenvolver das estruturas políticas e da laicização do saber jurídico, como adiante mais investigado, esta tarefa de dar respostas aos problemas dos homens sai do Colégio de Pontífices e passa a figuras públicas, inicialmente os conhecedores das normas humanas, os prudentes, em seguida de modo reflexo aos pretores, e, por fim, de modo mais vivo, aos profissionais intitulados jurisconsultos *(iuris consultus*). De qualquer modo, toda manifestação casuística destas personalidades por meio das respostas (responsa) passou a ser decisiva na condução dos

[56] Ibidem, p. 451
[57] Ibidem, p. 452

> comportamentos dos indivíduos, especialmente quando assumem lentamente um lugar no *iuscivile*. Assim, vestiram desde sempre uma natureza de força jurígena.[58]

Essas breves passagens históricas aqui referidas, bem nos dão a dimensão da natureza não apenas cognitiva ou epistemológica da intepretação do Direito, enquanto Teoria hermenêutica, mas como, desde a Antiguidade clássica e helênica, da qual somos, indiscutivelmente, herdeiros diretos, mas também como mecanismo afeto a uma verdadeira Teoria do poder, formadora direta das conformações (e deformações) do *ethos*, da estrutura social e do *design* das relações que se desenvolvem no interior das comunidades contemporâneas.

Essa observação se mostra assaz importante em razão da análise futura, neste trabalho, do papel de grupos sociais em sentido amplo (sociedade civil organizada e movimentos sociais, primordialmente) como atores de transformação do *ethos* social e comunitário a partir do chamado 'direito de resistência' o qual por sua vez encontrará ancoragem numa hermenêutica constitucional substancialmente democrática e com uma necessária abertura semântico-linguística, condição do Estado democrático de direito.

É que talvez hoje os 'oráculos délficos' ainda mantenham, de forma insistente, uma postura de resistência à abertura interpretativa, tanto no tocante aos legitimados a tal possibilidade, quanto ainda (e mais grave) quanto ao alcance das possibilidades e resultados dessa postura aberta e laicizada não apenas no sentido de um secularismo que é próprio das repúblicas contemporâneas, mas também pela permanente disposição de um acontecer sempre 'em aberto' e a dialogar com as transformações sociais.

Dito de outro modo, revela-se o caráter e a natureza diacrônica da interpretação, ou seja, o seu caminhar contínuo pela história das ciências humanas não apenas como 'ciência ou arte' de revelação de sentidos, mas igualmente de instrumento de poder, de facticidade real e concreta, de domínio, mas também, e essa é a hipótese aqui trabalhada, de emancipação e fortalecimento do processo e das instâncias democráticas, libertas dos redivivos "Colégios de Pontífices' que pululam, ainda, em nossa tradição.

A possibilidade e o caminho em aberto para o que há pouco chamamos de necessidade de laicização da interpretação, naqueles dois sentidos colocados, cujo reflexo seria o abrandamento da interpretação como tarefa exclusiva dos atuais "Colégio

[58] Ibidem, p. 458

de Pontífices' passam pela 'nova hermenêutica' numa nova ontologia, como trabalharemos a seguir.

Desenvolvido por Thomas Khun, a noção de paradigma[59] nos dá a dimensão de um momento na história do pensamento científico em que dado conceito, teoria ou ideia tem força dominante, porque aceita pela comunidade científica e resiste até uma nova substituição, até que outros modelos ganhem prevalência e assumam o centro epistemológico de (re) conhecimento pela comunidade científica numa constelação de princípios necessários ao conhecimento puro e racional.

O grande salto arquimediano nesse modelo é a constatação de que o conhecimento deixa seu estatuto absoluto (e estático) para assumir uma 'relatividade' próxima da ideia de verdade passa a ser compreendida a partir do ponto de vista referencial do sujeito que pensa, problematiza e teoriza, à medida que o sujeito, agora, 'ser que pensa' é que dará sentido ao ente.

O conhecimento então deixa de ser 'descoberto', de modo objetivo, para ser 'construído' pela subjetividade que compreende, e esse percurso só se dá pelo caminho da hermenêutica, antes, profundamente marcado pelo idealismo da teoria do conhecimento kantiana e na chamada 'revolução copernicana' imposto pela sua visão.[60]

O 'ente' deixa de ter um fundamento em si mesmo para ser desenhado pela perspectiva do observador. Em sentido mais simples: a verdade é construída pelo sujeito que pensa, e não mais pela simples contemplação intelectual; o sujeito, aqui, é constituinte da verdade, ele revela o entendimento, e tal se dá pelo labor hermenêutico,

---

[59] Segundo o próprio autor, o paradigma: De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal". Num segundo sentido: Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade consiste em homens que partilham um paradigma. KHUN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 5º edição. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000, pp. 262/263

[60] De modo sucinto, trata-se, aqui, da constatação de Imanuel Kant em sua Crítica da Razão Pura quanto à impossibilidade de conhecimento e acesso da 'coisa em si' (*noumenon*) mas tão somente ao fenômeno à aparência/àquilo quese mostra (fenômeno), de modo que se o conhecimento é obtido pela experiência sensível, o sujeito é o criador do conhecimento pela interferência na constituição do objeto, posto que o fenômeno seria justamente o resultado do encontro de algo em si (enquanto tal incognoscível) e elementos do sujeito que põe a conhecê-lo. (REGO, Pedro Costa. **Kant: a revolução copernicana na filosofia**. In FIGUEIREDO, Vinícius de. (org). Seis filósofos na sala de aula. São Paulo: Berlendis&Vertecchia editores. 1º edição, 2006. p. 164

pelo conjunto das condições e pricípios que buscam o desvelar de sentido neste espaço epistemológico, como dito por Habermas: 'o trabalho de constituição de mundo deixa de ser uma tarefa da subjetividade transcendental para se transformar em estruturas gramaticais'.[61]

Tendo passado antes pela Escola neopositivista do Círculo de Viena (Positivismo Lógico), essa nova abordagem seminal da filosofia da linguagem vai encontrar um novo horizonte de desenvolvimento nas pesquisas de Ludwig Wittgenstein, em especial em suas Investigações filosóficas, onde a linguagem não mais se revelaria como ponte de ligação entre sujeito que observa e conhece (o objeto), mas agora é ela mesma a possibilidade de conhecimento.[62]

2.1 Hermenêutica e a busca pela natureza do entendimento. Os antecedentes clássicos: Dilthey e Schleiermacher

A Hermenêutica dita filosófica, como veremos, foi precedida de outras epistemologias que promoveram uma abordagem de matriz, ora muito próxima das 'ciências naturais' e seu método objetivo, ora com incursões subjetivas na busca da 'alma do autor/objeto' da análise interpretativa, modelos anteriores ao 'paradigma linguístico'.

Gadamer, como veremos mais a frente, elaborou as suas 'hermenêuticas' num esquema que já veio prefigurado no século XIX, o apogeu do positivismo nas 'ciências do espírito'. Nesse cenário, despontou o trabalho de Wilhelm Dilthey e uma pretensão de trabalhar as chamadas 'humanidades' já de modo diverso de outros positivistas, como Auguste Comte e Émile Durkheim, arautos do 'positivismo sociológico'.[63]

Mas em que consistiria essa diferença de abordagem de Dilthey?

À maneira positivista clássica, o método historicista e a interpretação estariam ancorada na 'explicação' a partir das causas dos fenômenos, tal qual o observador as veriam no mundo físico, logo, de maneira objetiva. De outro lado, Dilthey inaugura uma

[61]HABERMAS, Jürgen. Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 15
[62] BORGES, Guilherme Roman. Op. cit., p. 466
[63] Ghiraldelli Jr, Paulo. A Aventura da Filosofia: De Heidegger a Danto. São Paulo: Manole, 2011, 1º edição, p. 42

hermenêutica, enquanto método, baseada na ‘compreensão’, ou seja, no mergulho e análise das razões e motivos das causas, tal como um psicólogo diante de um esforço de imaginação em quê o observador se poria *‘no lugar do outro’*, no seu ‘ambiente histórico’, forjando, agora, uma ‘objetividade compreensiva’, num método de investigação que viria também a ser adotado por pensadores da fenomenologia, como Edmund Husserl e Martin Heidegger.[64] Isso assim se daria, porquê, para Dilthey, a explicação causal seria inapropriada para o objetivo e essência das ‘ciências humanas’.

Em Dilthey, para além de sua divisão entre ‘ciências dos espírito’ e ‘ciências humanas’ , cujos reflexos ainda estão presentes na epistemologia contemporânea, as questões colocadas sobre o entendimento do mundo, portanto, hermenêutico, estavam ligadas a ‘experiências vividas’ e a uma relação inextricável entre presente e passado histórico, mas sempre colocadas naquilo a que chamaria posteriormente por Jürgen Habermas de ‘*mundo da vida*’, deixando muito evidente que somos sempre ‘seres históricos’ razão mesma e pela qual o ‘entendimento’ estaria também amalgamado a um sentido histórico.

Todavia, se Dilthey inovou na sua abordagem de uma hermenêutica com metodologia ‘compreensiva’ em lugar de meramente ‘explicativa’ ainda assim, manteve um ‘caráter metodológico’ à tarefa interpretativa, o que viria se diferenciar da hermenêutica gadameriana, embora por ele muito influenciada, posto que esta dispensou o estabelecimento de um método específico, para situar-se, como será visto, numa ‘ontologia fundamental e filosófica’.

Não obstante sua contribuição para as ‘ciências humanas’, antes mesmo de Dilthey outro pensador também se debruçara com especial afinco sobre a questão das ‘hermenêuticas’, desenvolvendo um método denominado de ‘psicologização interpretativa’ de grande alcance e repercussão nesse cantão da Filosofia moderna, eis o que justifica, sob pena de inaceitável lacuna, uma notícia sobre Scheleiermacher.

Na denominada ‘hermenêutica romântica’, Schleiermacher tem o mérito de propor uma ‘hermenêutica geral’, ou seja, métodos de busca do entendimento para diversas categorias do conhecimento e interpretação, antes mais afeita ‘à busca de sentido dos textos bíblicos’, eis um mérito, como veremos, expressamente reconhecido por Gadamer.

---

[64]Idem, p. 43

Resgatando da retórica clássica a noção de ‘círculo hermenêutico’ (e que seria retomada mais tarde por Heidegger e Gadamer) o autor das ‘hermenêuticas românticas’ confere a ele uma nova ênfase, para explicar que o entendimento só é possível numa visão e leitura dinâmica entre as *‘porções de um texto e a unidade do todo’*, numa relação direta e necessária, de tal modo que ‘*o todo deve ser entendido em relação às partes, e estas ao todo’*. A ideia presente nesta exposição é a de que não se pode conhecer a leitura correta de uma passagem de um texto, ignorando ao mínimo uma ideia prévia, sobre o texto todo, valendo o caminho verso, ou seja, não é dado conhecer a totalidade de um texto sem antes o conhecimento de determinadas passagens.

Para Schleiermacher, no processo de compreensão de um texto, ter-se-ia, i) análise do aspecto gramatical-linguístico; ii) análise da intenção do autor, ou seja, uma imersão na sua psicologia. Este segundo aspecto, fonte de polêmicas irresolúveis, sobretudo com acentuada crítica de Gadamer, denominou-se ‘divinatório’, porque marcadamente subjetivo e com vistas à busca da ‘alma do autor’ o que possibilitaria, nesse ‘psicologismo’ por meio da interpretação, uma ‘recriação’ da obra em estudo pelo intérprete.

Assim, além do processo gramatical-linguístico na análise hermenêutica, claramente impessoal, portanto, somar-se-ia outro, subjetivo e pessoal (psicologista) que demandaria uma congenialidade, traduzida num compartilhamento de ‘sentimentos entre autor e intérprete’, como afirmado por Brito: “A proposta de Schleiermacher afirma a possibilidade de reconstruir na compreensão a determinação original de uma obra. Assim, poderíamos reconstruir o sentido de uma obra de arte ou literária transmitida do passado e que, por isso, nos chega desenraizada de seu mundo original’.[65]

Essa ‘fusão de almas’ proposta por Schleiermacher, na verdade, essa possibilidade de imersão na psicologia do autor, profundamente subjetiva, em que pese – como será visto adiante – encontrar algum paralelo com a abordagem gadameriana de contato entre autor e intérprete, mesmo considerando a distância temporal, é refutada de maneira muito enfática por Gadamer, ao não admitir o alcance da ‘dimensão psíquica’ do autor e a (re)construção da sua obra original, em razão, segundo Gadamer, de que o

[65] BRITO, Evandro Oliveira de. Consciência histórica e hermenêutica: considerações de Gadamer acerca da teoria da história de Dilthey. Revista Trans/Form/Ação [online]. São Paulo, nº2, volume 28, p 11

entendimento de um autor ultrapassaria as suas intenções e o sentido mesmo da produção em dado contexto pensado pelo autor.

É que em Gadamer, não seria possível o desprezo a historicidade mesma do intérprete, posto que sempre inserido numa realidade prévia que é já em si mesma condicionante do seu entendimento, nem tampouco seria válida a desconsideração da chamada 'consciência histórica', uma vez que toda interpretação é indissociável da sua própria ambiência política, cultural e social.

É por isso, também, que o entendimento hermenêutico, como sustenta Gadamer, não prescinde da abordagem dialógica e interativa, cuja deficiência acusa em Schleiermacher, e que representaria, no próprio 'círculo hermenêutico' a ausência de diálogo entre o 'todo e as partes'.

Mas se com esses dois autores, Dilthey e Schleiermacher, brevemente visitados, as 'hermenêuticas' ainda não haviam sido de todo inseridas na 'virada linguística' do que viria a se tornar o novo paradigma em meados do século XX - não obstante sua notável contribuição para o entendimento das 'ciências humanas', avanço maior que só não foi possível em razão de estarem ainda 'presos nas teias oitocentistas' **-** o início do grande salto, da viragem propriamente dita e da elevação da hermenêutica, então método de entendimento, para o *status* de hermenêutica filosófica, calcada, como iniciou Dilthey, na compreensão e relegando a segundo plano a mera 'explicação causal', viria a acontecer no âmbito de uma 'fenomenologia existencial', ou mais precisamente, pelas tintas pinceladas na 'floresta negra' por obra e engenho de Martin Heidegger e sua categoria existencial do dasein na chamada hermenêutica da facticidade.

2.2 Da Filosofia Hermenêutica à hermenêutica filosófica: De método à compreensão fenomenológica

Dentro já de uma nova perspectiva de abordagem hermenêutica, buscando o isolamento e distanciamento com a matriz positivista-normativista, herdeira do paradigma da filosofia da consciência e sua estrutura lógico-formal, fundada numa pretensa 'razão suficiente' como vimos no capítulo anterior deste trabalho, surge, dos escombros e ruínas daquele modelo epistemológico, ainda que em muitas vertentes ainda resistam edifícios

inteiros, uma invasão pela Filosofia orquestrada pela linguagem e o papel central do homem no ‘fazer conhecimento’ a partir de uma abertura existencial como ‘ser-no-mundo’ e ‘ser-aí’*(Dasein),* onde a linguagem, agora, se eleva da simples condição de ‘terceira coisa’ interposta entre sujeito e objeto para assumir o status de constitutiva e condição de possibilidade do conhecimento.

No ambiente dessa ‘*revolução linguística*’ Martin Heidegger foi o responsável pela abertura da hermenêutica,[66] antes presa pela tradição a um caráter metodológico, introduzindo-a num horizonte universal, de abertura para a fundamentação última pelo espaço da linguagem, enraizando a hermenêutica numa estrutura agora da ‘vida fática’ (ou facticidade) e busca – eis o seu projeto fundamental – trazer à tona a pergunta pela questão do “ser’ então encoberto pela metafísica tradicional voltada que estava para a questão do ‘ente’, fazendo emergir a figura do *Dasein (ser-aí, ser-no-mundo, pre-sença),* comumente entendido como nossa própria ‘condição humana’ e sua inescapável finitude. E isso deixaria marcas indeléveis na sua filosofia.

E isso se deu, por conta de que Heidegger transcendeu a crítica ao positivismo e à metafísica por acreditar na necessidade de superação dos impasses que ambos (positivismo e metafísica) haviam colocado a Filosofia ocidental. O que o filósofo tencionou explicitar foi a necessidade do resgate de uma ‘filosofia (vida) autêntica’ para resgatar o pensamento de ‘desvelamento do ser’ – numa palavra, ‘o que é’.[67]

A denúncia heideggeriana encontrava eco no fato que história da filosofia, e por sua vez como história da metafísica, resumia-se a uma história de ‘encobrimento do ser’, cujo resultado, paradoxalmente, foi o aprisionamento, na Modernidade, em uma nova forma de metafísica representada agora pela ‘razão cartesiana e certeza do Cógito’.[68]

Após essa denúncia do ‘encobrimento do ser’ levado a última consequência pela metafísica moderna ancorada na razão cartesiana, para o filósofo alemão, supremo erro da tradição ocidental, buscando compreender o ‘ser’ do homem da mesma forma como

[66] STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. Op. cit., p.11
[67] GUIRALDELLI JR, Paulo. A aventura da filosofia. Op. cit., p. 16
[68] Ibidem, p. 17

se tratasse da ‘presença das coisas’[69], o próprio Heidegger nos dá uma ligeira exposição sobre a ‘autoevidência’ do ‘ser’ e seu encobrimento pela tradição:

> O “ser” é o conceito evidente por si mesmo. Em todo conhecimento, enunciado ou relacionamento com os entes e em todo relacionar-se consigo mesmo, faz-se uso de “ser” e, nesse uso, compreende-se a palavra “sem mais”. Todo mundo compreende: “ o céu *é* azul, “eu *sou* feliz”, etc. Mas essa compreensibilidade comum demonstra apenas a incompreensão. Revela que um enigma já está sempre inserido *a priori* em todo ater-se e ser para o ente como ente. Por vivermos sempre numa compreensão de ser e o sentido de ser estar, ao mesmo tempo, envolto em obscuridade, demonstra-se a necessidade de princípio de se retomar a questão sobre o sentido de “ser”.[70]

Ali fica clara a crítica e denúncia quanto ao ‘‘encobrimento do ‘ser’ – e que viria a revelar a função fundamental da hermenêutica, como veremos mais a frente – onde sua própria auto-evidência problematizar aquela incompreensão a que já aludimos, como explicita o próprio Heidegger, “no âmbito dos conceitos fundamentais da filosofia, e até com relação ao conceito de “ser”, é um procedimento duvidoso recorrer à evidência, uma vez que o “evidente”, isto é, “os juízos secretos da razão comum” (Kant), deve ser e permanecer o tema explícito da analítica (“o ofício dos filósofos”).[71]

Não buscaremos nesse trabalho, por razões a que o Heidegger, por certo, não aprovaria (a auto-evidência) imiscuir-nos na análise profunda do *dasein* e suas não menos profundas polêmicas e críticas pela tradição filosófica do século XX[72], mas essa elucidação se fez necessária para a (tentativa) de compreensão do papel que a ‘nova hermenêutica’ viria a desempenhar: o des-velar do que antes ‘evidente’ , mote primordial dessa abertura de clareira a que se chamaria ‘hermenêutica ontológica’, justo, pela abordagem do “ser’, da “essência” e da ênfase na questão ontológica, portanto, em detrimento aos primados ônticos - ligados às coisas e aos entes.

---

[69] KRELL, Andreas Joachim. A hermenêutica ontológica de Martin Heidegger, o seu uso da linguagem e sua importância para a área jurídica. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, nº 113. pp. 101-147. jul./dez.2016, p. 109

[70]HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Tradução de Márcia Sá Cavalcante. 10º edição Petrópolis: Editora Vozes, 2015, p.39

[71] Idem, p. 40

[72] A obra fundamental de Heidegger, Ser e Tempo, carrega o ‘fardo’ de ser uma das mais complicadas obras da filosofia mundial, posto se tratar ainda de um ‘fragmento’, uma vez que muitas das demais partes, como nos lembra Rüdiger Safranski, jamais foram publicadas, de modo que muito de sua bela recepção se deveu ao seu caráter por vezes obscuro, místico, e que bem calhou ao gosto do leitor burguês do início do século XX no período que se seguiu ao espanto da I Guerra Mundial. SAFRANSKI, Rüdiger. Heidegger: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. Tradução: Lya Luft. São Paulo: Geração Editorial, 2005, p. 187/193.

Nesse caminho, Heidegger fundamentou essa nova perspectiva pela primazia da ‘linguagem’ como marca determinante do homem, posto que seria pela linguagem, pois, que o sentido do ser se desvelaria enquanto verdade originária, no qual o ser viria à fala, numa verdadeira ‘interpretação do ser’, numa própria e original ‘ontologia hermenêutica do ser-aí’ em detrimento do paradigma científico dominante que via a linguagem como possível de apreensão racional pelo sujeito pensante.[73]

A marca dessa ‘revolução linguística’ na filosofia em geral, e na hermenêutica, em particular, está na suspensão, senão abandono, do ‘método’ como instrumento da racionalidade para o alcance da verdade, em substituição à ‘linguagem criadora do mundo’, na linguagem como ‘lugar de fala e acontecimento’ para a compreensão, numa simbiose com o tempo histórico (ou temporalidade) delimitando o próprio horizonte da compreensão. Essa ontologia é a característica indelével da compreensão, porque nesse horizonte existencial, ela a (compreensão) não se vê mais enredada num ente material ou espiritual, mas antes é constituinte do ser-aí*(dasein).*

E isso não foi pouca coisa no âmbito das ciências humanas, posto que essa visão, agora inundada de linguagem do homem com ‘ser-aí’ traz o influxo do entendimento para aquilo que em Heidegger é o ‘desde-já-sempre’, ou seja, a compreensão é fenômeno não buscado no procedimento alicerçado em método, ora psicologista (Schleiermacher) ou apenas histórico determinado por causas efeituais ou motivos (Dilthey) mas é um ‘acontecimento já no próprio homem’ enquanto ‘ser-no-mundo’, na sua facticidade.

Dessa situação que é já um ‘desde-já-sempre’ Martin Heidegger, como ensina Krell, apresentou o tempo como horizonte de toda a compreensão, por sua vez, enraizada na esfera da existência humana. Não por outra razão, a expressão fundamental ‘*dasein’* implicar um certo ‘jeito da existência humana’, ou, ainda, um tipo muito especial da experiência humana, mas que de qualquer modo (e sempre) inelutavelmente ligada à consciência da finitude, daí a afirmação em Heidegger de que ‘tempo seria o horizonte de toda a compreensão’.[74]

---

[73] KRELL, Andreas Joachim. Op. cit., p. 110

[74]De acordo com Paulo Ghiraldelli Jr, “a experiência fenomenológica, como Heidegger a toma, tem de ser capaz de deixar a linguagem nos fazer ouvi-la e isso não poderia ser alguma coisa difícil de aprender. É possível se preparar filosoficamente para a experiência originária, um passo decisivo para a experiência autêntica. A experiência fenomenológica mostra a um falante capacitado que ele cai na linguagem e que é ela quem fala por sua boca. Nada é visto se cada falante que observa o mundo pensa em enumerar e

Desse modo, portanto, os objetos são acessíveis apenas pela linguagem, aquela mesma que lhes confere sentido, e não mais ontologicamente "*em si*", e a antecipação de sentido pela consciência ocorre por meio de uma pré-compreensão, em cuja possibilidade de objetividade repousa na historicidade e finitude do *Dasein* (ser-aí, pre-sença).[75]

Assim, fica mais confortável percebermos a profunda transição de uma hermenêutica que antes na tradição era simples estrutura metódica (caminho, passo a passo para o saber) para um 'acontecer fenomenológico' da existência do 'ser no mundo' que é 'desde-já-sempre', como aponta Marco Aurélio Marrafon

> **Ora, se o mundo só existe enquanto consciência de mundo, o *Dasein (ser-aí, pre-sença),* entendido como ser humano que existe e "está aí' (ou seja, limitado, finito e temporal), é condição imprescindível para que os entes ganhem sentido, pois as coisas só comportam significado quando se inserem numa totalidade de significados que o Dasein já dispõe.**
> **Isso ocorre porque, em Heidegger, para que o homem compreenda e adquira consciência do mundo, é necessário que antes ele tenha um conjunto de valores e conhecimentos dados *a priori* (pré-compreensão), frutos de sua condição de "estar-no-mundo' e determinante do sentido existencial.[76]**

Dessa perspectiva 'existenciarista'[77] de Heidegger temos que a hermenêutica da facticidade implicaria numa apropriação da ideia de *compreensão* para situá-la na vida fática e não mais no plano teórico e abstrato, mas seria antes (e contudo) uma questão existencial, entendida como a concretização de possibilidade ontológica do *ser-aí,* de tal forma que ele não teria, vez ou outra, alguma compreensão, mas que nessa sua facticidade ele *é* fundamentalmente compreensão.

---

descrever, sem se dar conta de que o que efetivamente ocorre é linguagem falando. Então, é melhor prestar atenção nela e, com sorte, será possível ouvir *o que é* – o ser que se manifesta em sua morada, a linguagem. GHIRALDELLI JR, Paulo. A aventura da Filosofia: Op cit., p. 20

[75] Não se ignora, aqui, as diversas 'lutas interpretativas' travadas entorno da mais apropriada tradução filosófica do '*da-sein'* e que por sua vez constitui a própria essência da filosofia de Heidegger. Contudo, e em que pesem as tradicionais traduções vertidas ao português do *dasein* como 'ser-aí' ou 'ser-no-mundo', o que em nossa posição melhor enaltece o caráter ontológico-existencialista da hermenêutica da factiticidade, oportuno o esclarecimento da moderna e mais atual interpretação constante da 10º e última edição de 'Ser e Tempo', na tradução de Márcia Sá Cavalcante (2015) quanto à predileção pela tradução a partir do prefixo 'pre' tornando o dasein (des)substantivado como 'pre-sença'.

[76]MARRAFON, Marco Aurélio. Op. cit., p. 151

[77] O uso aqui da expressão 'existenciarista', em lugar do óbvio: 'existencialista', é uma referência explícita a posição sobre o termo cunhado por Luiz Fernando Coelho em passagens de sua obra: Fumaça do bom direito: Ensaios de filosofia e Teoria do direito. Curitiba:Bonijuris/JM Editoria, 1º edição, 2011

Isso nos autorizaria pensar que o '*da-sein'*, em que a partícula 'da' não assume exatamente uma definição própria, e tampouco uma delimitação ou dimensão espacial (nem lá, nem cá) mas antes seria uma função primária intensificação de 'avivamento', 'demarcação' do ser (sein) bem implicaria, na tradução latina, o prefixo 'pre' a indicar uma 'antecipação do ser' e que ao mesmo tempo lhe ultrapassa, em algo como 'um eu que é ao mesmo tempo um outro' num paradoxo que, para além de uma complicação conceitual, dar-nos-ia bem a dimensão do caráter existencial da temporalidade do 'ser' tematizado em 'Ser e Tempo'.[78]

Em Heidegger, portanto, temos os predicados teóricos para a superação da Filosofia da Consciência e abertura da Filosofia da Linguagem, e tal caminho se deu com o 'empréstimo' do método de Husserl mas agora para construção de uma teoria baseada na ontologia fundamental pela noção do *Dasein* (*ser-aí, pre-sença*), e na afirmação de que é o 'ser' que determinaria o 'ente como ente', dando a ele sentido, mas sendo dele diferenciado, resultando, assim, na concepção existencialista de que os objetos existiriam de forma separada e independente dos homens, porém, só adquirindo sentido e existência pela tomada de consciência que deles tomassem o sujeito.

Essa passagem, que nos revela uma certa 'transgressão' de Heidegger em relação à fenomenologia de Edmund Husserl estaria, a um só tempo, no cerne e na origem do posterior desenvolvimento da noção de 'facticidade', e como ponto de ruptura daquele método marcadamente idealista, como destaca Krell:

> Ao contrário de Husserl, para quem o conhecimento das coisas se deixa reduzir à intuição subjetiva individual ("consciência transcendental"), seu discípulo Heidegger entende que a compreensão do mundo se opera em função da facticidade de sua própria estrutura ontológica, isto é, da existência prática do homem (o *ser-aí).* Para ele, a fenomenologia é a pesquisa "daquilo que se mostra a partir de si mesmo" e que leva à recondução do olhar do ente para o *ser.* Como este, contudo, não se mostra, torna-se preciso empregar a hermenêutica para promover os motivos da sua ocultação.
> Assim, o pensar fenomenológico contrapõe ao conceito moderno de *método* a experiência pré-científica do homem em relação à vida real e ao mundo, erguendo-a como contraponto da filosofia metodologicamente orientada. [79]

Ao assumir a compreensão como uma postura fenomenológica, e não mais 'método para a interpretação', ou seja, naquela postura de uma 'ontologia fundamental'

[78] HEIDEGGER, Martin. Op. cit., p.27
[79] KRELL, Andreas Joachim. Op. cit., p.117

como já advertíramos anteriormente, esse processo se dá quando o ser (dasein) é colocado no seu próprio mundo, na sua finita possibilidade de existir, em sua própria e conhecida cotidianidade, exatamente porque aqui se vê confrontado com os seus valores, sua significância de mundo, porquanto a compreensão se dá sempre a partir de condições e situações prévias do homem no mundo[80].

Mais ainda do que isso, a 'ontologia fundamental' em Heidegger nos dá a dimensão de sua (tentativa) de ruptura com a modernidade racional, sobretudo, como já apontamos, com o 'cogito' cartesiano, porque ao colocar a compreensão na própria existência, no âmbito do ser-no-mundo como um desde-já-sempre, não mais método, mas um existencial, a viragem se revela, ainda que de modo discreto, pela superação, antes rigorosa, do sujeito e objeto.

E como ocorreria, no plano filosófico, essa superação que há tanto marcara o pensamento da modernidade? Em Heidegger, o mundo é a manifestação em cuja totalidade o homem já se encontra 'desde-sempre' mergulhado, e de tal maneira que mais do que compreendê-lo por meio das da captação ativa das entidades que nele se mostram, a existência se dá pela sensação deste mesmo mundo.

De tal sorte, portanto, que soa natural a radical contrariedade de Heidegger a separação promovida pelo sujeito cognoscente (o eu) e o mundo fenomênico (objeto), porquanto os objetos, o mundo mesmo, já faz 'desde sempre' parte do próprio sujeito (ser-no-mundo), logo, não haveria relação do tipo sujeito-objeto, mas sim no esquema sujeito-sujeito.[81]

E insistimos nesse ponto, com o risco da repetição *ad nauseam,* menos por vício discursivo e mais para bem delimitar o campo de abertura dessa ontologia para o exame posterior da hermenêutica e sua especial incidência sobre o Direito, o qual por sua vez, desde o positivismo ainda reinante (em quaisquer das suas modalidades), ainda resiste à viragem linguística, decerto, pela ainda igual incapacidade de promover a superação do esquema epistemológico moderno da relação sujeito-objeto.[82]

---

[80] HUPFFER, Maria Haide. Ensino Jurídico: um novo caminho a partir da Hermenêutica Filosófica. Viamão: Entremeios editora. 2008, p. 89

[81] PALMER, Richard "apud" Krell, Andreas Joachim. Op. cit., p. 114

[82] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10º edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 73/76

Neste sentido, e bem identificando esse caráter ontológico da obra de Heidegger sobre a análise da compreensão como um 'existencial', lembra-nos Falcão que "esta hermenêutica pretende superar a dicotomia entre sujeito e objeto, já que a compreensão nunca dependeria da interpretação individual de conceitos relacionados às coisas. Ao contrário, o *ser* dos entes se revelaria independentemente da consciência subjetiva de cada um'.[83]

Essa percepção e ao mesmo construção de uma hermenêutica imersa numa cotidianidade, reconhecendo que compreender é sempre um compreender-se', em outras palavras, a compreensão, num movimento circular – aquele mesmo já trabalhado por Schleiermacher – fazendo sempre o retorno ao 'pré-compreendido', ou seja, é uma circularidade que implica o reconhecimento de que no movimento de compreender, já se compreendeu aquilo que almeja interpretar.[84]

É por isso que a 'pré-compreensão' e a partir do 'si mesmo', daquele *dasein* traduzido como 'eu que é também um outro' estabelece uma relação fundamental na hermenêutica de Heidegger porque é no homem e sua finitude como existência que repousa a busca da causa primeira, porque o homem é 'ser-no-mundo', e essa condição é a que torna possível a busca pelo sentido do ser, logo, o fundamento da teoria do conhecimento.[85]

Dito ainda de outro modo, é que a questão fundamental da filosofia heideggeriana é a permanente busca do ponto de origem do local do conhecimento, sua gênese e onde se dá o desmembramento 'sujeito-objeto', sendo tal lugar, o '*ser-em'*, assim no gerúndio, porque o lugar da compreensão é um referencial não terminado, mas indicativo, e ele passa, fundamentalmente, pela verificação de que já existe um 'desde-já-sempre' em nós mesmos, traduzido como uma antecipação prévia de sentido que se revela na compreensão do ser.[86]

Essa 'movimentação circular da compreensão' será depois aprofundada numa perspectiva mais centralizada na questão do 'entendimento de qualquer fato do mundo'

---

[83] FALCÃO, Raimundo Bezerra. Hermenêutica. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 176
[84]Idem. p.89
[85] STEIN, Ernildo. Diferença e Metafísica: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre:EDIPUCRS, 2000. p.165
[86] Idem, p. 166

como será abordada em Gadamer, discípulo de Heidegger, é constitui o 'fio de ariadne' para a identificação de uma hermenêutica constitucional fincada na matriz do 'pluralismo jurídico' e das formas diretas ou tangenciais da Teoria Crítica do Direito e das correlatas epistemologias alternativas, haja vista que já soltas das amarras e arquétipos formalistas e 'assujeitadoras do objeto' aos moldes do 'positivismo-normativista', para encontrar possibilidades emancipadoras de 'buscas de sentidos' outros, numa 'circularidade que se fundamenta na vida cotidiana', algo como já definido, na hermenêutica constitucional, como a '*força normativa do fático'* passando pela linguagem dialógica com todos os fenômenos da existência, como veremos na segunda parte deste trabalho.

2.2.1 O salto da Hermenêutica ao horizonte filosófico: 'A Hermenêutica como coisa de Gadamer"

Retomando (e a partir) da fenomenologia como compreensão do mundo de Heidegger, Hans-George Gadamer promoveu uma hermenêutica para 'abertura e entendimento do mundo' por meio de linguagem, mas rompendo com a tradição hermenêutica anterior (Dilthey, Schleimacher, sobretudo) que a enxergava como simples método, ainda presa no esquema sujeito-objeto do paradigma da consciência.

A partir de Heidegger, portanto, Gadamer dirá que a linguagem é 'meio universal do entendimento', meio pelo qual se vive no mundo, ambiente no qual sempre se habitou, e ao mesmo tempo, representa o *médium* da experiência hermenêutica, no sentido de 'lugar, espaço, meio ambiente, circunstância, modo de algo ser e efetivar-se. Daí, que a intepretação e tradução (de textos) é uma experiência hermenêutica que ocorre 'pela linguagem', sendo a compreensão, desse modo, um processo linguístico onde a tradução seria exemplo de linguisticidade.[87]

Quando se trata de pensar a história, a hermenêutica no novo paradigma deixa de ser a ponte para permitir que o intérprete se coloque na ambiência histórica do objeto (texto, autor) para aí, reconhecendo que estamos inseridos no mundo, resgatar uma *com*-preensão, ao contrário do esquema de explicação próprio das ciências naturais, para

[87] HUPFFER, Haide Maria. Op. cit., p. 121

buscar ‘as causas’ ‘os motivos’, mas sendo, agora, também – por influência de Heidegger - um aberto e sublime exercício de imaginação, logo, existencialista.

Nesta nova perspectiva já embrenhada de uma anterior filosofia que não esconde sua origem fenomenológica-existencialista, o entendimento não mais estaria resumida a um ‘método’ – que antes dele era uma ponte para a ‘consciência histórica’ – resultado do entendimento, mas um ‘acontecimento existencial do ser’, parte da sua própria constituição.

E por quê? Ora, porquê somos integrados em uma comunidade na qual *somos o que somos*, cuja ligação só ocorre por meios linguísticos, de tal maneira que o entendimento se dá pelo *ser comunitário*, que é o próprio ambiente comunitário, o que permite o resgate da tradição e dos pré-conceitos, o que virá a ser fundamental na análise da hermenêutica constitucional e da resistência pelos movimentos sociais como será debatido na parte final deste trabalho.

Essa nova perspectiva de Gadamer, e aí mais uma vez se releva o seu caráter inovador, não tem aquele elemento de psicologização traduzida como ‘se colocar no mundo do outro’, mas sim a ambiência histórica e entendimento com o outro passa a se dar pela ‘fusão de horizontes’, outro conceito-chave na sua hermenêutica.

O ponto inicial é a fenomenologia de Edmund Husserl, de quem Heidegger viria a ser discípulo, estruturada numa forte reação ao positivismo e na crítica da ausência de unidade filosófica e na negligência de questões acerca da essência das coisas, o que o levou a uma renovação da noção de fenômeno, dando início assim à fenomenologia e, de consequência, permitindo a abertura da Filosofia da Consciência (ou do Sujeito) para a Hermenêutica filosófica, na qual o conhecimento seria constituído por uma cadeia de significações produzidas pela própria razão.[88]

Daí a construção de uma nova ontologia pelo existencialismo, nas palavras de Marilena Chauí

> Sem consciência não há mundo porque as coisas só existem na medida em que são percebidas e compreendidas por ela e, sem as coisas, sem o mundo, também não sobra nada, já que dessa maneira a consciência do sujeito, não sobrevivem. A nova ontologia parte da afirmação de que estamos no mundo e de que o mundo é mais velho do que nós (isto é, não esperou o sujeito de

[88]HUSSERL, Edmund. Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia. Tradução de Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001, pp. 20-23

> conhecimento para existir) mas, simultaneamente, de que somos capazes de dar sentido ao mundo, conhecê-lo, transformá-lo. Não somos consciência reflexiva pura, mas consciência encarnada num corpo.[89]

Desse modo, portanto, os objetos são acessíveis apenas pela linguagem, aquela mesma que lhes confere sentido e não mais ontologicamente "em si", e a antecipação de sentido pela consciência ocorre por meio de uma pré-compreensão, em cuja possibilidade de objetividade repousa na historicidade e finitude do Dasein (ser-aí).

Com Gadamer à hermenêutica da facticidade heideggeriana é acrescentado um novo sentido a partir da soma de outros ***elementos históricos e culturais*** que se fazem presentes no sujeito que já é, ele mesmo, sujeito histórico.[90] Essa historicidade da compreensão é alçada à condição de princípio hermenêutico, dos quais se destaca o 'círculo hermenêutico', cuja explicação de sua estrutura essencial mostra-se, neste ponto do trabalho, tarefa indispensável.

2.2.1.1 O círculo hermenêutico e a problematicidade dos 'preconceitos' como vício da Aufklärung

Pelo 'círculo hermenêutico' Gadamer prevê a reabilitação de 'preconceitos' que permitirão a compreensão dos textos por meio do hábito linguístico epocal e de seu autor.[91] Assim, a compreensão passará a exigir o 'reconhecimento do outro' como condição de que para a compreensão de um texto, é preciso antes deixar que o 'texto também lhe diga algo', restando possível o reconhecimento (pelo círculo hermenêutico) da coisa mesma, onde a objetividade estaria garantida pela distância tendo como resultado, ao final, o ponto médio como resultado do processo interpretativo.

O 'círculo hermenêutico', como vimos, já estava presente na 'metodologia hermenêutica' anterior, desde Schleiermacher e Dilthey, que por sua vez tinham-no

---

[89] CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. 9º edição. São Paulo: Ática, 1997, p. 241

[90] Segundo, Marco Aurélio Marrafon: "ao lado da ideia de experiência, outro conceito precioso a Gadamer é o de 'acontecer da verdade", expressão que contém o elemento da facticidade e denota obtenção da verdade num processo incompatível com o método lógico-analítico. Segundo Stein, essa elocução choca os lógicos, tornando-se uma questão delicada porque na filosofia analítica "a definição de verdade é feita metodicamente através da análise das proposições, das estruturas das posições, para ver se possuem a propriedade de verdade ou falsidade". MARRAFON, Marco Aurélio. Op. cit., p.174

[91] GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 4º edição. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 403

emprestado da ‘retórica clássica’, retomada por Heidegger, em Gadamer, a partir deste, eleva-a a um nível linguístico, aprofundando o entendimento sobre o círculo hermenêutico e sua relação com sentido interno e entre o ‘todo e as partes’, valendo-se da experiência como condição do ‘acontecer da verdade’.

Quanto a essa nova teorização da *circularidade hermenêutica,* deixemos que o próprio Gadamer nos explique que:

> A teoria tradicional do “círculo hermenêutico”, em particular, se apresenta sob novo aspecto e adquire importância fundamental. Não se trata somente da relação formal entre a antecipação do todo e a construção das partes, correspondente à regra de “decompor e recompor” que nos era ensinada nos cursos de latim – relação que de fato constitui a estrutura circular da compreensão dos textos. Ora, o círculo hermenêutico é um círculo rico em conteúdo (*inhaltlicherfüllt)* que reúne o intérprete e seu texto numa unidade interior a uma totalidade em movimento (*processual whole)*. A compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos. Assim, todo encontro significa “suspensão” de meus preconceitos, seja o encontro com uma pessoa com quem aprendo a minha natureza e os meus limites, seja uma obra de arte (“não há um lugar em que não possa ver-te, deves mudar a tua vida”) ou um texto; e é impossível contentar-se em “compreender o outro”, quer dizer, buscar e reconhecer a coerência imanente aos significados-exigências do outro. Um outro chamado está sempre subententido. Tal como uma ideia infinita, o que também está subentendido é uma exigência transcendental de coerência na qual tem lugar o ideal de verdade. Mas é ainda necessário que eu esteja disposto a reconhecer que o outro (humano ou não) tem razão e a consentir que ele prevaleça sobre mim.[92]

Tal experiência (diálogo, preconceitos) é sempre condicionada pela historicidade do intérprete e do próprio texto (fusão de horizontes), em cuja condição de possibilidade repousa toda a compreensão, resultando, de consequência, o caráter ontológico da circularidade hermenêutica, já que o sujeito estaria, inexoravelmente, enredado no processo de conhecimento e pensamento.[93]

Deixando ainda mais claro, o que Gadamer nos diz é que não há como se embrenhar num processo hermenêutico desconsiderando as estruturas prévias da compreensão da qual já ‘*fazemos parte desde sempre’*, ou seja, da nossa pré-compreensão do mundo fático (*ser-no-mundo*), de modo que é como se estivéssemos (desde sempre) condenados por uma tal ‘situação hermenêutica’ que é constitutiva mesma de nossa existência, daí sua afirmação de que ‘o ‘novo’ (interpretar) nasce e vem

---

[92] GADAMER, Hans-Georg. O problema da consciência histórica. FRUCHON, Pierre (Org.). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 3º edição. tradução de Paulo Cesar Duque Estrada. pp 13/14

[93] ROHDEN, Luiz. Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p. 166

à luz desse confronto pela mediação com o antigo'[94], de modo então que a hermenêutica deixa sua condição de método cientificista que lhe fora atribuída pelas etapas que lhe antecederam para assumir, de vez por todas, uma natureza ontológica.

Deduzimos, daí, que *compreender* e *interpretar* não são operações que se dão em processos subjetivos ou autônomos, mas que ocorrem – ao contrário da razão iluminista – conjuntamente e mediados pela *tradição*.

Exatamente isso. Gadamer e sua hermenêutica filosófica fazem como quê um *acerto de contas* com o pensamento iluminista (aufklärung) naquilo em que o movimento por meio do uso e defesa dos *pré-conceitos* legítimos atuando ao lado da *autoridade*, e ambos se prestam a refutar a autoridade (da) e a tradição – que talvez tivesse apoio numa questão menos de ordem filosófica que de política emancipadora da autoridade absolutista - restabelecendo-os como condições do acontecimento da compreensão e da verdade, ou numa palavra, da hermenêutica.

Gadamer faz um trabalho de reabilitação dos preconceitos atribuindo sua carga de negatividade ao 'método cartesiano' ainda estruturante da razão iluminista; porém, faz uma análise que considera, de início, a impossibilidade de superação dos 'juízos prévios', para daí sustentar a necessidade de suspensão de tais juízos para que se reconheça a 'opinião do texto', ou seja, para que se permita uma relação de *alteridade* com o texto interpretado, o que não implica, em absoluto, numa posição de neutralidade do intérprete, como escreve o próprio filósofo:

> Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio das próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e consequente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto.[95]

Nesta linha, portanto, não seria o 'preconceito' em si mesmo dotado de negatividade quanto à tarefa de compreensão de um texto, possivelmente pelo embotamento de visão daquilo a que o 'texto quer nos dizer', mas em Gadamer o problema estaria muito mais próximo daquela situação em que intérprete não se

94 GADAMER, Hans-Georg. O problema da consciência histórica. 3º edição. Tradução de Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 14

95 GADAMER, Verdade e Método I, op. cit., p.359

aperceba dos seus próprios ‘preconceitos’, estes sim, responsáveis pela ‘surdez’ para a coisa de que lhe fala a tradição, logo, não seria o ‘preconceito’ a sua falha em si mesmo, mas antes, portanto, o seu encobrimento involuntário pelo intérprete.

Nesta passagem em especial, fica ainda mais clara a ‘viragem linguística’ a partir da superação, desse modo, do paradigma da consciência e seu método lógico, quando Gadamer identifica o caráter negativo do ‘preconceito’ como coisa própria da razão iluminista, porquanto, continua ele, numa análise histórica do conceito, significa apenas um ‘juízo prévio, não definitivo’ quanto à ‘coisa em questão’, de maneira que poderia ainda ser valorado, de modo positivo ou negativo, muito diferente, portanto, da ‘condenação’ iluminista de seu caráter negativo, guiado pelo ‘princípio da dúvida metódica cartesiana’, de não aceitar nada sobre o que recaísse qualquer dúvida.[96]

A propósito, essa reabilitação da autoridade dos preconceitos e da tradição é questão essencial na hermenêutica gadameriana em razão, claríssima, da abordagem feita em relação àquilo a que o autor denominou de ‘fardo’ da nossa época: a consciência histórica. Diz o filósofo: “Entendemos por *consciência histórica* o privilégio do homem moderno de ter plena consciência da historicidade de todo presente e da relatividade de toda opinião.”[97]

Em Gadamer, e coerente com uma hermenêutica que além de existencial, tem sua base epistemológica mergulhada na *historicidade*, e portanto, método universal das ciências históricas, os preconceitos constituem elementos fundamentais para a compreensão do passado e da consciência histórica, como deixa bem claro:

> É verdade que os preconceitos que nos dominam frequentemente comprometem o nosso verdadeiro reconhecimento do passado histórico. Mas sem uma previa compreensão de si, que é neste sentido um preconceito, e sem a disposição para uma autocrítica, que é igualmente fundada na nossa autocompreensão, a compreensão histórica não seria possível nem teria sentido. Somente através dos outros é que adquirimos um verdadeiro conhecimento de nós mesmos. O que implica, entretanto, que o conhecimento histórico não conduz necessariamente à dissolução da tradição na qual vivemos; ele pode também enriquecer essa tradição, confirmá-la ou modificá-la, enfim, contribuir para descoberta de nossa própria identidade. A historiografia das diferentes nações constitui uma ampla prova disso.[98]

---

[96] Idem, pp. 360/361

[97] GADAMER, Hans-Georg. O problema da consciência histórica. 3º edição. Tradução de Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 17

[98] Idem, p. 12

O panorama revela, a toda evidência, como a reabilitação da autoridade dos ‘preconceitos’ está umbilicalmente ligada à epistemologia das ciências humanas, ou seja, da própria condição do entendimento e do processo hermenêutico. Isso porquê, a compreensão de si mesmo, com a superação dos preconceitos para entendimento do outro é condição inafastável para o exame da compreensão e aquisição do ‘sentido histórico’, ao mesmo tempo em que fornece as condições para uma postura reflexiva diante da tradição, o que pode ser traduzida numa palavra: interpretação.[99]

O problema desnudado pela crítica iluminista *(Aufklärung*) à tradição, repousa na ‘tradição da interpretação das Sagradas Escrituras’, cuja ‘verdade’ deveria estar submetida, sobretudo historicamente, ao ‘Tribunal da razão’, e não da tradição propriamente dita, logo, é aqui que repousaria, por via direta, o que Gadamer denominou de ‘preconceito contra os preconceitos’, muito embora na Alemanha tenham reconhecido os ‘preconceitos verdadeiros’ do cristianismo.[100]

Ora, é por isso que o ´método’ como padrão único de racionalidade do conhecimento formador da modernidade (e que resistiu à época do esclarecimento e galgou posição ainda mais prestigiada no positivismo do século XIX) é recusado por Gadamer, muito embora, imperioso que se diga, não foi de todo refutado no âmbito das ciências humanas, como deixa claro, a propósito, o próprio título de sua obra fundamental (Verdade e Método) em que o ‘método’ aparece ‘ao lado’ da verdade, mas não como sua condição de validade ou possibilidade.

Seguindo-se à crítica feita ao pensamento iluminista pela tradição que lhe seguiu, o romantismo, com sua inversão da noção de autoridade, com restabelecimento, de modo invertido, do ‘velho pelo velho’, da inversão da crença na perfectibilidade da razão pela ‘consciência mítica’, é que iria fornecer o cenário ideal para o surgimento da ‘consciência histórica’ no século XIX, promovendo uma análise, segundo Gadamer, do passado pelos seus valores passados e não mais com os padrões do presente, às vezes, até mesmo superiores àqueles, mas que no romantismo, todavia, também encontraria a mesma ‘crítica radical à tradição’, incorrendo no mesmo erro da razão iluminista, mas agora ainda

[99]GADAMER, Hans-Georg. O problema da consciência histórica. 3º edição. Tradução de Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 19
[100]GADAMER, Verdade e Método I, Op. cit., p.363

mais radicalizada, porquanto promoveu um conhecimento histórico demasiadamente distanciado, portanto, inválido como consciência histórica.[101]

Desse giro de análise feito em Verdade e Método (Gadamer) na identificação de resultado muito próximos entre a razão iluminista e seu sucessor, o Romantismo, em especial como validade para a *consciência histórica* é que surgiria o momento oportuno para a 'hermenêutica histórica', restabelecendo, portanto, a validade da tradição e de seus preconceitos legítimos (ou verdadeiros), à medida que o filósofo rejeita que estar numa situação de tradição significaria uma espécie de prisão a preconceitos limitadores da liberdade. Deixemos ele próprio explicar

> Será verdade que achar-se imerso em tradições significa em primeiro plano estar submetido a preconceitos e limitado em sua própria liberdade? O certo não será, antes, que toda existência humana, mesmo a mais livre, está limitada e condicionada de muitas maneiras? E se isso for correto então a ideia de uma razão absoluta não representa nenhuma possibilidade para a humanidade histórica. Para nós a razão somente existe como real e histórica, isto significa simplesmente: a razão não é dona de si mesma, pois está sempre referida ao dado na qual exerce sua ação.[102]

Assim, em Gadamer a tradição é fundamentalmente uma *tradição histórica* da qual já nos encontramos sempre imbricados, de maneira muito próxima ao *dasein* heideggeriano como *desde-já-sempre*, elemento que prepara as condições para uma hermenêutica, portanto, também profundamente histórica, de um intérprete que já se encontra inundado dos seus 'preconceitos' que ao mesmo tempo são eles mesmos sempre históricos.

Ao mesmo tempo, aqui fica nítida a distinção hermenêutica desse novo paradigma com o método hermenêutico tanto de Dilthey quanto Schleiermacher, como visto anteriormente, porque não basta a 'auto-reflexão' na investigação do entendimento hermenêutico, uma vez que as 'vivências iternas', na linguagem de Gadamer, seriam insuficientes para a construção das realidades históricas, porque antes, outras realidades históricas, como a sociedade ou Estado, já teriam determinado nossas vivências.

Essa 'hermenêutica histórica', assim, teria invertido o 'método investigativo' de suas epistemologias anteriores, para situar o homem, o intérprete, dentro de uma

---

[101] Ibidem, 366
[102] Ibidem, 367

historicidade que já lhe contempla, como afirma: "... *na verdade, não é a história que nos pertence mas somos nós que pertencemos a ela. Muito antes de nos compreendermos na reflexão sobre o passado, já nos compreendemos naturalmente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. (...) por isso, os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser*."[103]

O quadro na filosofia gadameriana é, pois, de reabilitação tanto da autoridade quanto da tradição, ambas condenadas na razão iluminista. Quanto à *autoridade*, em particular, ela não pode ser confundida com a 'aceitação cega' de elementos passados e como antagônica da razão e da liberdade, pois que ela é antes uma atribuição a pessoas em que a legitimidade (da autoridade) estaria na submissão pura e simples, mas em atos de reconhecimento e conhecimento quanto à superioridade de juízo de um outro, neste ponto, acima de nós mesmos, a quem se reconheceria, de modo consciente, uma visão mais acertada; logo, não haveria contrariedade com a razão e a liberdade, nem tampouco constituiriam conceitos excludentes.[104]

Deste modo, e estando bem assente essa ideia e defesa de Gadamer no tocante à legitimidade da *autoridade*, é que juntamente com o romantismo, neste ponto, também a *tradição* é reabilitada como verdadeira autoridade. Ou seja, a tradição também encontraria – ao contrário da repulsa por ela manifestada pelo iluminismo – legitimidade no reconhecimento de sua validez sempre presente em toda a atividade hermenêutica, posto que constitutiva do nosso 'ser histórico', ancorado no fato de que estamos, como já dissemos, sempre inseridos numa já dada tradição, e de tal modo, que essa inserção se faz de modo próprio, subjetivo, parte nossa 'constitutiva mesmo' a tal ponto de que nosso 'juízo histórico' mal percebe que a tradição já se fazia presente espontaneamente.

É por isso que o restabelecimento da *autoridade* e da *tradição* se constituem condições para a compreensão hermenêutica, para o ponto inicial de todo o problema hermenêutico, aí inseridos, evidentemente, os 'preconceitos' e a própria análise da consciência histórica, agora, não mais pensada em oposição à tradição, mas sim como indissociáveis, pois no dizer de Gadamer, *"o que satisfaz nossa consciência histórica é sempre uma pluralidade de vozes nas quais ressoa o passado. O passado só aparece*

[103] Ibidem, p. 368
[104] Ibidem, p. 371

*na diversidade dessas vozes. É isso que constitui a essência da tradição na qual participamos e queremos participa*r."[105]

Dito de modo ainda mais simples, é na comunhão desses elementos (*tradição, autoridade e preconceitos*) em Gadamer, devidamente reabilitados, que seria possível a compreensão a partir da consciência histórica e da consciência histórica dos seus efeitos, já que a compreensão dar-se-ia na estrita dependência de 'de fusão de horizontes' tanto linguísticos, por óbvio, mas igualmente históricos, dada a permanência do *ser* numa ambiência formadora dos preconceitos legítimos, sempre igualmente históricos, ou seja, dado o caráter existencial (ontológico) da compreensão no projeto da circularidade hermenêutica.[106]

Tanto assim o é, que a compreensão se dá como um acontecimento da verdade, o que dispensa (e não dialoga com) as regras metódicas das ciências da natureza, como demonstrou Gadamer através da linguagem da arte e da estética (faz analogia do jogo e a supressão da distância entre o jogado e o jogador, ou, ainda, do objeto da compreensão e do compreender), categorias a que recorre para ilustrar outras possibilidades desse 'acontecimento de verdade' (modo de saber) para além do método racionalista a que há pouco aludimos.[107]

Como efeito, ao se interpretar o texto, o sujeito atuaria sobre ele, recriando-o a cada volta num movimento incessante, implicando a recusa do tradicional processo subsuntivo ou dedutivo de aplicação, haja vista que a interpretação estaria sempre localizada no 'ponto médio'.[108]

Essa possibilidade de (re) criação do texto na tarefa interpretativa só é possível pela reabilitação da tradição, mas ao mesmo tempo, pelo reconhecimento de que há uma distância temporal entre a tradição mesma e o 'sentido de pertencimento' a essa tradição, o que se deu em virtude da experiência própria do dasein (pre-sença) heideggeriano, cuja

---

[105] Ibidem, p. 377

[106] 'Há uma circularidade 'eterna', uma inesgotabilidade de sentido, pois todo ato filosófico está determinado permanentemente pelo movimento antecipatório da pré-compreensão. Nossa tarefa consiste em 'descobrir as próprias prevenções e preconceitos e realizar a compreensão a partir da consciência histórica, de forma que detectar o historicamente diferente e a aplicação dos métodos históricos não se limitem a uma confirmação das próprias hipóteses ou antecipações.' A mera confirmação das próprias hipóteses com relação aos textos e ao outro denominamos círculo vicioso. (ROHDEN, Luiz. op. cit., p. 166).

[107]GADAMER, HANS-GEORG. Verdade e Método II. Complementos e índice. 6º edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2011, p. 565

[108]MARRAFON, Marco Aurélio. Op. cit., p. 178

possibilidade de ‘abertura existencial’ se renova no incessante movimento do ‘círculo hermenêutico’, daí afirmarmos de que a interpretação é sempre aberta, nunca definitiva, como marcas próprias do que gadamer intitulou de ‘história efeitual’, assim compreendida como a análise dos efeitos dos fenômenos históricos sobre as obras transmitidas e interpretadas.

Como diz o próprio Gadamer:

> É evidente que não se trata de uma exigência hermenêutica no sentido tradicional do conceito de hermenêutica. Pois a ideia não é que a investigação deva desenvolver um questionamento de história efeitual paralelo ao questionamento voltado diretamente à compreensão da obra. A exigência tem cunho teorético. A consciência histórica deve conscientizar-se de que, na suposta imediatez com que se orienta para a obra ou para a tradição, está sempre em jogo esse questionamento, ainda que de uma maneira despercebida e consequentemente incontrolada. Quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir de sua distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramo-nos sempre sob os efeitos dessa história efeitual. Ela determina de antemão o que se nos mostra questionável e se constitui em objeto de investigação. E, cada vez que tomamos o fenômeno imediato como toda a verdade, esquecemos praticamente a metade do que realmente é, ou melhor, esquecemos toda a verdade deste fenômeno.[109]

Quando se trata de pensar a história, a hermenêutica no novo paradigma deixa de ser a ponte para permitir que o intérprete se coloque na ambiência histórica do objeto (texto, autor) para aí, reconhecendo que o estamos inseridos no mundo, resgatar uma com-preensão, ao contrário do esquema de explicação próprio das ciências naturais, para buscar ‘as causas’ ‘os motivos’ sendo exercício também de imaginação.

Dessa forma, o entendimento não mais estaria resumido a um ‘método’ – que antes dele era uma ponte para a ‘consciência histórica’ – resultado do entendimento, mas um ‘acontecimento existencial do ser’, parte da sua própria constituição. E por quê? porque somos integrados em uma comunidade na qual *somos o que somos*, cuja ligação só ocorre por meios linguísticos, de modo que o entendimento se dá pelo *ser comunitário*, que é o próprio ambiente comunitário, o que permite o resgate da tradição e dos pré-conceitos.[110]

E isso se dá, porque para Gadamer, a inclusão da ‘fusão dos horizontes’ como elemento do ‘círculo hermenêutico’ se justifica pelo necessário alargamento do horizonte do *ser* como *ser-no-mundo* de modo a possibilitar um alcance do olhar sob uma

[109] GADAMER, HANS-GEORG. Verdade e Método I .2008. Op. cit., p. 397
[110] GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. A aventura da filosofia. Op.cit., p.45

perspectiva holística, mais ampla, com a integração de vários outros elementos, em cujo processo de compreensão a visão não mais restaria limitada ao que estivesse mais próximo, aí repousando a genuína compreensão histórica, ou seja, mais ampla e de pretensão universalista.[111]

Como nos lembra, a respeito dessa passagem em particular, Lenio Luiz Streck:

> Gadamer sempre nos ensinou que a compreensão implica uma pré-compreensão que, por sua vez, é pré-figurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus pré-juízos. Desse modo, o intérprete do Direito (jurista *lato sensu)* falará o Direito e do Direito a partir dos seus pré-juízos, enfim, de sua pré-compreensão. Falará, enfim, de sua situação hermenêutica (o conceito de situação caracteriza-se 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). Essa pré-compreensão é produto da relação intersubjetiva (sujeito-sujeito) que o intérprete tem no mundo.
>
> (...)
>
> Dito de outro modo, quando o operador do direito fala do Direito ou sobre o Direito, fala a partir do seu d*esde-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 quotidianamente). O mundo jurídico é, assim, pré-dado (e predado) por esse senso comum teórico.[112]

Da passagem acima temos como resultado a noção hermenêutica de que o interpretar, portanto, não se faz a partir de 'um grau zero', mas que o intérprete está sempre situado numa dada situação já constituída por um espaço de linguagem que ao mesmo tempo se faz na sua historicidade, ideia sem a qual o 'círculo hermenêutico' não faria qualquer sentido, ficando aqui ainda mais evidenciada a facticidade heideggeriana e seu 'ser-aí' (*dasein*) num encontro marcado com o 'ser-no-mundo' gadameriano: condição de possibilidade de abertura existencial e de com-preensão, o que também em Gadamer se dá pela categoria dialógica na díade sujeito-sujeito.[113]

---

[111] GADAMER, HANS-GEORG. Verdade e Método I.2008. Op. cit., p.456

[112] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). Volume I. Unisinos. janeiro-junho 2009, p. 71

[113] Mais uma vez, explica-nos Lenio Luiz Streck: O intérprete do Direito é um sujeito inserido/jogado, de forma inexorável, em um (meio) ambiente cultural-histórico, é dizer, em uma tradição. Quem interpreta é sempre um sujeito histórico concreto, mergulhado na tradição. Para ter acesso a um texto (e compreendê-lo), é impossível ao intérprete fazê-lo como se fosse uma mônada psíquica, utilizando o cogito herdado da filosofia da consciência. O intérprete é já, desde sempre, integrante de um mundo linguístico. (...) a linguagem não é em primeiro lugar aquilo que o indivíduo fala, e sim aquilo pelo qual o indivíduo é falado. (...) A tradição, diz Gadamer, não é algo que subjuga nossa mente, mas algo trazido à luz por nós mesmos, que participamos do acontecer na tradição e continuamos determinando-a desde nós mesmos. STRECK,

Então, o sujeito-intérprete passa a ter uma posição mais participativa na produção da norma no momento em que se debruça sobre o texto, na exata medida em que este (texto) nada mais é do que 'simples folha de papel impressa com tinta' antes da sua descoberta pelo intérprete, donde se extrai o seu conteúdo normativo, é dizer, donde se de*svela* a norma, situação essa impensável no paradigma exegético-positivista.

Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10º edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. pp. 330-331

PARTE SEGUNDA: Teoria do Direito e Hermenêutica constitucional

3. Hermenêutica constitucional e o impacto da *virada linguística*

No âmbito da epistemologia própria da filosofia da consciência (ou do sujeito), caudatária do positivismo-normativista, a interpretação ocorria pelo fenômeno lógico da subsunção. É dizer, aos fatos ocorridos, impunha-se, de modo automático, o seu 'enquadramento' na moldura já pronta da norma criada em abstrato. Ou seja, a subsunção ('enquadramento') ocorria porquê a norma (objeto) estava sempre pronta a esperar o sujeito (intérprete/aplicador) a lhe buscar o sentido, 'assujeitando-a' num modelo onde resulta evidente a relação sujeito-objeto próprio da postura objetiva das ciências naturais e seu prévio distanciamento entre ambos.

Neste processo, ao jurista caberia a 'busca de sentido verdadeiro' da norma, e ao aplicador (juiz) a elucidação desse sentido no momento mesmo de resolução do conflito no caso concreto, tudo numa 'moldura geometrizada' sem participação criativa alguma dos seus operadores, tão somente lhes cabendo assegurar a vontade suprema e soberana do parlamento – único irradiador dos comandos normativos primários (leis).[114]

Aliás, é desse panorama jusfilosófico que decorreu as formas e métodos de interpretação conhecidos como: i) gramatical, lógico e sistemático, todos concentrados na análise do texto, e também, ii) histórico, sociológico, centrados no contexto, e por fim, iii) teleológico, axiológico e evolutivo, denominados meta-normativos. Esse o modelo ainda reinante, de modo (quase) hegemônico na nossa tradição e cultura jurídicas e que ainda inunda os manuais e o 'senso comum dos juristas'.

Uma vez aberta a 'clareira' pelo acontecer hermenêutico[115], agora elevado à condição de 'arte do entendimento humano', a interpretação jurídica, e em especial, da Constituição, em sua gênese, texto político e aglutinador da vontade fundante do Estado

---

[114] Segundo explica Guilherme Roman Borges: Interpretar um texto normativo e, então, um exercício lógico de descoberta, a partir das regras de inferência (cap. 1) da não-contradição, do terceiro excluído e da identidade do "verdadeiro" sentido existente no texto. A interpretação é, então, a busca de verdades fundantes e imanentes que existem nas coisas, e, em especial, na legislação posta pelo Estado. (BORGES, Gilherme Roman. Filosofia e Teoria do Direito. Op. cit., p. 460)

[115] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m)crise. Op. cit., p. 341

Social de Direito (aqui falamos já na tradição da Constituinte de 1988) é que o 'acontecer constitucional' se mostra possível, sendo já, e a um só tempo, possibilidade daquela emancipação sonhada pelas 'luzes oitocentistas' e a libertação daquelas 'vozes silenciadas' pela tradição liberal-burguesa reinante na esfera jurídica e acobertada pelo véu do positivismo normativista.

Essa visão ainda dominante no campo das "hermenêuticas" estaria muito mais ligada a uma visão aristotélica, ainda que emprestada de forma inadvertida, da noção de *técne* em detrimento ao saber ético. Ou seja, como lembrado por Gadamer, importa fazermos uma distinção entre saber ético e saber técnico. Este (técne) seria aquele próprio do artesão que conhece o material de trabalho e está já em condições de alterá-lo para obtenção do produto desejado.[116]

Por outro lado, o 'saber ético' (da *phronesis*) estaria melhor representado pelo 'saber-para-si' que é um saber do homem enquanto tal e que não é objetivo nem tampouco pode ser objetificado, mas representa um 'bem' que está ligado à atividade humana. Logo, ao contrário do saber técnico, o sujeito da *phronesis,* o homem, está desde sempre numa dada situação concreta, de modo que a sua ação diante de cada situação já estará sempre vinculada a um saber ético.

É claro que esse 'átomo em potência', à maneira aristotélica, não se faz sem um percurso e método que seja inteiramente compatível com a 'vontade de constituição' e sua pretensão emancipatória, exigências que encontram sólido apoio na epistemologia avassaladora da 'Teoria Crítica do Direito' e sua 'dialética da participação', e que por sua vez, mãos dadas com as categorias que lhe são próprias (ideologia, práxis e alienação) irão propiciar o diálogo com novos atores personificados nos 'movimentos coletivos e sociais' e de tal maneira que essa construção (ato) é ela mesma a raiz de um estatuto jurídico do 'direito de resistência' (potência) fulgurando no horizonte sempre dinâmico e fértil das exigências sociais.

Esse novo cenário, essa 'abertura hermenêutica' só foi possível no interior da Filosofia da Linguagem e na estrutura linguística centrada no esquema 'sujeito-sujeito', é dizer, só se permite esse 'diálogo ou dialogicidade' quando se reconhece na linguagem não mais aquele instrumento de ligação entre sujeito-objeto, simples forma de

[116] O problema da consciência histórica. Op. cit., p. 50

comunicação, mas, a partir do positivismo lógico do Círculo de Viena, modo de acesso a todo o saber humano.

Dito ainda de modo mais claro, não olvidando que o tema, por extremamente sensível a este trabalho, já foi abordado (nunca exaustivamente) no capítulo 1, de que a linguagem e seu paradigma, não se constituem mais em simples 'racionalidade epistemológica', como diz Guilherme Roman Borges, mas uma condição para a 'racionalidade prática'.[117]

3.1 Interpretar é preciso, viver não é preciso: A Hermenêutica como possibilidade de Resistência Constitucional

3.1.1 A matriz normativo-positivista: ainda enredada na Filosofia da Consciência

Somos todos filhos, em certa medida, da revolução cientificista do século XVI, onde, segundo consenso geral, nossa 'consciência moderna' foi parida do ventre da razão cartesiana, como vimos de maneira breve no capítulo em que esboçamos as noções dos paradigmas filosóficos.

O pensador das Meditações e do Discurso do Método concebeu, na ruptura com o pensamento aristotélico, a dualidade entre mente (alma) e corpo (matéria) – respectivamente, *res cogitans* e *res extensa* – enaltecendo a razão como fonte criadora de todo conhecimento como um dado '*a priori*', conhecimento inato e imanente ao homem, anterior mesmo a qualquer tipo de experiência sensível. Eis, assim, fundada a racionalidade moderna que iria impactar profundamente as ciências e nela o pensamento jurídico.

Na elaboração de seu Método – forma de se buscar a verdade de maneira segura e absoluta – e a partir da máxima '*cogito ergo sum*', se há um sujeito que existe e essa verdade é revelada pelo 'pensamento que pensa o sujeito pensante' conferindo-lhe, pois, existência, de modo a não ser mais possível recusar a própria existência, à subjetividade (autoconsciência do sujeito) é atribuída a fundamentação de toda certeza, caminho seguro para a verdade a partir de um sujeito racional para o qual a 'realidade do real' é

[117] Idem, op. cit., p. 466

manifesta para o sujeito representador e cuja fundamentação estaria ancorada no *intelecto*, traduzida como a capacidade individual do sujeito-pensante e racional, postulados firmes para a fixação do paradigma da consciência.

Mas e como se daria o processo do Método cartesiano? Noutras palavras, quais seriam os passos fundamentais e observáveis a palmilhar a trilha segura do conhecimento que se colocasse acima de toda e qualquer dúvida?[118]

Descartes estabeleceu quatro proposições básicas: i) aceitar como verdadeiro o que fosse possível de se conhecer como tal, assim, ficaria inaugurada a dúvida metódica como critério de verdade para as ideias que pudessem resistir a todo e qualquer questionamento ; ii) decomposição do todo em partes, para o ao fim, por meio de uma operação racional e lógica, se pudesse novamente compreendê-lo pela reunião das partes; iii) o pensamento deveria ser ordenado a partir dos elementos mais simples em direção aos compostos; iv) e ao fim, efetuar relações metódicas de tal completude que não se omitissem nenhum dos elementos que compuseram a análise.[119]

Dessa maneira metódica, em que a dúvida é lançada como critério inaugural da busca de todo conhecimento válido, se chega a uma primeira certeza: para duvidar, há um sujeito pensante que duvida, há um sujeito, pois, que existe, como ensina Celso Ludwig: ”*Do cogito como fundante deve-se compreender, num processo de dedução, todo o resto. O mundo, as coisas, são compreendidas essencialmente como ideias; o pensamento (fundante) pensa ideias e não coisas. O cogito é tudo, ponto de partida e de chegada*”[120]

Essa é, amiúde, quintessência da metafísica cartesiana, que voltada para a busca da verdade última da ‘coisa em si’, com o deslocamento da certeza do fundamento do objeto (ser) para o sujeito (consciência), de tal maneira, acabou por permitir o

---

[118]A consequência imediata dessa guinada epistemológica é que a metafísica se eleva à teoria do conhecimento superando o então ‘paradigma do ser’ em que a busca da ‘coisa em si’, substância última dos entes no mundo empírico abandona a perspectiva objetiva e objetiva migrando para o ‘mundo das ideias’ e das ‘representações’ do sujeito, ao mesmo tempo em que desloca a questão ‘o que é o ser?’para uma nova dúvida ‘o que é conhecer?’ no que se vê, aí, ainda reminiscências de um platonismo. LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação. Op cit., p. 57

[119]DESCARTES, René. Discurso do Método. As paixões da alma. Meditações. Tradução. Enrico Corvisieri.Coleção Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p.49

[120] LUDWIG, Celso Luiz. A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir de Enrique Dussel. Curitiba, 1995, Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, UFPR. p. 27

encobrimento do próprio ser, e em linhas gerais, permite-nos assinalar que para a formação do chamado 'espírito da modernidade', repita-se, do qual o Direito na sua matriz positivista ainda se vê enredado, foi constituído pela concepção da realidade a partir da dualidade consciência/matéria, pensamento/mundo, crença na garantia de conhecimento a partir de um método analítico e fundado na visão mecânica da natureza e, por fim, tendo o *cogito* como fundamento último e ponto de partida para uma visão algo reducionista do mundo e da epistemologia, onde a complexidade da existência humana estaria reduzida à razão.[121]

A crítica ao pensamento cartesiano, profundamente racional, como vimos, veio sobretudo das escolas empiristas, especialmente com John Locke e David Hume, que recusavam uma possibilidade de conhecimento '*a priori*' pela razão inata sem contato ou interferência da experiência sensível para a formação das ideias (que poderiam advir das sensações, portanto, percepções externas, ou, da reflexão e estados psíquicos, portanto, internas), elemento indispensável sem o qual o conhecimento seria simples 'folha em branco', filosofia que também não se mostraria hábil a elaboração das leis em virtude de sua 'dependência' da experiência sensível, em regra, de natureza particular, o que viria a conflitar com a universalidade e abstração própria das leis.[122]

Mas nessa quadra do pensamento filosófico, em que a verdade é dada pelo sujeito que assujeita (subordina) o objeto (de conhecimento), no sentido de que o saber é construído pelo sujeito a partir de categorias idealistas (subjetivação máxima), daí a relação esquemática sujeito-objeto da qual ainda não se libertou o pensamento jurídico, a linguagem teria papel meramente instrumental, é dizer, de ligação, terceira coisa interposta entre sujeito-objeto, muito longe, portanto, de condição de possibilidade do conhecimento.

O resultado desse paradigma da racionalidade moderna deságua no positivismo (século XIX) para imprimir ao Direito uma visão e uma forma de interpretação que é, por herança epistemológica necessária, baseada numa racionalidade lógico-dedutiva,q que por sua vez traz algumas consequências práticas, a saber: i) pretensão de validade formal e universal da norma, onde o Direito é visto como saber *a-histórico* e escorado em

[121]Ibidem, página 29
[122]MARÍAS, Julián. História da Filosofia. Op. cit., p.277

definitividades de verdade; ii) esquema sujeito-objeto, entendida como teoria e prática; iii) defesa do dualismo questão-de-direito e questão-de-fato; iv) afastamento do 'ser' do Direito; v) identificação do Direito com a lei.

Essa repercussão do paradigma liberal-individualista, que ainda no século XVIII foi de forma mais profunda desenvolvida pelo criticismo kantiano e seu sujeito transcendental, conferiu sólida ênfase no centralidade do indivíduo e em dois pilares sobejamente liberais: a propriedade e a liberdade, que inevitavelmente encontrou no positivismo uma estrutura arquetípica de racionalidade eficiente na construção e manutenção de tais 'valores' pela dogmática jurídica, em cuja lógica instrumental, por sua vez, não se apequenou diante da tarefa de legitimação desses mesmos postulados (autonomia do sujeito, liberdade e propriedade) ao lado da pretensa 'neutralidade' científica, chegando mesmo a se revestir de verdadeira ideologia enquanto esquema de pensamento (sujeito) e mundo (fato), como identificado por Boaventura de Souza Santos:

> "a 'realidade' enquanto dotada de exterioridade; o conhecimento enquanto representação do real; a aversão à metafísica e o caráter parasitário da filosofia em relação à ciência; a dualidade entre fatos e valores com a implicação de que o conhecimento empírico é logicamente discrepante do prosseguimento de objetos morais ou da observação de regras éticas; a noção de 'unidade da ciência', nos termos da qual as ciências sociais e as ciências naturais partilham a mesma fundamentação lógica e até metodológica;"[123]

E é assim, diante desse quadro ideológico, porém em busca de uma cientificidade jurídica, que o positivismo irá exigir a demonstrabilidade e comprovabilidade empírica do conhecimento o que só se mostraria possível por uso de um afastamento, portanto, de valorações outras tais quais morais, religiosas, políticas, por meio de uma metodologia rigorosa, formal e distante de toda e qualquer metafísica, como bem recomenda os 'saberes científicos.

Elucidativa, no tocante à demonstração dos efeitos teóricos (sem descurar da repercussão prática) da matriz positivista no pensamento jurídico contemporâneo, é a constatação feita por António Castanheira Neves quanto à dicotomia 'questão-de-fato' e 'questão-de-direito', marca significativa desse paradigma, onde 'fato' e 'norma' estariam cindidos, de modo que apenas 'existiria' a norma, pressuposto então do Direito,

[123]SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução a uma ciência pós-moderna. 3º edição. Rio de Janeiro: Graal, 2000, p. 52

resultando num grave problema no momento de sua aplicação e com reflexos na juridicidade.[124]

Ou seja, a denúncia feita por Antônio Castanheira Neves reside no ponto em que a distinção entre 'fato' e 'norma' não foi pensada exatamente em termos aporéticos, vale dizer, como um problema, mas antes como um postulado, como sendo '*fato em si*' e '*direito em si*' promovendo assim uma exclusão recíproca, sem se dar conta, todavia, de que são dois momentos de um mesmo conteúdo, ou seja, do mesmo 'todo', ou seja, "só seriam expressões metodologicamente análogas, como estariam ainda fundidos na unidade intencional de uma mesma perspectiva gnosiológica, não sendo aí nada mais do momentos redutíveis em último termo a uma idêntica intencionalidade constitutiva'.[125]

Assim, identificado esse problema, repita-se, tradicionalmente visto como um postulado, um querer consciente e dirigido (distinção entre fato e norma) impõe-se a reconstrução do processo metodológico do qual ele foi resultante, mas não exatamente como um problema, exatamente, da 'ciência do direito', mas sim como problemas de juridicidade emergentes das situações sociais concretas e a serem resolvidas a partir delas, em razão da constatação da insuficiência da distinção, uma vez que o 'direito' não seria distinto do 'fato', mas antes seria uma 'síntese normativo-material em que o 'fato' é também elemento, aquela síntese que justamente a distinção da problemática criticamente prepara e fundamenta'.[126]

Resta-nos a constatação, desse modo, de que o positivismo afastou 'fato' e 'norma' e ainda promoveu a supervalorização desta última em detrimento àquele, ignorando que fato é sempre 'fato como fato', e que não fica à espera de uma norma para que lhe seja atribuído com algum sentido, porque fato é sempre único e não repetível, é síntese hermenêutica.[127]

Essa constatação revelar-se-á crucial para o escopo desse trabalho à medida em que a resistência, como veremos, pela interpretação constitucional (e de matriz filosófica)

---

[124] NEVES, Antonio Castanheira. Questão-de-fato-questão-de-Direito ou O problema método-lógico da juridicidade. Coimbra: Almedina, 1967, p. 102

[125] Ibidem, p. 425

[126] António Castanheira Neves *apud* Haide Maria Hupffer. Ensino Jurídico:Um novo caminho a partir da Hermenêutica Filosófica. Rio Grande do Sul: Entremeios Editora, 2008, p. 43

[127]STRECK, Lenio Luiz. Da Interpretação de textos à concretização de direitos; A incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica entre Texto e Norma. In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado 2005, volume 2. página 26

está profundamente imbricada no tecido social e na vida fática (facticidade), de modo que será inescapável ao labor hermenêutico a necessária consideração da superação da ruptura entre 'fato' e 'norma', inclusive, como saída de superação da matriz positivista em razão da crise aqui apontada, cuja causa (não exclusiva) se revela na supervalorização da norma (lei) em detrimentos dos fatos e situações concretas do 'mundo da vida', como nos lembra, aliás, Lenio Luiz Streck:

> "O positivismo que resiste ao neoconstitucionalismo assenta-se na idéia de que é possível reduzir toda realidade jurídica ao direito positivo e a sua 'correta' aplicação. Para tanto, constrói-se um repositório de conceitos que pretendem abarcar as diversas situações de aplicabilidade, como se fosse possível 'armazenar' na generalidade da lei (e de seus conceitos, produtos de sua interpretação) todas as situações particulares".[128]

Os apontamentos aqui referidos, embora não exaustivos, nos dão bem a dimensão da limitação do campo hermenêutico na matriz positivista porquanto a experiência jurídica é um dado formal, esquemático e idealizado, de modo que os métodos de interpretação estariam exauridos no próprio conteúdo formal da norma (centro de gravidade absoluto da experiência jurídica) e assim, muito aquém da abertura existencial-fenomenológica propiciada, como mais adiante veremos, pela Filosofia da linguagem, onde fica muito mais evidente que o Direito é sempre um 'acontecimento existencial', porque enraizado na 'vida mesma'.

É neste ponto da pesquisa, após a denúncia da ainda renitente manutenção da visão cartesiana moderna, também, no universo do Direito e da hermenêutica, que podemos esboçar a influência da 'viragem linguística' e da ontologia fundamental hermenêutica (Heidegger e Gadamer) como já trabalhamos, com a aplicação sobre os enunciados da Constituição e a possibilidade de resistência protagonizados pelos 'novos atores sociais' mas agora no paradigma da vida concreta, ou, da Transmodernidade, justamente ali onde repousam as chamadas 'utopias factíveis'.[129]

3.2 O NOVO CONSTITUCIONALISMO: A Constituição como acontecimento

[128]STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) Constitucionalismo. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica; Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado/São Leopoldo: Edunisinos, 2005, p. 181

[129] LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação. Op.cit., p. 223

A *viragem linguística* nos permite uma avaliação a partir da relação sujeito-sujeito em que a hermenêutica, não mais epistemológica, mas agora ontológica (Heidegger) , como vimos anteriormente, propicia meios de compreensão que se dá por 'pré-conceitos' que nada mais seriam do que os elementos que formam a constelação de valores do intérprete e que são dados pela tradição. E é assim, que 'compreender' pela fusão dos horizontes, passa a ser anterior a interpretação e aplicação, sendo possível a 'explicação do todo pela parte e da parte pelo todo' ante a existência de uma antecipação de sentido (dada pela tradição ao intérprete).

Se tal procedimento ocorre porque a compreensão de 'algo como algo' é, já vimos, existencial-fenomenológico (e não epistemológico), posto que quem interpreta, já o faz de dentro de uma 'situação hermenêutica', e no dizer o Direito, o fará a partir de uma dada 'situação linguística', ou seja, dos seus próprios 'pré-conceitos'.

Como nos diz Lenio Luiz Streck

> O Direito possui uma especificidade, que reside na relevante circunstância de que a interpretação de um texto normativo – que sempre ex-surgirá como norma – depende de sua conformidade com um texto de validade superior. Trata-se da Constituição, que mais do que um texto, que é condição de possibilidade de outro texto, é um fenômeno construído historicamente como produto de um pacto constituinte, enquanto explicitação do contrato social'. [130]

Aqui temos a noção gadameriana de 'antecipação de sentido' no pré-compreender, realçando a 'situação hermenêutica' do intérprete frente à própria Constituição, e hoje, essa situação nos dirá que ela é programática, dirigente, principiológica e detentora de força normativa.[131]

Em suma, será desse sentido de Constituição, forjado pela tradição que resultará o sentido (horizonte) dos demais textos que serão interpretados. Dito de outro modo, o sentido se fará diante dessa 'antecipação do sentido' do intérprete, preso a uma condição peculiar de facticidade e historicidade.

Essa nova abordagem existencial do fenômeno jurídico, repita-se, profundamente comprometido com o 'mundo fático' e influenciado com as repercussões sociais, políticas

---

[130] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). Volume I. Unisinos. janeiro-junho 2009.pp 74-75

[131] Ibidem, p. 77

e com a própria historicidade efeitual (tempo presente) inevitavelmente compôs um novo panorama, uma nova perspectiva de análise da Constituição, primeiro, como documento fundante do Estado (pacto constituinte originário), e depois, como arcabouço jurídico de primeira ordem, núcleo irradiador de normas (regras e princípios) a orientar a interpretação dos fatos da vida em sua juridicidade.

A ausência de superação, no âmbito jurídico, do paradigma da consciência manteve a tradição hermenêutica constitucional refém do esquema sujeito-objeto e sua formulação de tipo dedutiva-subsuntiva, o que acarreta uma mesma solução para as situações mais diversas, estando na raiz do problema da inefetividade social da Constituição.

Tal cenário impede a compreensão do texto como condição de *'ser-no-mundo'* indicado por Heidegger, permitindo, assim, a (falsa) ideia de possibilidade de uma neutralidade axiológica, aprisionando o aplicador a mero reprodutor da lei, em tudo, contrário à densidade necessária (e quista) pelo Estado democrático de direito, a qual exigiria uma construção real e prospectiva da realidade, por meio de uma nova Jurisdição Constitucional que compreenda o papel de facticidade e sujeição histórica do texto constitucional como abrigo de anseios e princípios socialmente exigidos, exigência essa que inspirou Friedrich Müller para quem

> Enquanto texto de norma, o 'constituir' deve abranger o instante histórico da instituição, em termos de princípios, dessa ordem a ser legitimada, constituída e limitada em termos de direito constitucional. (...) o 'constituir' no caso da constituinte – representativo do povo, embora inserido este como sujeito de atribuição, mas sem mediações no caso do plebiscito constituinte – não constitui para o Estado uma 'Constituição', mas 'constitui' o Estado *enquanto* Estado constitucional, constitui-o enquanto tal, *consititui* um Estado não apenas no sentido do detalhamento institucional, mas inicialmente no sentido de sua fundamentação.[132]

Essa é a marca do Estado Constitucional e que encontra parâmetro na facticidade fenomenológica a orientar o desvelar de sentido do texto constitucional, por meio daquela compreensão (Gadamer) que é já a antecipação de sentido pela situação hermenêutica dada pela tradição e permite os pré-conceitos autênticos.

Esse mecanismo, todavia, só pode se dar no reconhecimento da autonomia do Direito que é facilitado (e condicionado) pelo Estado democrático, enquanto validade

[132]MÜLLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.57

conferida pela *força normativa* da Constituição, porque produzida democraticamente, e que irá liberar o intérprete das influências de outros elementos externos como a Moral, a Economia e, sobretudo, da Política.[133]

Ora, e é nesse ponto que podemos afirmar que pela hermenêutica que tenha por lastro a antecipação de sentido e uma unidade de aplicação (o ato de interpretar é sempre compreensivo), que se pode falar em resposta hermeneuticamente adequada, posto que o ato de compreender é, agora, existencial, é algo que ocorre, é fenomenológico, portanto, e aí se dá o 'acontecimento constitucional'. Eis o cenário do chamado 'novo constitucionalismo'.

Neste 'novo' do constitucionalismo, temos como condição anterior de possibilidade o paradigma da linguagem como já abordamos na primeira parte deste trabalho, o que nos leva a uma dimensão da abordagem constitucional a partir de uma matriz existencial, fática, linguística e vinculada às estruturas sociais e especialmente históricas, como leciona Luiz Fernando Coelho:

> Do ponto de vista crítico, pode-se concluir que os preconceitos, pressuposições e prejuízos identificados no processo hermenêutico formam a ideologia do intérprete, a qual passa a integrar a imagem geral que a sociedade tem de si mesma e do mundo. Essa ideologia, ínsita no inconsciente do intérprete e articulada com sua própria consciência das coisas do mundo, não é algo estanque mas é envolvida pela ideologia da sociedade. Na medida em que, pela atividade hermenêutica, ocorre o desvelamento dessa ideologia, a interpretação conduz ao processo psicológico individual e social de desalienação, que consiste em identificar a ideologia e afastar os obstáculos epistemológicos ao conhecimento da verdade.[134]

Na passagem lecionada pelo jusfilósofo paranaense temos um reconhecimento explícito do caráter 'desalienante' promovido pelo processo hermenêutico que por sua vez também reconhece o peso dos preconceitos que acompanham o intérprete, naquilo sentido mesmo de que nos falavam Heidegger e Gadamer, e assim, em vez da ocorrência de um engessamento esquemático da hermenêutica, o que surge é uma possibilidade de 'libertação' para novos horizontes, como diz o autor, ao 'conhecimento da verdade'.

O processo hermenêutico se perfaz de maneira muito mais complexa, porque fática, em relação ao que ocorria ao modo positivista e seu arquétipo formal-subsuntivo,

---

[133]STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do direito. Op. cit., 67-77

[134] COELHO, Luiz Fernando. Fumaça do bom direito: ensaios de filosofia e teoria do direito. Curitiba:Bonisjuris/JM Editora, 2011, p. 212

porque a partir da ‘viragem linguística’ a integração e aplicação, além de ocorrerem numa mesma etapa, não se dão mais apartadas das ‘condições históricas’ em que o intérprete se vê mergulhado, e é essa tomada de consciência, desalienadora, que vai propiciar um caráter constitutivo do conhecimento no ato de interpretação, no processo hermenêutico.

Isto quer dizer, que há um ganho de não pouca relevância na tarefa hermenêutica (filosófica) no que diz respeito a uma proximidade mais íntima com as necessidades sempre cambiantes da realidade social, mesmo mantendo-se presentes os enfoques textualistas, substancialistas ou procedimentalistas, já que criam as condições para absorver as necessidades próprias do complexo combate que ocorre no interior do jogo democrático, sobretudo no papel da atividade jurisdicional (aplicação) constitucional, uma vez que há se de reconhecer que o papel de interpretar traz ínsita também a possibilidade de reformar a constituição – sempre com vistas ao horizonte da concretização dos seus próprios valores e diretrizes – refreando o dogma da exclusividade do poder constituinte originário, desde que a isso se observe a exigência de fundamentação adequada à luz do princípios de direito, e em prudente repulsa às atitudes meramente solipsistas (individualistas).[135]

Essa nova postura frente ao interpretar constitucional, de que é tributária, como vimos, da fenomenologia e da ontologia fundamental (Heidegger e Gadamer) e justo no seu papel ‘des-velador’ das experiências e das realidades sociais é que vai configurar uma constituição material (substancial) a permitir a proteção e o reconhecimento de novos atores sociais no momento mesmo que demandas não atendidas sejam devidamente reivindicadas num cenário de crescente descaso com os compromissos já assumidos pela autoridade constitucional, numa postura própria do movimento da alternatividade jurídica.

E isso fica claro porque é possível identificar nesse ‘novo constitucionalismo’, por sua vez amparado na hermenêutica filosófica, uma (re)aproximação com a Moral que se mostrou uma exigência imperativa no período do pós-guerra do século XX, reacendendo o debate entre jusnaturalistas e juspositivistas, mas conferindo, ao final, o rompimento do ‘ciclo de longa duração braudeliana’ daquele constitucionalismo formal e tipicamente burguês, no que guardava de conceito e anteparo à proteção das revoluções liberais,

[135]Ibidem, p. 213

para agora também abarcar o tema dos ‘valores’ e a permitir novos modos de controle de constitucionalidade pelas Cortes superiores, além de atribuição de *força normativa* a esses controles jurisdicionais.[136]

3.2.1 A Hermenêutica como Resistência emancipatória

Questão de ordem: a Constituição no pós-guerra assumiu papel de *status* supremo no ordenamento de todas as democracias constitucionais, antes, foi elevada ao patamar de verdadeiro fundamento de existência e validade dos Estados contemporâneos, por isso, Estados constitucionais. E o reflexo (ainda que tardio) foi o fenômeno de constitucionalização do direito e, de consequência, das relações sociais e políticas nas suas mais diversas instâncias e singularidades, assumindo a interpretação, portanto, o papel outrora outorgado a demiurgos mais afetos a questões voltadas ao exercício explícito do poder, em seu caráter notadamente político.

É bem verdade que a Constituição mantenha, na sua origem, um fundamento político, de tal sorte ilimitado e talvez mesmo incondicionado (se aceitarmos a visão positivista da Teoria Constitucional no trato do Poder Constituinte Originário), porém, a sua permanência enquanto documento fundante do Estado democrático de direito, e sob condição mesma de manutenção dessa posição, dá-se no espaço do jurídico ou da sua juridicidade, ou seja, da norma enquanto arremate entre o ‘fato’, o ‘social’, ‘o político’, o cultural’, o ‘econômico’ e o Direito. É dizermos, a Constituição de que tratamos, cotidianamente, é aquela de que nos ocupamos enquanto fenômeno essencialmente jurídico.

Mas se essa concepção - e aqui assumimos expressamente a Constituição como condição de autonomia do Direito para regulação da vida em suas manifestações mais comezinhas, correndo, conscienciosamente os riscos inerente a tal escolha – for tratada com a dignidade e seriedade necessárias, temos que o texto constitucional e sua primazia no ordenamento jurídico (princípio da supremacia) deve ser vista já sob o edifício epistemológico da ‘viragem linguística’ a que aludimos nos tópicos anteriores, liberta, pois, dos grilhões do positivismo-liberal-normativista, condição sem a qual, a captura do

[136] BORGES, Guilherme Roman. Filosofia e Teoria do Direito: breves apontamentos, op. cit., p. 483

'mundo da vida'[137] pelo 'sistema', para usarmos a expressão habermasiana, seria uma constante indesejada, cujo efeito imediato, nessa ordem de ideias, o esvaziamento dos seus preceitos e valores aliada a uma impotência quanto à legitimação das transformações sociais que ocorrem velocidades acentuadamente maiores e imprevisíveis no contexto da modernidade tardia.

Ora, é da verificação de que as promessas formalmente impressas no texto constitucional ainda não lograram sua efetividade material, mesmo quando seu déficit de concreção dos direitos é objeto de (legítima) postulação judicial, é que se mostra a urgência de uma vivificação constitucional por meio da 'pré-compreensão' que dela temos, mergulhado na tradição do intérprete por meio de sua '*co*-pertença' ao contrato social explicitado no pacto constituinte originário, o que legitimaria o discurso da resistência hermenêutica, resistência a sua condição de inefetividade material, de 'folha de papel em branco', revelada pelo aprisionamento renitente do paradigma liberal-positivista.

De outro modo, a vida constitucional continuará a dormir candidamente no berço do modelo oitocentista de supervalorização da norma e do enrijecimento da função hermenêutica, daí nosso título do presente trabalho quanto à necessidade de interpretação maior que a vida, como dito por Lenio Streck:

> Se a Constituição é o fundamento de validade de todo o sistema jurídico – e essa é a especificidade maior da ciência jurídica – é de sua interpretação/aplicação (adequada ou não) que exsurgirá a sua (in)efetividade. Por isso, calham as palavras de Hesse (1991), para quem 'resulta de fundamental importância para a preservação e a consolidação da força normativa da Constituição a interpretação constitucional, a qual se encontra necessariamente submetida ao mandato de otimização do texto constitucional'. Trata-se, pois, de problema fundamentalmente hermenêutico.
> (...)
> Com as devidas advertências relacionadas aos limites entre democracia e constitucionalismo, entendo que a justiça constitucional pode e deve assumir uma postura intervencionista nessa quadra da história, para além da postura absenteísta próprio do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira. Quando estou falando de uma função intervencionista do Poder Judiciário, não estou propondo uma (simplista) judicialização da política e das relações sociais (e nem a morte da política).
> Quando falo em intervencionismo, refiro-me sim a um 'intervencionismo substancialista' destinado a garantir o cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos

[137] Trata-se de expressão usada por Jürgen Habermas como conceito complementar da "ação comunicativa", onde procura reconstruir o conceito fenomenológico de mundo da vida no nível da ação comunicativa. LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação. Op. cit., p.116

> Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988.[138]

Esse conjunto de fatores reclama uma postura ativa, dinâmica e agressiva em face da leitura constitucional, o que se mostraria mais indicado (e necessário) por meio da sua imersão na ontologia fundamental da hermenêutica filosófica (viragem linguística).

Todavia, e rompendo de forma algo revolucionária com a visão tradicional do modelo piramidal da teoria kelseniana, em que a Constituição ocuparia o cume do sistema normativo, Luiz Fernando Coelho, fazendo uso de uma análise interdisciplinar do direito positivo com considerações sociológicas e filosóficas, empresta a noção de autopoiese de Luhmann para identificar a articulação de grupos micro e macrossociais na luta por condições satisfatórias aos membros de cada qual, por meio da reprodução das próprias condições individuais, sociais e ambientais, valendo-se, sobretudo do pluralismo jurídico.[139]

Nessa perspectiva, e aqui o seu caráter revolucionário no contexto da tradição constitucional, vai cunhar a expressão '*Constituição horizontal*' para diagnosticar que as relações entre as normas, muito mais que hierárquicas, são antes de natureza sociológica, e o desenho da sociedade estaria então configurada por uma intersecção de forma ovaladas (e não piramidal) com destaque para a interpretação constitucional a desempenhar papel de fundamental relevância nesse novo *design* jurídico-social. Deixemos o próprio autor falar:

> Como existem interesses conflitantes e interesses prevalecentes em cada grupo, estes se esforçam para impor seu direito aos restantes. Daí a caracterização de uma *ordem jurídica horizontal*, onde as relações entre as normas não são lógicas, de subordinação hierárquica, mas sociológicas, de coordenação e conflito.
>
> (...)
>
> A interpretação constitucional não foge à regra, à medida que não temos uma ordem jurídica única, estatal, racional e legítima, mas diversas micro-ordens normativas à disposição dos respectivos membros de cada grupo. Como cada microssistema é composto de indivíduos com características próprias, na maioria das vezes diversas das características de indivíduos de outros microssistemas, estes, cada um por si ou em articulação com outros, tendem a impor-se aos demais, o que está na gênese dos conflitos interindividuais, classistas, religiosos, políticos etc, numa escala avassaladora que leva aos grandes conflitos identificados nas revoluções e nas guerras.[140]

---

[138]STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito, Op. cit., p. 73

[139] COELHO, Luiz Fernando. A Constituição horizontal. (In) A Fumaça do bom direito: ensaio de filosofia e teoria do direito. 1º edição. Curitiba: Bonijuris, 2011, p. 280

[140] Ibidem, p. 286

Deste modo, o paradigma da *viragem linguística*, superando o esquema 'sujeito-objeto', nos dá uma hermenêutica concretizadora, ontológica, abrindo flanco para uma recepção material para a norma, agora não mais distanciada dos fatos, e é justamente aqui que poderemos vislumbrar as condições mínimas para a resistência, por exemplo, por uma interpretação constitutiva das aspirações, anseios e necessidades dos mais diversos grupos e atores sociais, democraticamente instalados no processo civilizatório, a título exemplificativo, pelos movimentos sociais e demais atores coletivos (os novos sujeitos históricos).

Ou seja, a interpretação, desde que distante da matriz positivista-normativista, mas já inserida na hermenêutica filosófica e em seu conteúdo fundamentalmente existencial, no que Heidegger chamou de 'hermenêutica da facticidade' e com Gadamer integrando compreensão, interpretação e aplicação com 'fusão dos horizontes' e do diálogo intersubjetivo (sujeito a sujeito) agora como elementos unitários do 'acontecer hermenêutico', habilita-se a promover a *resistência* necessária para garantir, a um só tempo, a possibilidade de efetividade da Constituição, e a ainda, a concretização dos valores que racionalmente foram nela inseridos como condição de superação da inércia dogmática tradicional e a abertura da clareira para as transformações políticas e sociais que uma sociedade ainda em déficit com as camadas mais oprimidas e alijadas do processo político (horizontalmente considerado) jazem a aguardar nesse primeiro quarto de século.

Em conclusão derradeira, vem a calhar o 'grito' hermenêutico de Lenio Luiz Streck:

> É nesse sentido que proponho a resistência por meio da hermenêutica, apostando na Constituição (Direito produzido democraticamente) como instância da autonomia do Direito para limitar a transformação das relações jurídico-institucionais em um constante estado de exceção. Disso tudo, é possível dizer que, tanto o velho discricionarismo positivista, quanto o pragmatismo fundado no declínio do direito, têm algo em comum: o déficit democrático.[141]

A resistência nessa quadra da História, portanto, dar-se-á pela (e a partir) da própria Constituição subtraída do processo hermenêutico, resistência compreendida

---

[141]STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. op. cit.,p. 79

como mergulho do '*ser-aí'* nas potencialidades do 'mundo da vida' fazendo da transformação social exigida pela (re)construção do pacto social o seu eterno e permanente devir.

Assim, diante desse panorama, vislumbra-se a pertinência de uma reflexão, mais aprofundada, tanto quanto possível, sobre o tema proposto no meio acadêmico, assumindo-o como atual e de especial relevo no Estado brasileiro, no momento mesmo em que o Supremo Tribunal Federal, aos olhos da nação, figura como personagem protagonista na tomada de decisões que definem novos e importantes rumos na sociedade brasileira, conferindo um novo panorama e relevância da Jurisdição Constitucional.

Sob essa perspectiva, o tema ganha relevo e atualidade prementes, após as chamadas '**Jornadas de Junho de 2013'** que talvez tenham inaugurado uma inédita agenda permanente de reivindicações políticas e sociais, cujos desdobramentos já podemos sentir num novo quadro político-jurídico-cultural na realidade do país, o que traz a lume o direito de resistência como saída, ou, verdadeiro problema constitucional, como observado pela doutrina:

> O problema constitucional do direito de resistência está na garantia de autodefesa da sociedade, na garantia dos direitos fundamentais e no controle dos atos públicos, bem como na manutenção do contrato constitucional por parte do governante. O direito de resistência, entendido como garantia individual ou coletiva regida pelo direito constitucional, está a serviço da proteção da liberdade, da democracia e também das transformações sociais, na medida em que o governantes e governados estão sujeitos ao Direito e, sendo assim, ambas as partes só estão obrigadas enquanto cumprirem o contrato, conforme leciona Locke.[142]

Diante desse cenário, ainda que de forma tímida, se revelam as possibilidades de resistência constitucional manifesta em vários momentos e segmentos, como: *lutas pela liberdade de expressão, reforma agrária (a legitimidade de atores, exemplificativamente, como Movimento dos Trabalhadores sem Terra), movimentos grevistas, objeção de consciência, autodeterminação, mecanismos de democracia participativa*, o que encontra sustentação teórica a partir dos mecanismos de reconhecimento do *pluralismo jurídico* como fonte e fundamento da referida resistência.

---

[142]BUZANELLO, José Carlos. **Direito de Resistência Constitucional.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 168.

Esse cenário a que nos referimos, guarda intrínseca relação com a temática da "resistência constitucional", podendo esta ser compreendida como "espaço jurídico-político" de embate dos temas mais caros à sociedade, sobretudo nesse momento da realidade nacional em que pululam iniciativas de 'criminalização dos movimentos sociais'[143], tanto pelas opiniões de mídia, como pela existência de propostas legislativas em idêntico sentido. A esse respeito, é a opinião de Clèmerson Merlin Clève:

> As lutas não estão ausentes da esfera das relações de produção – o que o economicismo parece esquecer – também atravessam o estado em sua materialidade institucional, manifestando-se de igual modo na instância jurídica. Tratamos desse tema em outro lugar, embora sem termos detectado, ainda a especificidade do jurídico, de sorte que este, facilmente, se diluía no político. O que fazíamos naquele espaço de enfoque crítico da questão política do direito era procurar um fundamento de juridicidade nas lutas diretas que se travavam entre as classes e frações delas. Hoje, a partir da constatação do direito como sistema formal de enunciados normativos, onde a presença do estado é indispensável enquanto agente tutelador-sancionador, percebemos que aquele entendimento era insuficiente. É que as lutas estão presentes o domínio jurídico, não de maneira direta, mas de modo mediatizado. Neste caso não será nas lutas que encontraremos a juridicidade, senão que as lutas a atravessam constituindo-a e ultrapassando-as ao mesmo tempo.[144]

Deste modo, justifica-se a resistência constitucional como reconhecimento de que a juridicidade, ela mesma, se transforma em espaço de existência e difusão das tensões sociais, a um só tempo, própria e necessária aos regimes democráticos. É assim, o Direito de resistência, verdadeiro espaço de luta com vistas às transformações jurídico-sociais.

Tomando como fio de ilustração o caso do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST)[145], porque mais visível e popular, na sua clara identificação enquanto movimento social que busca um certo protagonismo na reivindicação pela luta entorno da questão fundiária, é a opinião da doutrina especializada:

> O lema ocupar, resistir e produzir, sem dúvida está intimamente ligado a um Direito Fundamental de Resistência e a uma configuração de Desobediência Civil legal a uma odem preestabelecida, sendo plenamente legitimada pela final do lema, que destaca o caráter produtivo do ato de

[143]Tratam-se de iniciativas parlamentares visam à alteração da Lei 13.260/2016 (Lei Antiterrorismo) para ampliar seu alcance normativo e atingir procedimentos próprios dos movimentos sociais.
[144]CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos.** São Paulo: Acadêmica, 1998, p. 124-125

[145] Movimento social classificado por Luiz Fernando Coelho como 'juridicamente marginalizado', ainda que se possa considerá-lo legítimo em função dos valores comuns da coletividade e da eficácia que subjaz as suas ações, como a defesa da reforma agrária . (In 'A fumaça do bom direito: Ensaios de filosofia e Teoria do Direito', Bonijuris: Curitiba, 2011, p. 282)

> ocupação e resistência...o movimento não restringe as ações de resistência à ocupação de terras, mas também promove a ocupação de ruas, praças e repartições públicas, visando mostrar, através da mobilização, seu poder organizativo e o quanto é legítima a sua reivindicação".[146]

O atual momento, no qual vivenciamos mais uma fissura da "normalidade democrática", com o segundo impedimento de um mandatário desde a redemocratização, não sem amplo e profundo debate vivenciado, não somente perante autoridades formais, instituições, intelectuais, imprensa (principalmente), mas, de forma robusta, também nas ruas, esquinas, e nos mais diversos espaços públicos, acentuando um caráter de vivência real com essa experiência, refletir o "Direito de resistência" à luz do ordenamento jurídico-constitucional e dos métodos hermenêuticos envoltos nessa temática, agora, na proposta da Hermenêutica filosófica.

Essa ampla participação popular, com debates produzidos "para além" dos intérpretes oficiais, como mencionado, em certo sentido como manifesta "resistência", já insinua, em si mesma, uma possibilidade de interpretação constitucional aberta, como pensado pelo jurista alemão Peter Häberle:

> [...] no processo de interpretação constitucional, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição [...] A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.[147]

Assim, a Hermenêutica, hoje, desprendendo-se dos seus métodos clássicos e, oxalá, superados (eis nossa hipótese), reclama uma maior participação na concretização dos direitos e promessas de transformação social pela concretude constitucional, sendo a marca distintiva do Estado Democrático de Direito, cabendo tal função, fundamentalmente, ao Poder Judiciário, no dizer de Lenio Luiz Streck:

---

[146] TAVARES, Geovani de Oliveira. Desobediência Civil e Direito de Resistência política.Dissertação apresentada à Coordenação do Mestrado em Direito da UFCE: mimeo, 1999

[147] HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997, p.13.

> [...] já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Dito de outro modo, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco de poder/tensão passou para o Executivo,no Estado Democrático de Direito há uma modificação desse perfil. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. [148]

Neste diapasão, imperiosa se torna a análise e o diálogo das novas formas de interpretação constitucional com a concepção clássica e tradicional, sobretudo no ordenamento pátrio, o qual se serve de um mote hierárquico no interior do sistema jurídico, para deduzir que interpretação jurídica é sempre interpretação sistemática, na lição da clássica e bem recepcionada obra de Juarez Freitas, para quem

> A interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em pretender atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando as antinomias a partir da concatenação teleológica dos mesmos, tendo como escopo a solução de casos concretos.[149]

A abordagem do Direito de resistência poderia ser feita, conforme literatura especializada, utilizando-se como referencial teórico e epistemológico, por exemplo, o materialismo histórico (Marx), o utilitarismo (Bentham e Mill), o contratualismo (Hobbes, Locke, Rosseau), no entanto, e por mais coerente com a proposta de investigação da participação dos movimentos sociais, e já nessa quadra da história, a escolha se dará pela hipótese da tradição democrática, como arcabouço que oferece os melhores meios e recursos para garantir que as demandas e contrademandas políticas passem pelo teste da verdade na arena pública e garantam as aspirações cidadãs.[150]

Daí, que as formas de interpretação (hermenêutica) jurídica devem abrir-se ao mundo, de modo buscar nas normas (direitos fundamentais) a plenitude da realização concreta dos anseios sociais, mas no reconhecimento da função contramajoritária que é exigência primeira do paradigma do Estado democrático de direito. Esta é a função

---

[148] STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) crise. Op. cit., p.44
[149] FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 175.
[150] SHAPIRO, Ian. Os fundamentos morais da política. 1º edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006

precípua da hermenêutica, funcionando qual uma ‘clareira’ que se revele como instrumento/meio de desvelamento do Direito, tornando-o visível.[151]

Logo, o paradigma após a *viragem linguística*, superando o esquema ‘sujeito-objeto’, nos dá uma hermenêutica concretizadora, ontológica, abrindo flanco para uma recepção material para a norma, e é justamente aqui que poderemos vislumbrar as condições mínimas para a resistência e os movimentos sociais como veremos nos capítulos ulteriores dessa pesquisa.

3.2.1 Regras especiais de interpretação constitucional

Nesse tópico, serão confrontados os métodos clássicos de interpretação constitucional, ainda herdeiros da Filosofia da Consciência e de cunho privatístico, com a nova jurisdição constitucional já inclusa no paradigma da ‘viragem linguística’ e do acontecimento fenomenológico, para daí se vislumbrar as possibilidades de desvelamento da resistência constitucional.

Ainda no âmbito do positivismo e sua metodologia amparada no distanciamento do sujeito em relação ao objeto, tributário direto das chamadas ‘ciências do espírito’, ao intérprete caberia buscar o ‘sentido da norma’, por meio de métodos que ainda hoje prevalecem no âmbito jurídico, sobretudo jurisdicional.

Ainda de natureza privada, pois devemos considerar que a ‘constitucionalização do direito’ é fenômeno sobretudo datado da segunda metade do século XX**,** a intepretação constitucional obedecia, em síntese, aos seguintes métodos, que antes podem ser pensados em termos de 3 (três) categorias[152], tendo como parâmetro: i) o próprio texto, aqui teríamos os métodos gramatical, lógico e sistemático, respectivamente, seriam aqueles concentrados no exame da língua na sintaxe (gramatical), ora, no uso de raciocínio lógico e seu instrumental próprio da lógica formal, amparados no chamado critério do ‘terceiro excluído’ e ‘não contradição’ (lógico), e por fim, aquele que não perderia a norma do ponto de vista de sua inclusão no ordenamento

[151]STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 265 e 266.
[152] BORGES, Guilherme Roman. Filosofia e teoria do direito. Op cit., p. 462

jurídico, buscando identidades com outras normas, devidamente concatenadas e evitando-se lacunas e contradições (sistemático).

A segunda categoria, seria pensada a partir do *contexto,* dividindo-se entre o método histórico, por sua vez, amparado no tempo de formação da norma, das circunstâncias de sua elaboração e permitindo a investigação acerca da dicotomia entre a *vontade da lei* e a *vontade do legislador,* e por fim o método sociológico, que buscaria na própria sociedade as causas subjacentes à formação da norma, e sua relação com os conflitos e os mais amplos interesses sociais.

A terceira (e derradeira) categoria, denominada meta-intepretativa, pensada a partir da vinculação da norma com interpretada com o contexto fático que daria suporte, estaria alicerçada em 3 (três) métodos: i) evolutiva, levando em consideração as transformações ocorridas, quer nos sentidos, quer no entendimento e rupturas hermenêuticas, ii) teleológica, buscando mais profundamente o *telos*, ou seja, fim (ou objetivo) buscado pela norma, o resultado direto almejado, e iii) axiológico, concentrando-se nos valores e visões do mundo.

Esses métodos acima elencados, feitos propositalmente de maneira muito breve, estão diretamente enredados no paradigma do sujeito, superados pela ‘viragem linguística’ ainda que encontrem resiliência no ambiente jurídico contemporâneo, mas estão, todavia, marcados pela lógica formal, presas naquele ‘esquadro geométrico’ de absoluto rigor formal, buscando, sempre de modo objetivo, a ‘essência’ do texto normativo para uma sempre já dada situação normada, ficando evidente a primazia da anterioridade de uma abstrata previsão legal à espera da situação vindoura, sendo daqui derivada a clássica expressa (da Escola da Exegese) de que o juiz seria tão somente ‘a boca da lei’.

Ora, mas é contra esse método de origem privatista que se erguem as novas metodologias de interpretação constitucional já herdeiras da revolução operada pela linguagem, como vimos nos capítulos anteriores, e que resultaram na ‘nova hermenêutica’.

4. Da Teoria Crítica ao Pluralismo jurídico

Quando se toma o estudo de movimentos surgidos no próprio tecido social, por meio de uma dinâmica fática e real, pensamos que a dialética da Teoria Crítica se mostra mais acertada e producente para a compreensão dos fenômenos sociais no que eles têm de movimento, haja vista que as categorias do pensamento crítico interpretam a realidade fazendo parte dessa mesma realidade, com ela interagindo como categorias transformadoras: sociedade, ideologia, alienação e práxis.

Segundo Luiz Fernando Coelho, "o projeto fundamental da Teoria Crítica do Direito é pensá-lo em função da dialeticidade do social (concreção), mas num profundo compromisso ético e político, muito mais acentuado daquele firmado, formalmente, pelo positivismo."

4.1 A Teoria Crítica do Direito

De crítica da sociedade e suas instituições, volta-se a Escola Crítica para o direito já nos anos 60 como fruto de trabalhos e estudos de pensadores europeus e, além do 'grupo de Frankfurt' e seu novo marxismo heterodoxo, foi também o período das influências das teses arqueológicas de Foucault sobre o poder, a releitura de Gramsci da teoria marxista e, poucos anos depois, pelos professores universitários franceses e magistrados italianos antipositivistas que viriam a ser os precursores do chamado 'uso alternativo do direito'.[153]

Nos chamados países de capitalismo periférico, aqui Brasil incluído, ganha relevo a Teoria Crítica do Direito nos anos 80, a partir do esforço intelectual ainda de um número reduzido de professores, dentre os quais, Tércio Sampaio Ferraz Jr, Roberto Lyra Filho, Luiz Alberto Warat e Luiz Fernando Coelho, cujos trabalhos foram ampliados no tocante à abordagem epistêmica para promover uma contundente crítica não só do positivismo, fiéis à origem da teoria, mas igualmente ao jusnaturalismo, ambas encaradas como

[153] WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico. 3º. edição. São Paulo:Saraiva, 2001, p.16.

doutrinas formalistas e idealistas que serviam de instrumentos para escamotear as (reais) funções do Estado e do Direito na reprodução dos ideais capitalistas.[154]

Disso resulta que a proposta do *pensamento crítico* é de ruptura radical com os modelos estanques e excessivamente formais (como o positivismo) voltada para um tipo metodológico-teórico que promova transformações na realidade sensível, ou, pra usarmos uma expressão kantiana – sem ignorarmos também seu formalismo – nos fenômenos, aqui compreendidos como a própria concretude da vida, traduzida no elemento da práxis social de tipo marxiana. Em linhas mais exatas:

> O projeto basilar de um Teoria Crítica do Direito trata, em suma, de pensar o direito em função da sua dialeticidade do social, mas envolvendo um compromisso ético e político muito mais profundo do que o simples acatamento às leis e às instituições que através dela se consolidaram, o que transcende em muito o quadro de uma teoria do direito positivo. Além disso, muito mais do que uma interdisciplinariedade do saber jurídico articulado com os diversos planos das ciências da sociedade, a teoria crítica se constitui numa transdiciplinariedade, isto, em função de sua própria lógica dialética.[155]

Essa dialeticidade reclamada pela Teoria crítica vai se constituir, então, no seu *método científico* por excelência, posto que não renunciando ao caráter gnoseológico de tipo marxista, do qual é herdeiro direto, só fará sentido numa 'dialética do social', própria assim do materialismo histórico que, invertendo a dialética hegeliana, essa de tipo idealista, estará 'condenada' a repensar o real a partir dele mesmo, culminando em consequência na quebra do paradigma tradicional cujas bases estão assentes na separação entre teoria e práxis. Não! Na perspectiva teórico-metodológica do pensamento crítico essa cisão não terá espaço.[156]

Nessa nova episteme, qual seja, da simbiose entre teoria e prática, numa versão diretamente marxista, *tese-antítese*, ousaríamos dizer, revela-se o ponto fulcral da teoria crítica, o substrato essencial da sua matriz e proposta teórica, pois

> A formulação teórico-prática que se revela sob a forma do exercício reflexivo capaz de questionar e de romper com o que está disciplinarmente ordenado e oficialmente consagrado (no conhecimento, no discurso e no comportamento) em dada formação social e a possibilidade de conceber e operacionalizar outras formas diferenciadas, não repressivas e emancipadoras, de prática jurídica.[157]

---

[154] Ibidem, pp. 16/17
[155] COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 10
[156] Idem, p. 11
[157] WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit., 2001, p. 18

O resultado imediato desse novo instrumental metodológico, portanto, foi o de abrir frentes inesgotáveis que permitam a superação, ou minimização das contradições sociais inerentes às sociedades complexificadas pela estrutura e modo de produção capitalistas, para além de um mero caráter denuncista. Ao contrário abre horizontes para criar condições reais de emancipação e desbravando caminhos para superação das condições cruéis e propiciando a formação de novas categorias que ensejem um modo de pensar inteiramente prospectivo, ao mesmo tempo que colocaria a filosofia do direito política num patamar de engajamento político dinâmico, relegando ao passado, desse modo, a outra (até aqui insuperável) autonomia entre a dogmática jurídica e a política jurídica, o que reflete, na verdade, a permanente superação entre saber jurídico, atuação do jurista e a práxis ligada ao fenômeno social da juridicidade. [158]

E para que não fiquemos, também, enredados numa trama conceitual e de caráter formal-ideal-abstrato, o que seria de todo incoerente nessa pesquisa, posto que é exatamente esse fantasma que a teoria crítica objetiva exorcizar, os mecanismos ou meios para se 'desbravar novas categorias de superação das condições cruéis da realidade social', como acima fora mencionado, poder-se-ia realizar por meio de práticas alternativas oficiais e, oxalá, extra-oficiais de resolução de conflitos e emancipação ainda no âmbito da juridicidade legítima: o *pluralismo jurídico*.

Uma vez que rompida, enquanto discurso, a interpretação de tipo positivista, ancorada na validade e vigência (formais) para enfrentar, por meio da ponderação, a relação do justo/injusto do caso concreto, ou seja, da facticidade, vindo assim de encontro a recusa de acatamento às leis injustas, porquanto 'qualquer lei injusta, ofensiva aos *standards* definidos pelo constituinte, será lei inconstitucional'.[159]

O pensamento crítico conforme dispusemos anteriormente, tributário da crítica da sociedade levada a efeito pelos pensadores de Frankfurt e que no direito se revelou como uma proposta de derrocada do positivismo e seu racionalismo mistificador dos ideais de uma classe dominante, poderia - e essa é a hipótese que destacamos mui

[158] COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., 2003, p. 13

[159]CLÈVE, Clemerson Merlin. Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito). São Paulo:Acadêmica, 1993, p. 46

modestamente nessa breve pesquisa – ser apontada como a parteira da proposta de um paradigma de pluralismo jurídico.

Empreitada já evidenciada, e até facilitada, pela identidade de um 'adversário em comum' que lhe deu fôlego nas suas investidas e propostas metodológicas, qual seja, a reação dirigida à dogmática de tipo positivo-normativista que predomina no cenário jurídico desde o século XIX.

Mas não é só! O pluralismo jurídico ao dialogar com outras fontes jurídicas para o fim de conferir-lhes, na verdade, idêntica juridicidade tais quais às normas estatais (monismo) buscando assim assimilar e trazer para o processo de consenso dialógico outras esferas e agentes sociais, que passariam a reproduzir as ditas fontes, encontra perfeita consonância com a matriz teórica do pensamento crítico, qualquer que seja a sua vertente (sistêmica, semiológica, psicanalítica ou dialética), pois teria também o intento de busca da produção jurídica na mesma inspiração do pensamento crítico: a realidade concreta, arena onde se desenvolvem os conflitos e contradições sociais, políticas, culturais e econômicas. Verdadeiro paradigma da cotidianidade.[160]

Ora, a questão do método da Teoria crítica é justamente a dialeticidade, nascida da constatação da ineficácia do purismo metodológico do positivismo, em especial de tipo kelseniano, marcado pela separação ôntica do direito com as formas de experiência social, queremos dizer, da separação abrupta entre a produção jurídica, de pretensa cientificidade, e a *práxis* social, resultando numa delicada aporia: um impasse metodológico configurado como a impossibilidade de construção de uma estatuto jurídico e teórico voltado ao direito como verdadeira experiência, pelo paradigma positivista.[161]

Ora, o impasse é o mesmo, portanto, que impulsiona o pluralismo jurídico, só que neste já se reconhece a necessidade de integração de outros sujeitos, retirados no mesmo campo de experiência referido pelo pensamento crítico para a construção das condições metodológicas que este último também se impõe como tarefa epistêmica.

Mas em que consiste, então, o método da Teoria Crítica?

Como já insinuado, ainda que de modo muito tímido nos capítulos anteriores, a proposta metodológica do pensamento crítico é o da dialeticidade, ou, mais

[160]LUDWIG, Celso Luiz. Op. cit., p.196-198
[161]COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito. Op.cit., 2003, pp.3-5

precisamente, da '*dialética da participação*[162]', assim referida pela elaboração teórica de Luiz Fernando Coelho, tendo como fim último a inserção do direito e seus pressupostos na práxis social.

E de que forma? Em toda a teoria do conhecimento, são três os elementos indispensáveis: sujeito, objeto e conceito. A tradição racionalista de tipo cartesiana, como vimos, promoveu a separação do sujeito-objeto, numa atitude chamada dogmática, porque tem seus princípios imanentes (o *eu* que pensa, que conhece, e que não pode ao mesmo tempo *'ser e não ser'*) donde constrói seu edifício epistemológico; em sentido oposto a corrente empirista vai deduzir o conhecimento, primeiro, da experiência sensível, da realidade (Locke, Hume, Stuart Mill). Fica claro nessa dicotomia, dentro do que nos interessa, que o traço distintivo no labor da 'teoria do conhecimento', portanto, será a prevalência, ora do sujeito (racionalismo), ora do objeto (empirismo).

Somente quando a filosofia kantiana (formal e idealista), na chamada 'revolução copernicana' se superou essa dicotomia das prevalências (sujeito/objeto) para se buscar uma 'conciliação necessária' entre os dois elementos, se estabelecendo a evidência da existência de categorias *'a priori'(sujeito)* responsáveis pelos dados da experiência (objeto), eis, em síntese, a base do criticismo kantiano, donde se origina, aliás, o termo 'crítica' nas ciências sociais.

A esta altura, poderíamos indagar: e a teoria crítica e o pluralismo com isso?

É que depois daquele modelo kantiano, buscou uma 'essência universal' para o direito no núcleo das pesquisas filosóficas, alimentando, inclusive, correntes outras de pensamento que, embora dali derivadas, tiveram por intento superar a outra dicotomia: a da separação entre essência (que em Kant era de alcance impossível=noumenon) e aparência real (fenômeno=*phaenomenon*), dentre essas correntes, a fenomenologia (estudo da estrutura da consciência) de Edmund Husserl.

Das correntes fenomenológicas, que agora passaram a encarar além da essência, como em Kant, também as estruturas objetivas da realidade (categoria),

[162] A estrutura ontológica na qual o autor desenvolve tal método é retirada da fenomenologia de Edmund Husserl, mais precisamente, das '***Investigações lógicas. Sexta Investigação. Elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento.***

surgindo a noção de *a priori material* como estrutura objetiva[163], é possível a identificação do objeto do conhecimento como aqueles com *existência em si,* e outros que são *criados pelo homem*, como produtos da cultura (corrente culturalista, tendo como expoente Miguel Reale e sua teoria tridimensional do direito) aí incluído o direito.

Logo, passando-se a admitir o direito, nessa perspectiva científica como produto da cultura, posto que criação do homem, resta inseparável – à maneira positivista – o sujeito do objeto, uma vez que no processo de conhecimento, ter-se-ia a fusão entre consciência e o conteúdo, sendo o processo ontológico igual ao processo gnoseológico, respectivamente, o ponto de vista da essência (ser) do conhecimento (gnose).

Dessa estrutura epistemológica, portanto, que fará coincidir sujeito/objeto, aliado ao reconhecimento de estatuto científico do direito como fenômeno cultural (e isso porquê a ciência há de abarcar também fenômenos e instâncias sociais) é que estará aberto o caminho para a vivência da Teoria crítica com o pluralismo jurídico, já que ambos possuem (necessária) interconexão com a realidade e a práxis social.[164]

4.2 Pluralismo jurídico: A proposta emancipatória como condição democrática

A hipótese aqui trabalhada nesta pesquisa é a da urgência epistemológica de construção do pluralismo jurídico, em especial diante da realidade fragmentada latino-americana, cuja essência repousa também numa diversidade de atores sociais e coletivos e de reconhecimentos normativos 'para além da fonte estatal'.

Nesse sentido, a necessidade, ainda que muito breve, de trazermos a raiz histórica e filosófica que propiciou o surgimento da Teoria Crítica do Direito, mais precisamente, na Alemanha do período entre-guerras (1919-1938) com os trabalhos dos

---

[163] REGO, Pedro Costa. Kant: A revolução copernicana na filosofia. *In*: FIGUEIREDO, Vinícius de (Org).Seis Filósofos na sala de aula. São Paulo: Berlendis&Vertecchia Editores, 2006. pp.167/168

[164]A Ciência do Direito é apreendida na realidade cultural, e a norma é entendida como o resultado da tensão dialética entre o fato e o valor. Em síntese, trata-se de compreender que o entendimento da norma pressupõe o estudo dos fatos e valores, sob pena de um reducionismo do fenômeno jurídico: qualquer teoria, para Reale, é improdutiva à explicação do fenômeno jurídico quando permite uma investigação apartada dos seus três elementos indissociáveis – o fato, o valor e a norma. GRUBA, Leilane Serratine. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O tridimensionalismo de Reale e a cientificidade do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), Unisinos,volume 5, pp-48-64, jan-jun 2013)

teóricos da Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt, ou, mais conhecida, Escola de Frankfurt.

Os estudiosos da Escola de Frankfurt (Horkheimer, Walter Benjamin, Marcuse, Adorno e Habermas) assumidamente de matriz neomarxista, empreenderam um novo verniz no estudo das ciências sociais, compromisso deliberado numa metodologia, num primeiro momento, de 'crítica da ciência', levando-os em seguida à expansão de suas investigações para a chamada indústria cultural e o papel do Estado na constituição das sociedades e, especialmente, uma investigação acerca da questão da sua legitimidade.[165]

É que o objeto de estudo dos frankfurtianos não era, essencialmente, o direito, mas sim empreender uma teoria crítica em relação à própria sociedade e suas instituições, de modo a reconstruí-la com base nas premissas (heterodoxas) da filosofia marxiana.[166]

Na abordagem específica em relação ao direito, a Escola de Frankfurt concentrou sua abordagem crítica contra o positivismo jurídico e sua mistificação dogmática legalista que, como já vimos, encobria o caráter ideológico do direito, travestindo-se numa pretensa cientificidade amparada na desvinculação – e aqui o grito maior da crítica – com a práxis e a ética social, sendo a Teoria Crítica:

> O instrumental pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes e mitificados uma tomada de consciência, desencadeando processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antifogmática, participativa e transformadora. Trata-se de proposta que não parte de abstrações, de um *a priori* dado, da elaboração mental pura e simples, mas da experiência histórico-concreta, da prática cotidiana insurgente, dos conflitos e das interações sociais e das necessidades humanas essenciais.[167]

---

[165]FREITAG, Bárbara. A Teoria Crítica: ontem e hoje, 4. edição. São Paulo:Brasiliense, 1986, p. 8

[166]Conforme ensina o historiador do direito, Antônio Manuel Hespanha: "No plano mais especificamente político, a Escola de Frankfurt procurou identificar as raízes mais profundas do modelo ocidental das relações sociais e políticas, as categorias impensadas da convivência, tais como os sistemas básicos com os quais apreendemos e valoramos o mundo da vida, as palavras com que falamos disso, as modalidades de comunicação, os modos de produção do saber, a geometria dos afetos interpessoais, a organização familiar, o sistema escolar, o sistema do gosto, os lugares-comuns sobre a felicidade, a vida boa, a justiça, os direitos e os deveres, etc. HESPANHA, Antônio Manuel. Cultura Jurídica Européia: Síntese de um milênio. Coimbra:Almedina, 2005, 2012. p. 495

[167]WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit., 2001, p. 5

Se se reclama um pluralismo jurídico, por certo, é porque temos antes o seu modelo antagônico – o monismo jurídico. Podemos compreendê-lo, de forma breve, como o modelo vigente desde a formação dos estados modernos absolutistas, aqueles mesmo de inspiração hobbesiana como já fizemos alusão em momento anterior, em que a produção normativa estaria concentrada, e de forma monopolizada no ente estatal, não se reconhecendo, assim, qualquer outra fonte produtora de direito.

Para uma compreensão mais acurada, vamos a Norberto Bobbio:

> O Estado moderno foi formado através da eliminação ou absorção dos ordenamentos jurídicos superiores e inferiores pela sociedade nacional por meio de um processo que se poderia chamar de *monopolização da produção jurídica.* Se por poder entendêssemos a capacidade que têm certos grupos sociais de emanar normas de conduta válidas para a totalidade dos membros daquela comunidade, e fazê-las respeitadas recorrendo até mesmo a força (o considerado poder coativo), a formação do Estado moderno caminahria lado a lado com a formação de um poder coativo sempre mais centralizado e, portanto, com a gradual supressão so centros de poder a ele inferiores e superiores, o que gerou como consequência a eliminação de todo centro de produção jurídica que não fosse o próprio Estado. Se hoje persiste ainda uma tendência em identificar o direito com o direito estatal, essa é a consequência histórica do processo de centralização do poder normativo e coativo que caracterizou o surgimento do Estado nacional moderno.[168]

Fenômeno moderno, o monismo é o modelo monopolizado de um Estado também monopolista, onde a soberania do Príncipe, legitimado numa ordem de natureza divina, estendia-se sobre tudo e todos, desde as propriedades às liberdades individuais (termo ainda não alcançado pelo direito) e as relações sociais e econômicas. o Monismo era a forma racional, portanto, de um estatuto jurídico derivado de uma eticidade tradicional no sentido de harmonia unívoca de mundo, cujo epicentro era uma ordem pronta de conformação política e social que tinha no monarca e nos dogmas de um cristianismo uniforme (e absoluto) ao seu ancoradouro definitivo.[169]

Esse panorama moderno dos Estados centralizadores foi ‘bagunçado’ pela agitação política e cultural do século XVIII iluminista, sendo transformado no seio de uma

---

[168]BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. São Paulo: Edipro, 5º edição, 2014, p. 33

[169]A passagem para a modernidade coincidiu com o surgimento de conflitos entre eticidades diversas, muitas vezes incompatíveis entre si e inconciliáveis em suas pretensões de dirigir a vida cotidiana de indivíduos e comunidades. Essa transformação social profunda foi explicada pelos sociólogos de diversas maneiras. Mas também a filosofia política moderna, de seu lado, procurou responder a essa novidade histórica. (NOBRE, Marcos. TERRA, Ricardo. Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas (org). São Paulo: Malheiros, 2008, p.17)

revolução que, desde o seu início, se pretendeu 'universal'[170] e constitutiva de uma nova ordem que iria agora conviver com uma diversidade de grupos e elementos que lutariam pela conquista de espaço e protagonismo nas disputas políticas motivadas, sobretudo, pelas relações de trocas econômicas, numa palavra, burguesa. Porém, ainda assim, é o monismo (jurídico) quem define 'as regras do jogo' do ponto de vista formal dogmático, mas essa centralidade, desde a agitação oitocentista viria, dois séculos depois, sofre forte confrontação diante da complexidade (cultural, política, econômica e social) que marcou o século XX e da qual ainda estamos profundamente mergulhados.

Eis assim o cenário para uma alternativa diversificada de produção jurídica, antes, pressionada pelas alterações vivenciadas no modo de produção capitalista (passagem de um modelo industrial para um monopólio organizado), consolidação de políticas sociais de tipo distributivas de inspiração do economista inglês John Maynards Keynes (ou keynesianismo), além, ainda, dos trabalhos do dogmatismo normativista da Escola de Viena e de Hans Kelsen e já mais recentemente, a intensificação dos processos de globalização econômica, seus efeitos, crises e o abalo no chamado Estado de Bem Estar Social, em que tudo somado viria a exigir um novo sistema ético-jurídico, abrem-se as cortinas para o pluralismo jurídico.[171]

E como se articulou essa exigência pluralista?

Pois bem! Trabalhando com as noções de crise no interior do pensamento habermasiano[172] (*de legitimação, motivação, econômica e de racionalidade*) e com o conceito de crise de 'paradigma', conforme Thomas Khun, como impossibilidade de o modelo vigente, no caso, a dogmática positivista e o monismo jurídico, solucionar os

---

[170]Justificam-se as 'àspas' em razão da consagrada opinião no pensamento crítico aludido, que esse 'universal' da Revolução francesa foi limitado ao 'universo' dos interesses da classe burguesa, assim como os modelos jurídicos ali propostos, desde o binômio legalidade/Estado de direito até a fórmula, já clássica, da separação de poderes ainda vigente. (Cf. Neumannn, Franz. A mudança de função social da lei no direito da sociedade burguesa. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, nº 109, pp-13-87, jul./dez. 2014)

[171]WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico. Op. cit., 2001, p.171

[172]Como lembra Antonio Manuel Hespanha, há uma forte identificação da teoria pluralista do direito com o a 'Teoria da Ação comunicativa' de Habermas, na medida em que esta também encontra apoio num diálogo consensual entre grupos em esfera distintas, sobretudo aquela da 'esfera pública' surgida a a partir do advento da imprensa, dos *salons,* etc., sendo esse o modelo que moldou o modo de decidir típico dos estados democráticos, tendo havido, posteriormente, em razão da diversidade das sociedade e da complexificação das esferas comunicativas, uma inadequação para que se continuasse a reproduzir esses 'diálogos', propiciando assim que o Estado perdesse a capacidade de refletir esses 'diálogos comunitários', passando então a colonizá-los de forma artificial e autoritária. HESPANHA, A.M. Op. cit., 2012, pp-551/552.

problemas e desafios do novo contexto como acima apontamos, sendo, em verdade, essa mesma dogmática tradicional de herança iluminista ela própria parte dessa deficiência.

Antonio Carlos Wolkmer vai identificar a necessidade natural de busca de um modelo referencial (epistemológico) alternativo ao projeto estatal hegemônico (monismo) capaz de reconhecer e legitimar normatividade extra e infra-estatais a partir das carências dos sujeitos coletivos recentes, precarizados no âmbito das sociedades subalternas do Capitalismo periférico forjadas por estruturas precárias e pulverizadas numa ambiência de espaços de conflitos permanentes; desse modo, toma cuidado o autor citado de destacar a diferença desse *pluralismo jurídico-liberador*, daquele outro político de tipo conservador, que em verdade representa muito mais os interesses dos mesmos grupos econômicos dominantes, escamoteados pelos mesmos interesses hegemônicos.[173]

Assim, se a Teoria Crítica seria a denúncia da falência da promessa iluminista de emancipação, houve avanço da técnica mas não logrou a libertação dos homens, a razão que se manifesta na ciência era repressiva ainda, pela crítica a razão estaria vinculada ao processo histórico e social.

A Teoria Crítica vai explicar as 'coisas como são', mas sob a perspectiva de como 'deveria ser'. Assim, a factibilidade, tratando das coisas a partir das suas potencialidades.

Para isso, a necessidade de se colocar, numa dinâmica dialética, no conjunto da história, na concreção histórica; levando-nos a 'dialética da participação'!!

4.3 A crítica ao positivismo pela via da alternatividade: Condições do Direito Alternativo

Embora não constituam a mesma coisa, o Teoria Crítica de revela como substrato teórico para o movimento do chamado Direito Alternativo (não confundir com o 'uso alternativo do direito, este, oriundo do movimento europeu dos anos 70 vinculado a uma atuação dos operadores do direito: magistratura, essencialmente) fomentada pela premissa que considera o positivismo como grande modelo (ideologia) jurídico dominante

[173]WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico.Op cit., pp. 80/81

desde o século XIX, e que não obstante suas diversas matizes e sutilezas, ora práticas, ora teóricas, sofreu resistência nas últimas décadas donde o terreno fértil para novas aspirações epistemológicas no enfrentamento do Direito, porquanto tem como certo, segundo Michel Troper, a sua separação abrupta entre direito e moral.[174]

E é aí, dessa separação como marca fundamental, e na defesa da ordem estabelecida, quer pensemos o positivismo na sua vertente normativista (Kelsen) ou na variante do realismo jurídico, novos modelos foram reclamados, e aqui encontramos alternatividade jurídica, ou, o direito alternativo.

A proposta, ou visão, de uma ética fundada na *alteridade concreta* estabelece relação direta com a necessidade de um novo *ethos jurídico*[175], como exigência da democracia agora compreendida numa dimensão não somente satisfeita com uma retórica formal, mas antes, que dê vazão substantiva aos anseios de uma sociedade pluralista e ainda marcadamente desigual, com fissuras no seu tecido social que são, tradicionalmente, ignoradas pela aliança do poder político com o poder econômico.

Mas em que consistiria conceitualmente essa ética concreta da alteridade?

> Numa ética antropológica da solidariedade que parte das necessidades dos segmentos humanos marginalizados e se propõe gerar uma prática pedagógica libertadora, capaz de emancipar sujeitos históricos oprimidos, injustiçados, expropriados e excluídos. Por ser uma ética que traduz os valores emancipatórios de novas identidades coletivas que vão afirmando e refletindo uma práxis concreta comprometida com a dignidade do 'outro', encontra seus subsídios teóricos não só nas práticas sociais cotidianas e nas necessidades históricas reais, mas igualmente em alguns pressupostos epistemológicos da chamada Filosofia da Libertação. Sendo assim, há que se ter presente, ainda que brevemente, certos marcos referencias na obra de Enrique D. Dussel, o teórico por excelência da mais bem elaborada e consistente proposta de uma ética filosófica libertadora sob a óptica da periferia latino-americana.[176]

Ao tratar dos desafios de democracias de 'baixa intensidade' como é o caso brasileiro, revela-se um quadro que faz urgir, no 'espírito do tempo' mecanismos dinâmicos quê, reconhecendo a insuficiência de atendimento das demandas sociais, promova novas possibilidades éticas mas que não se distanciem, antes, atendam, a necessária factibilidade. Eis, assim, que esse cenário colocará como imperativo formas

---

[174]TROPPER, Michel. A filosofia do direito. Martins Fontes: São Paulo, 2008. p. 27

[175]ARRUDA JR, Edmundo de Lima.Direito Alternativo. Notas sobre as condições de possibilidade. São Paulo: Acadêmica, 1991, p.94

[176]WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit., p. 314

pluralistas, tanto no campo político como jurídico, como referenciais comprometidos com a satisfação das necessidades humanas essenciais (fundamentos materiais) e com as múltiplas identidades/singularidades sociais (legitimidade dos atores) e, mais urgente, com o processo político democrático de descentralização, participação e controle comunitário.[177]

No que tange aos fundamentos de 'efetividade material' o primeiro deles diz respeito ao surgimento de novos atores sociais, reconhecidos como 'sujeitos coletivos', agora, diverso do sujeito individual (sujeito em si) da tradição cartesiana e do subjetivismo kantiano, antes corporificado numa abstração formalista e ideológica, mas sujeito ativo, vivo e atuante até o limite da modificação da mundialidade do processo histórico social, que já estava presente em diversas etapas das lutas e denúncias sociais, ora sendo o proletário (Marx), ora os marginalizados da sociedade industrial (Marcuse), dos condenados da terra (F.Fanon) até o 'povo oprimido' dos filósofos e teólogos latino-americanos (Gustavo Gutiérrez, Enrique Dussel, e etc). [178]

Essa proposta, por certo, vai também buscar, no âmbito jurídico, dilapidar as estruturas formais do positivismo-liberal e seu arquétipo de uma racionalidade que se mostrou incapaz de dialogar com o centro de gravidade fundamental, a própria sociedade e suas demandas permanentes.

É falar já de democracia, para além da ideologia jurídica que se contentou em se legitimar numa (velha) ordem oitocentista de manutenção da cultura de um poder a serviço de reproduções de privilégios, o que se faz sentir muito acentuadamente nas periferias globais, locais, por excelência, de radicalização dos conflitos sociais gerados pela contradição do modo de produção capitalista.[179]

É assim que essa constatação, da emergência periférica, fez sentir a toda evidência, que a impossibilidade de um 'direito único' ou 'supraclasses', verificando assim o esgotamento da ideologia jurídica dominante, a partir das lutas sociais e das conquistas (tímidas) dos movimentos, por exemplo, de trabalhadores no contexto das democracias de bem estar social, expondo as fraturas e a crise de legitimação do capitalismo global.

---

[177] Ibidem, p. 275
[178] Ibidem., p. 278

[179] ARRUDA JR, Edmundo de lima. Op. cit, p. 76

Daí, que o projeto de sociedade vai exigir, no âmbito do direito, que o 'eixo normativo' esteja não mais ancorado numa ideação de tipo universal-abstrata, mas naquilo que já apontamos como 'paradigma da vida concreta' agora traduzida como normatização vinculada aos desafios e promessas democráticas, e isso implica mitigar o 'mito da Justiça e Direito' burgueses, pela via que será aberta pelo pluralismo jurídico.[180]

Todo o estatuto epistemológico, portanto, da 'Teoria Crítica', passa a ser compreendido como uma vertente essencialmente revolucionária, no sentido da busca de emancipação dos sujeitos históricos e, em última análise, promovendo a passagem para a 'juridicidade alternativa',[181] que por sua vez, estará umbilicalmente ligado a um 'novo Direito', no que o 'novo' estaria num pluralismo (emancipatório e participativo) capaz de reconstruir um direito verdadeiramente justo e (obrigatoriamente) democrático.

Esse caráter democrático, em verdade, ao mesmo tempo uma necessidade e condição de surgimento do Direito Alternativo, é o elemento que, em nosso sentir, lhe dá a legitimidade suficiente diante do monismo de tipo formal-liberal, porquanto alternativa de construção das condições mínimas para o resgate, no plano discursivo, num primeiro momento, do caráter instituinte de novas formas de inclusão de outros atores sociais e suas correlatas exigências e reivindicações, como bem assinalado por Tarso Genro:

> O direito alternativo não é, pois, o não-direito, muito menos um direito inventado ou simplesmente intuído na tradição do bom juiz Magnaud. Ele é sempre a melhor possibilidade de um sistema jurídico, dada pelos conflitos sociais e individuais que o geraram, pela sua história e pela cultura da sociedade em que ele emerge. Não é o arbítrio do indivíduo-Juiz, nem sua simples vontade política perante a crise de um sistema; mas é um ato de construção e desenvolvimento de valores que já estão postos pela própria história de afirmação da liberdade humana, do direito à vida, da luta pela repartição do produto social, pela redução da desigualdade e pela defesa do futuro, preservando-lhe o ambiente e a natureza.[182]

Ora, e é aí, em razão do reconhecimento dos conflitos sociais permanentes – a exigir o método da dialética da participação – que a Teoria Crítica exsurge como instrumental teórico que vai possibilitar pensar o direito a partir de um 'novo sujeito histórico', libertando-o da condição de alienado, ao mesmo tempo em que promove a

---

[180] Ibidem. p. 97

[181] WOLKMER, Antonio Carlos. Contribuição para o projeto de juridicidade alternativa. *In* ARRUDA JR, Edmundo de Lima (Org).Direito Alternativo. Notas sobre as condições de possibilidade. São Paulo: Acadêmica, 1991

[182] GENRO, Tarso Fernando. Os juízes contra a lei. In ARRUDA JR, Edmundo de Lima (Org). Direito Alternativo. Notas sobre as condições de possibilidade. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 26

autoconsciência do agentes e movimentos sociais em franca desvantagem no tecido social e alijados dos processos 'normalizadores' dos sistemas de privilégios, desigualdades e injustiças, criando, assim, as condições para o esclarecimento e emancipação dos oprimidos.

4.3.1 A Dialética da Participação: Método do pensamento crítico

O processo ou método dialético é comum na história da filosofia desde os pré-socráticos, com os movimentos do pré-socrático Heráclito (célebre Fragmento 91)[183], chegando a Hegel e sua totalidade da história e, num grau de maior assimilação no interior de uma filosofia voltada à transformação do real, com materialismo histórico marxista**.**

Podemos entendê-la, de forma muito rápida, como 'a própria mundividência que, pressupondo o movimento imanente do ser, considera o ente em sua totalidade, a qual se volta para si mesma como individualidade total e se projeta no mundo como implicação total. (...) o pensamento dialético vislumbra, portanto, os objetos do conhecimento do ponto de vista da sua dinamicidade."[184]

A dialética é a forma absoluta do movimento, dos contrários, do 'eterno devir', e por isso mesmo, do entrechoque permanente das instâncias, das ideias e das contradições. No plano social, essas características ficam ainda mais visíveis. Toda a teoria marxista (lembremo-nos, o ponto de partida dos frankfurtianos) e seu materialismo histórico[185] estão calcados nessa dialética, à maneira invertida do hegelianismo ideal, sendo, no caso do objeto da nossa pesquisa, na realidade pluralista das condições e estruturas sociais em toda sua dinamicidade.

---

[183]Conforme Heráclito de Éfeso: 'É impossível alguém entrar duas vezes no mesmo rio, já que no segundo momento teríamos tanto um novo rio como um novo homem'. BARROS, José D'assunção. Teoria da História: Os paradigmas revolucionários. Volume III. 3º edição. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 37

183 COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., 2003, p. 27

[185]A história e as mudanças na vida humana são sempre impulsionadas a partir de sua base material, isto é, das condições objetivas e concretas por meio das quais os homens em sociedade reproduzem sua própria existência (materialismo). As transformações dão-se a partir do desenvolvimento das contradições, isto é, de inúmeras forças sociais e produtivas que terminam por se confrontar reciprocamente, gerando um movimento dialético. Tudo é histórico. BARROS, José D'assunção. Op. cit, 2013, p. 32

O ponto de contato é inegável, pois no dizer de Wolkmer “diante da insuficiência das fontes formais clássicas do modelo jurídico liberal e monocultural, os movimentos sociais como novos sujeitos históricos tornam-se portadores privilegiados do pluralismo político e jurídico transformador que nasce das lutas e das reivindicações em torno de carências, aspirações desejadas e necessidades humanas fundamentais.”[186]

Fecha-se esse ponto de contato referido na proposta metodológica da ‘dialética da participação’ como mencionávamos, na razão direta de que ela traz para o seu campo específico o ‘ser social’ como área privilegiada do pensamento dialético, porém, mediante uma exigência de tomada de *ações reais* para além do mero esforço de descrição de causalidade e funcionalidade, ou seja, seu estatuto epistemológico (e científico) repousa na transformação da concreção do real, por isso, participativa.[187]

Quando se analisam os objetivos, por sua vez, do pluralismo jurídico, depara-se com a pretensão de se alcançar uma totalidade do direito (e que não só isso) enaltecendo o direito estatal como apenas uma das inúmeras possibilidades para dar vazão às estruturas e demandas sociais, posto que teria o mérito de demonstrar, ainda que de modo abrangente, a força e autenticidade prático-teórica das diversas manifestações normativas não estatais, surgidas do interior de condições materiais, das lutas sociais e contradições classistas, servindo como ‘voz de denúncia’ das necessidades de reivindicações derivadas das privações que marcam o espaço social periférico em processo de descolonização.[188]

Não é outro o postulado do pensamento crítico:

> “Penso assim, que uma teoria crítica do direito deve ir além da simples denúncia das contradições sociais, do mero estudo das manipulações a que estão sujeitas as estruturas sociais em proveito de grupos privilegiados, da desmistificação das aparências e fantasmas que os elementos dominantes procuram incutir no inconsciente dos cidadãos, para elidir-lhes a opressão social a que estão sujeitos; (...) fica assim definido o contexto da teoria crítica do direito como a união dialetizadaenre a teoria e a experiência, na realização do direito como espaço de luta e conquista com vistas à autonomia dos indivíduos e à emancipação das sociedades.”[189]

---

[186] WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico. Op. cit., 256
[187]COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., 2003, p. 40
[188] WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico. Op. cit., 2015, p. 261
[189] COELHO, Luiz Fernando. Op. cit, 2003, p. 13/14

Como já assinalado anteriormente, a Teoria do Conhecimento tem sempre três elementos (no mínimo): *sujeito, objeto* e *conceito*. No caso da teoria crítica na forma como aqui desenvolvida, o terceiro elemento, conceito, repousaria nas chamadas '*categorias críticas'*, não perdendo de vista que categoria seria a representação intelectual do objeto enquanto integrado na dialética do conhecimento que une o sujeito com seu objeto gnósico; mas aqui, em sendo *crítica* essa categoria – que no pensamento do autor compreende: ideologia, sociedade, alienação e práxis – ela estaria fazendo a 'ponte cognoscitiva' entre o fazer e o saber, amoldando assim o conhecimento no âmbito do referido processo dialético.[190]

O método, portanto, desta teoria crítica, a dialética da participação

> É assim uma proposta metodológica às exigências de uma práxis transformadora, o que pressupõe também a dimensão política. E ao novo estatuto justamente repugna a separação entre a teoria e a práxis, consideradas não mais como entidades separadas no plano teórico, mas apenas o epistemológico de princípios da única realidade, o ser humano individual e social cuja ontologia, esta sim, pode servir de fundamento a qualquer teorização.
>
> Por isso a dialética da participação pressupõe a interdisciplinariedade do social, que não é a incorporação em visão unitária dos resultados de diversas ciências, ou seja, a incorporação da crítica à ciência da sociedade realizada desde fora. Deve-se entender a interdisciplinariedade como interação de regiões teóricas, realizando-se no plano epistemológico a tarefa que a dialética culturalista já realizara no plano ontológico, a exemplo do conceito de tridimensionalidade específica em Reale, sem o alcance, embora, que a dialética da participação propõe, ao substituir a ontologia do direito pela ontologia do ser social.[191]

Assim, evidencia-se, para além de qualquer dúvida razoável, a íntima relação entre o pluralismo jurídico e seus postulados, fundamentos e objetivos, com a teoria crítica do direito que, por sua vez, não sustentaria o seu edifício epistemológico enquanto mecanismo de emancipação das condições sociais estruturais deficitárias, sem um método que lhe fosse próprio, valendo-se da *dialética da participação*, suspendendo, assim, o clássico binômio dedutivo-indutivo de raiz cartesiana e sua separação sujeito-objeto que marcou, a um só tempo, o jusnaturalismo moderno e o positivismo dogmático que lhe sucedera nos dois últimos séculos.

---

[190] Ibidem, p.47
[191] Ibidem, p. 45

5. Direito de Resistência

"O direito de resistência é o tipo mais perfeito de sanção inorganizada do estatuto do poder no Estado'

Georges Burdeau

É possível resistir ao governo nos limites do Estado de Direito? Há espaço de possibilidade para o direito de resistência no constitucionalismo brasileiro? Mas que "coisa" é exatamente essa, de "Direito de resistência"? Seria um tipo sofisticado, travestido já com as cores da modernidade tardia, de "desobediência civil"? E a relação de tal fenômeno com os processos de densificação democrática, notadamente, pelos movimentos sociais. É possível?[192]

Debruçar-se sobre essas questões, investigando a origem, os contornos, definições, espécies, momentos históricos, assim como os seus limites, alcance e aplicação empírica (fato social e pluralismo jurídico) é o objeto do presente capítulo, mas mantendo como 'fio condutor' a abertura da resistência legitimada pela hermenêutica constitucional a que fizemos alusão nos capítulos anteriores.

É que o Direito de resistência, embora tema clássico na Filosofia e Ciência políticas, não tem o mesmo tratamento de investigação e preocupação na Teoria do Direito, sendo muito pouco investigado.

Essa problematização parte da noção de que o pensamento jurídico, estando ainda refém da concepção formal-abstrata do positivismo normativista, herdeiro de uma concepção *estandardizada* de interpretação jurídica, em virtude da ainda letárgica recepção da chamada '*viragem linguística'*, mantém, ainda, a sua técnica de interpretação no âmbito dos modelos subsuntivos (fato e norma) do paradigma da aristotélico-tomista, não conseguindo superar o esquema 'sujeito-objeto' e o modo, ainda

[192] Segundo aponta Alexandre Correia, "é questão controvertida, já há séculos, a de saber-se se devem os súditos obediência a um poder civil que, exorbitando das suas funções constitucionais, se torna despótico e tirânico, alheando-se do *bem comum,* que tem por dever promover e realizar. Contra uma tirania, individual ou oligárquica, que busca unicamente o bem próprio, em detrimento do bem social e dos direitos do cidadão, será lícito reagir. (Ensaios políticos e filosóficos. São Paulo: Editora da USP, 1994, p. 323

buscando sempre a solução pela processo de subsunção do fatos à norma, ignorando a ruptura promovida pela superação da Filosofia da Consciência e de consequência a maior autonomia do Direito e principalmente da Jurisdição Constitucional nesta quadra da História, deixando como resultado, a separação entre sociedade, Direito e sua função social (de transformação real), e esse problema estaria, talvez, na raiz da baixa efetividade dos valores constitucionais.[193]

E é aí, nesse não reconhecimento paradigmático (Filosofia da linguagem e Hermenêutica) que nos parece mais urgente o estudo do estatuto jurídico do "Direito de resistência", pois, ainda que pouco explorado, já encontrava manifestação na Grécia Antiga, como documentado em Antígona[194], de Sófocles, como uma reação ao poder e arbítrio estatais no âmbito da concepção jusnaturalista.

Assim, o problema cujas possíveis respostas e evoluções buscaremos pesquisar é a questão da insurgência de indivíduos ou grupos sociais quanto às ordens e manifestações do aparelho estatal (ente político e jurídico) que se mostrem contrárias às liberdades civis, aos direitos sociais e representem, assim, uma ameaça aos postulados democráticos, ensejando, assim, uma pesquisa no espaço da Jurisdição Constitucional e seus temas correlatos.

Nessa esteira e em superação ao Estado liberal, surgido em fins do século XIX, o Estado Democrático de Direito, positivado no texto constitucional, tem como sua viga mestra os chamados Direitos Fundamentais, que consolidam as condições mínimas de garantia a uma existência plena aos cidadãos, no reconhecimento da supremacia da vida humana, e no dever de o Estado, por meio de seus aparelhos oficiais, conferir as condições necessárias para o exercício das diversas espécies de liberdade, afirmando, assim, os valores democráticos.

---

[193]STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. (RECHTD). Volume I (65-77).2009

[194] Polinice e Etéocles, ambos irmãos de Antígona, perecerem em combate pelo controle de Tebas, e como Édipo, pai deles todos, já havia também perecido, o trono fica com Creonte, parente mais próximo dos mortos. Etéocles recebe sepultura digna, glorificado. Já Polinice, acusado de ataque à pátria e aos deuses, é proibido por Creonte de ser sepultado, sendo determinado que seu corpo permanecesse insepulto, pasto para aves e cães. Antígona insurge-se contra a ordem de Creonte e, em nome das leis naturais e divinas, superiores às leis terrenas, sepulta o corpo de Polinice, submetendo-se às possíveis sanções advindas dessa atitude. (SÓFOCLES,

Daí, que diante dessa nova realidade político-jurídica percebe-se um movimento mais acentuado de 'constitucionalização' das normas legais, de modo que a aplicação dos princípios e normas da Carta Fundamental, desde a produção legislativa até a tomada de políticas públicas, balizando e dando novos contornos à sociedade brasileira, torna-se um imperativo indeclinável.

A aplicação das normas constitucionais, especialmente àquelas que tocam mais intimamente aos Direitos Fundamentais, passa então a merecer especial análise, o que reclama o tema da Hermenêutica, grosso modo, ao campo da interpretação das normas, de forma a se buscar o seu mais real e detido alcance, possibilitando, de consequência, a sua maior efetividade e aplicabilidade, tornando, *in concreto*, real a transformação da sociedade, das instituições, e do próprio Estado brasileiro.

Ora, é que o processo de concretização constitucional reclama a interpretação jurídica, feita de caso a caso, partindo-se de um enunciado linguístico, conjugado com fatores extraconstitucionais e advindos da realidade social e das relações estatais, é a 'força normativa do fático', como diz João Maurício Adeodato: "A concretização normativa constitui-se, por um lado, da interpretação do texto da norma, por outro, de elementos que compõem o âmbito da norma, isto é, teorias, técnicas hermenêuticas dogmáticas, elementos ideológicos."[195]

Hoje, no panorama da modernidade tardia, com as demandas e movimentos contínuos de uma sociedade pluralista e mais organizada, percebe-se, também, em face à precária resposta dada pelos legisladores àquelas demandas, um movimento de 'judicialização das normas', cenário em que o Poder Judiciário – no que se convencionou, até aqui, chamar de ativismo judicial – preenche o vazio deixado pelo legislador por meio da aplicação, quando provocado, das normas constitucionais, o que o faz, todavia, por meio de uma interpretação que busca efetivar os Direitos Fundamentais, donde o tema ser merecedor de estudo mais aprofundado, sobretudo no que diz respeito à aplicabilidade das normas programáticas por meio de uma hermenêutica que possibilite a sua efetividade.

---

[195]ADEOADATO, João Maurício. A concretização Constitucional de Friedrich Müller". Direito Constitucional. (Coordenador: José Janguiê Bezerra Diniz). Brasília: Consulex, 1998, p. 25

Constituindo elemento essencial dessa pesquisa, o direito de resistência é figura conhecida na Teoria e Filosofia Política, assumindo, no curso das épocas, modalidades diversas, figuras e mesmo conceitos, porém, mantendo a característica de modelar (nas suas mais diversas variações) a ambiência política, social e cultural em todos os lugares em que se tenha manifestado, fazendo surgirem dali novas formas de organização social. E aqui, a história é ela mesma o acervo vivo e pujante a sustentar essa afirmação.

Fenômeno, portanto, bastante antigo, sendo recorrente na literatura especializada a tragédia grega Antígona, a resistência e suas variantes, semânticas ou ônticas, que serão desenvolvidas mais adiante, é objeto de estudo mais acentuado no campo da Filosofia e da Ciência Política, sendo menos prodigiosa sua investigação enquanto fenômeno jurídico ou normativo, sendo esse 'vácuo', portanto, nossa maior inspiração para a consecução desse trabalho.

E é assim, pois, que para o bom desempenho de tal intento, tentando, de quando em quando, a supressão de lacunas e outras vaguezas, sem perdermos de vista as fragilidades próprias que envolvem essa pretensão, achamos necessária a elaboração de alguns conceitos mínimos acerca do fenômeno da resistência.

O chamado *direito de resistência* é figura clássica no campo das ciências políticas e especialmente da Filosofia política, tema ligado à abordagem e investigação dos fundamentos do poder estatal e de seu correlato direito à insurgência pelos súditos em caso de desvios de poder, quer sob a forma do excesso ou do abuso.[196]

Ou seja, se trata de perscrutar os limites de obediência de um povo a um governo quando não mais satisfeitas as exigências e demandas que formam o pacto social e seu fundamento ético calcado na realização do bem comum e do pleno desenvolvimento da sociedade integrante do contrato, sendo forma (legítima ou não) de profundas transformações na estrutura das sociedades e do poder vigente.

Algumas respostas e teorizações quanto à natureza e legitimidade do *direito de resistência* são encontradas em algumas clássicas escolas de pensamento político-filosófico, a título de exemplo, como na visão da tradição grega presente em Antígona (teológica), no jusnaturalismo (direito universal e imutável), no materialismo histórico

[196] BUZANELLO, José Carlos. Direito de resistência constitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 09

(marxista) e mesmo no liberalismo que deu origem ao contratualismo, em pensadores como Locke, Rousseau e Hobbes, evidentemente, com nuances e perspectivas variadas, mas não encontra terreno igualmente fértil quanto a uma abordagem acerca da sua juridicidade e força jurídico-normativa.

Na visão do liberalismo (ou teoria liberal) que consagra a prevalência do indivíduo e seus direitos naturais (propriedade e liberdade econômica, principalmente), calcado numa igualdade que se revelou puramente formal e abstrata – donde decorreria o positivismo jurídico – o direito de resistência é visto como uma condição de equilíbrio e restauração da ordem, mas fundamentalmente, é um direito de defesa do próprio indivíduo. Ou seja, o liberalismo na modernidade concebeu um arcabouço teórico que admitia o *direito de resistência*, dúvidas quanto a isso não persistem, o que pode ser inferido da obra de seus mais importantes pensadores. [197]

De maneira geral, os contratualistas, com manifestações peculiares, admitiram o *direito de resistência*, firmes na ideia de que a formação do Estado moderno não era decorrência de uma associação natural, imperativa, mas sim, de um acordo expresso, marcado pela voluntariedade de criar, por meio do pacto, as bases de um ente que pudesse assegurar o desenvolvimento da vida humana com segurança e liberdade.

Porém, na visão do liberalismo, o *direito de resistência* não alcançaria outras camadas da população, uma vez que aqueles despojados do poder econômico também não teriam condições de exercício pleno dos poderes políticos e nem tampouco de alteração do establishment, e isso é reforçado na ideia de proteção do indivíduo mesmo, e não da coletividade, o que revela o fato de que a resistência seria muito mais contra um sentimento de injustiça, perpetrado de modo contrário ao direito natural (base do

[197] Em Hobbes, por exemplo, em que pesem algumas divergências no campo da literatura da filosofia política especializada, é admitido o direito de resistência, mesmo num Estado absoluto, do qual o pensador é o grande teórico, naquelas situações em que a ordem do soberano fosse contrária às finalidades para os quais foi ele (soberano) instituído: paz social e segurança; de maneira ainda mais evidente e muito menos controversa, é o reconhecimento do mesmo direito em John Locke, cuja admissão seria um instrumento do povo contra os abusos do Estado e do governo, e ainda para uso contra os titulares dos poderes políticos que tenham sido investidos ilegitimamente, ou seja, sem observância das regras de delegação criadas quando da elaboração do pacto social para garantia dos direitos naturais. MONTEIRO, Maurício Gil. O Direito de Resistência na Ordem Jurídica Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 41-49

racionalismo moderno pré-positivista) do que a própria ordem tirânica ou à autoridade estatal.[198]

Neste particular, é ilustrativa a passagem explícita de John Locke:

> Podem então sofrer oposição as ordens de um príncipe? Pode-se resistir-lhe tantas vezes quantas um se julgar agravado, somente por imaginar não lhe ter sido feita justiça? Desse modo se desarranja e subverte toda forma de governo, e, ao invés de governo e ordem, nada mais ficará de pé senão anarquia e confusão? A isto respondo que não se deve opor a força senão à injusta e ilegal; quem quer que se faça oposição em qualquer outro caso atrai sobre si justa condenação tanto de Deus como do homem; e assim não resultarão perigo e confusão, como frequentemente sugerem.[199]

Ainda que o liberalismo tenha, portanto, admitido enquanto doutrina filosófica, o direito de resistência, é para nós bastante claro que assim como se deu no positivismo, esse modelo é insuficiente para dar conta de fundamentar, tanto do ponto de vista teórico como da *práxis*, as possibilidades de insurgência contra violações aos direitos fundamentais e aos postulados de cidadania próprios da complexa estrutura social da periferia do capitalismo do século XXI, ademais, mostra-se ainda mais distante da necessidade emancipatória quando se observa que a teoria liberal sustenta a tese que de direito justo não prescinde, sempre, a completa submissão ao direito positivo, mesmo quando injusto, já que nesse paradigma não se combinam sempre, justiça e segurança jurídica – o que também não se harmoniza com a proposta emancipatória da alternatividade jurídica e da hermenêutica existencial aqui trabalhadas.

Desse modo, ainda que presente na formulação do liberalismo clássico, o *direito de resistência* ancorado nessa (importante) corrente de pensamento oitocentista não responderia aos anseios e desafios na contemporaneidade, quer pela excessiva ênfase dada ao indivíduo, num mundo muito então mais homogêneo no que toca à conformação do tecido social e da representatividade política (proprietários burgueses), quer ainda por sua correspondência, no plano jurídico, ao modelo positivista-legalista, também insatisfatório e em profunda crise, como acentuamos nas passagens anteriores.

Outra possibilidade de fundamentação teórica do *direito de resistência*, e que não à toa, desenvolveu-se no percurso histórico seguinte ao liberalismo clássico, foi aquela representada pelo repertório socialista, já no ambiente do século XIX e do avanço da

---

[198] BUZANELLO, José Carlos. Direito de resistência constitucional. Op. cit.,p. 18

[199] LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Instituto Brasileiro de Difusão Cultural S/A, 1963, p. 130

Revolução Industrial, mais precisamente pelo conceito e método do materialismo histórico marxista,[200] e cuja revelação no âmbito da práxis, enquanto ação coletiva para transformação da realidade – desafio expresso da teoria marxiana – foi melhor desenhada na chamada aos trabalhadores a uma união universal constante do Manifesto Comunista, contra as agruras e a hegemonia do sistema capitalista.

Nesse contexto, podemos sintetizar o *direito de resistência* de tipo socialista nas modalidades de i) demonstração pública de força aliada à resistência; ii) luta pela igualdade social por meio da organização de movimento social; e iii) pensamento e ação revolucionários contra a burguesia e direito à revolução.[201]

A questão social e o espírito revolucionário, portanto, são elementos-chave no que poderíamos chamar de *direito de resistência* socialista, entendendo na questão social a crítica pelo estado de injustiças e desigualdades endêmicas ao modo de produção de capitalista, num modelo em que a sociedade civil e suas relações de produção econômicas (base da infraestrutura) determinariam as demais instâncias da racionalidade e seria causa justificadora de criação e existência do próprio Estado, numa importante inversão do modelo desenvolvido por Hegel – em que o Estado fundaria a sociedade civil.[202]

Assim, no âmbito e seguindo os passos do método do materialismo histórico, após a tomada do poder político pelo proletariado, o fim último seria a extinção do próprio Estado após a transição pela etapa socialista, esta por sua vez, encarregada de colocar 'nas mãos do proletariado' os meios de produção privados até a supressão das diferenças de classes, com a consagração final do comunismo.

Contudo, o naufrágio das experiências do 'socialismo real' no leste europeu durante o século XX expuseram erros e desvios do método do materialismo histórico

---

[200] De acordo com Geoff Boucher.: "No cerne da visão marxista está a ideia de que as lutas do proletariado representam potencialmente uma nova base ética para a sociedade humana além do capitalismo. Mas não podemos compreender este compromisso político fora do aspecto social científico da teoria de Marx, que, entre outras coisas, se supõe determinar o que é realisticamente possível. Para formular a posição materialista histórica sobre a sociedade, Marx usou a filosofia dialética, de modo a reunir três tópicos. Estes são os seguintes: uma compreensão do processo histórico como dirigido pela luta de classes para atingir formas cada vez mais elevadas de sociedade, uma teoria do terreno da luta de classes em termos de como a estrutura social é moldada pelos fatores econômicos, e um conceito de raízes da luta de classes como localizada na relação fundamental entre humanidade e natureza, no processo de trabalho". (Marxismo. Tradução de Noéli Correia de Melo Sobrinho. Petrópolis: Editora Vozes, 2015. pp.17-18).

[201] BUZANELLO, José Carlos. Op. cit., p. 21

[202] Ibid, p. 23

(ainda que evidentemente não tenha significado o fim do ideário e da validade das teorias socialistas), sobretudo na sua incapacidade de se ajustar aos desafios contemporâneos, como o avanço tecnológico e das novas formas de informatização dos meios de produção, da redução da classe trabalhadora, decorrente daquele mesmo avanço, da evolução da sociedade de serviços, do fenômeno da 'dessindicalização' das sociedades capitalistas[203], dentre outros inúmeros fatores, não nos permite a aceitação do direito de resistência com base nessa perspectiva, muito embora se reconheça, como já fizemos, que a fundamentação da Teoria Crítica do Direito e a alternatividade jurídica, assim como o pluralismo jurídico, tenham origem nesse modelo epistemológico.

A escolha do modelo teórico onde o fenômeno da resistência, todavia, encontraria 'porto seguro', lugar mais confortável para sua estável acomodação, como veremos mais a frente, é o da ambiência democrática, nos processos legítimos de acomodação das tensões próprias entre a *ordem política* e a *ordem jurídica,* exatamente naquele local em que a contemporaneidade, sobretudo no período pós-guerra (1945), buscou criar e garantir as condições de harmonia entre os Poderes, pleno desenvolvimento dos povos, sufrágio universal como instrumento de escolha soberana do povo, direitos humanos como cláusula inerente ao processo civilizatório e sobretudo, a universalidade dos direitos do homem pautados no reconhecimento da 'dignidade humana' - agora elevada a princípio fundante da ordem constitucional inaugurada pelo pacto constituinte originário.

Essa 'escolha' como aqui apontamos não se faz de modo aleatório e nem tampouco por predileção à determinada corrente político-filosófica, ou simples recusa idiossincrática às formulações do teóricas do liberalismo – ainda que nele também esteja a gênese das democracias modernas - mas antes encontra esteio no fato de que deste modelo, como vimos anteriormente, decorre a perspectiva jurídica do positivismo formal cujas bases foram objeto de críticas e contestações, quer pelo existencialismo e a hermenêutica de Heidegger-Gadamer, quer ainda pela Teoria Crítica do Direito e a alternatividade jurídica, de tal maneira que assim ficará mais compreensível a análise do direito de resistência no ambiente dessa crítica geral que fornecerá também os elementos para a chamada 'nova hermenêutica' como vimos no capítulo anterior.

---

[203] Ibidem, p. 24

5.1 Dos Fundamentos ético-jurídicos do Direito de Resistência

Investigar e encontrar os fundamentos da resistência no ordenamento jurídico é tarefa que exige esforço de análise de uma ordem política e jurídica, sem a previsão explícita de sua recepção pelo Estado brasileiro, sem que haja literalidade acomodada no texto constitucional. Não por outra razão, a sua investigação demandar uma interdisciplinaridade com categorias para além do positivismo jurídico e sua promessa de segurança jurídica.

Ou seja, dito de modo mais direto: nossa constituição republicana não contempla, de modo expresso, o direito de resistência entre sua enorme cártula de direitos fundamentais, ao contrário de outras grandes nações democráticas[204]; o que justificaria, assim, a abordagem do tema mediante a consideração de outras epistemologias e da hermenêutica constitucional, exatamente como procedemos nos capítulos anteriores.

É bem verdade, porém, que a Constituição brasileira traz expressamente algumas figuras que, como vimos, estão situadas como categorias de resistência, como são os casos da 'objeção de consciência' (artigos 5º, VIII, e 143, §1º) e do 'direito de greve' (artigo 9º), mas o direito de resistência propriamente dito, fenômeno que seria motivado em casos de arbítrio, abuso ou omissão de poder, edição de leis injustas ou violação de direitos fundamentais, protagonizados pelo Estado é uma lacuna no texto constitucional.

É evidente que se pode recorrer, como já apontamos, ao fundamento ético jusnaturalista, a exemplo dos teóricos do liberalismo clássico, cuja origem estaria nos direitos naturais, ainda que depois necessitasse da conformação à ordem jurídica posta, ou mesmo no atual direito positivo, por meio dos esquemas interpretativos hauridos no

---

[204] Importa registrarmos, a título exemplificativo, os casos da República Federativa da Alemanha, cuja Lei Fundamental (1949), dispõe: "Não havendo outra alternativa, todos os alemães têm o direito de resistir contra quem tentar subverter a ordem'.Disponível em https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf, acessado em 04.10.2019; ou ainda da Constituição portuguesa, em dois momentos: No artigo 7º."Portugal reconhece o direito dos povos à autodeterminação e independência e ao desenvolvimento, bem como o direito à insurreição contra todas as formas de opressão" e no artigo 21: 'Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública".Disponível em https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublicaportuguesa.aspx, acessado em 04.10.2019. na América Latina, é também o caso da Constituição argentina: (...) Todos os cidadãos têm o direito de resistência contra quem executar os atos de força enunciados neste artigo (...)'. Disponível em http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/8, acessado em 04.10.2019.

interior do próprio positivismo, mas seria uma opção, todavia, que não interessaria nessa quadra da história em que o pós-positivismo e a 'nova hermenêutica' são marcas indeléveis da crise e insuficiência daquele paradigma, o que nos remete a buscar fundamentos outros.

Então, se o texto constitucional é silente quanto ao *direito de resistência* é preciso buscá-lo na Constituição mesma, naquilo que está não-escrito, naquilo que resulta ocultado, o que não significa, porém, que 'não esteja à espera de seu '(des)ocultamento, como vimos possível pela hermenêutica da 'virada linguística', ou seja, na busca do sentido do ser do ente (texto constitucional) cuja essência (ser) seria tarefa hermenêutica.

Mas esse percurso pode ser feito, em primeiro plano, no reconhecimento da necessidade de superação do positivismo jurídico, terreno já preparado nos capítulos anteriores, e isso porquê, se se pretender o direito reduzido à lei escrita, restaria prejudicado o (des)velamento do fenômeno da resistência, pela via jurídica, diante da ausência da previsão normativa expressa, de modo que os esquemas arquetípicos formais e abstratos do positivismo frustrariam tal empreendimento.

Note-se, uma vez mais, que o problema ora enfrentado não diz respeito à legitimidade ou investigação do direito de resistência enquanto fenômeno político (de poder) o que já constitui objeto exaustivo da filosofia política, mas aqui se trata mais exatamente de encontrá-lo no texto constitucional a partir de uma metodologia jurídica, de paradigma jurídico, e pelas mãos da hermenêutica.

Ora, nesse percurso é fundamental a base fornecida pela Teoria Crítica do Direito e do pluralismo jurídico, no entendimento de que o Direito, em geral, e o fenômeno jurídico, em especial, devem ser situados e interpretados no plano mais amplo da cultura e dos fenômenos sociais, ou mais precisamente, na realidade concreta, no 'mundo da vida', como diz Habermas, numa palavra, na facticidade.

Essa realidade, própria da complexidade e riqueza das estruturas sociais, políticas e culturas contemporâneas, de intensa velocidade e transformações de toda a ordem, tem no pluralismo jurídico, condição inexorável da consolidação do tecido democrático, na exata medida em que reconhece a legitimidade de fontes não-estatais, plurais, diversas e originadas de vários segmentos da sociedade civil (como no caso dos movimentos sociais) no reconhecimento do que anteriormente denominamos de 'força

normativa do fático', que em nosso entendimento, é a variante jurídico-política da facticidade existencial da filosofia heideggeriana.

O pluralismo jurídico, assim, refletindo as lutas sociais, os espaços de conflitos próprios do tecido democrático, e aqui falamos de uma democracia substancial, portanto, constitui-se como grande campo de fundamentação jurídica do direito de resistência, ainda que não tivéssemos o princípio da soberania popular insculpido no artigo 1º da Constituição da República, convidando-nos a reconhecermos o povo como soberano último do Estado brasileiro, daí, Estado democrático de direito, como já tivemos oportunidade de registrarmos em outra passagem.

Agora especificamente no âmbito constitucional, entre o rol dos direitos fundamentais, há previsão expressa da abertura de 'novos direitos' que podem ser incorporados na ordem jurídica brasileira, como se infere do artigo 5º, § 2º, CR, por meio de tratados ou convenções internacionais. À toda sorte, o pluralismo jurídico revela-se já fonte do direito constitucionalizado porque encontra no constitucionalismo contemporâneo sua fundamentação, eis a contribuição da Teoria Crítica do Direito e a sua dialética da participação, convidativa, inclusive, dos movimentos sociais[205] como agentes protagonistas nesse campo de lutas e demandas.

Ademais, o pluralismo não elimina a autoridade estatal pretendida pelo monismo (Estado como fonte exclusiva da produção do direito) mas vai reconhecer outras fontes que possam dialogar com o direito posto, e vê neste uma das formas possíveis na sociedade, como ensina, em tese de doutoramento, José Carlos Buzanello:

> Pluralismo e monismo não são, em tese, movimentos excludentes, mas concorrentes e conciliáveis dentro do projeto democrático. Eles guardam similitudes pois as fontes formais e materiais estão nas forças vivas da sociedade, e não a visão generalista de que o pluralismo jurídico seria uma postura estática em contraposição ao monismo jurídico. Pluralismo no Estado e direitos em processo de positivação constituem tendências, em tese, não excludentes. A ordem jurídica produz e reproduz o espaço público, através não da negação das manifestações de juridicidades emergentes. O direito de resistência não é ilimitado, circunscreve-se à preservação do direito individual tendo em vista à ampliação do espaço público.[206]

---

[205] De acordo com valiosa lição de José Geraldo de Souza Júnior: "A emergência do sujeito coletivo de direitos opera num processo pelo qual a carência social é percebida como a negação de um direito que provoca uma luta para conquistá-lo: 'a consciência de seus direitos'". (Movimentos Sociais - emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito. In: ARRUDA Jr., Edmundo Lima de (org.). Lições de Direito Alternativo. Vol. 1. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 136

[206] BUZANELLO, José Carlos. Op.cit., p. 105

Enquanto fundamento ético e jurídico, o pluralismo jurídico, como já vimos, não se sobrepõe às normas postas pelo monismo jurídico, nem tampouco se constitui num elemento de ‘anarquia jurídica’ com a desconsideração completa do ordenamento vigente; ao contrário, se o pluralismo se mostra com uma possibilidade antropológica de reconhecimento de novas ferramentas e instrumentos jurídicos, igualmente manejados por novos atores, como no exemplo nosso, os movimentos sociais, o *direito de resistência* há de nele encontrar uma morada segura, porque também é compreendido como forma de corrigir ‘desvios de rota’ do Estado democrático de direito, na busca do equilíbrio entre o poder vigente (exercido politicamente) e os direitos da sociedade, em cujo domínio e interesse repousa o fundamento do próprio Estado.

Mas se o pluralismo jurídico é valioso fundamento do *direito de resistência*, não se pode simplesmente aceitar que aí se esgote toda a problemática da sua busca de legitimidade, porque corremos o perigo de, mesmo cautelosos quanto à juridicidade do pluralismo no ambiente do regime democrático, isoladamente, dissolvermos toda sua fundamentação na captura do elemento jurídico pelo fático, numa diluição completa das conquistas da racionalidade jurídica moderna e contemporânea, porque como vimos há pouco, pluralismo e monismo não são antitéticos excludentes.

Daí, que nessa busca de fundamentação e legitimidade jurídica, revelar-se o papel da hermenêutica da ‘virada linguística’ trabalhada na primeira parte desse trabalho de pesquisa, mas antes, algumas palavras são ainda oportunas antes daquele diálogo.

O direito de resistência, como não se confunde com a revolução ou rebelião (como adiante será explicitado), posto que objetiva ‘correção de desvios’ que descambem em práticas arbitrárias com violação de direitos fundamentais (quer por ação ou omissão) há de encontrar seu fundamento de validade, por óbvio, também nos limites dos valores constitucionais, no justo reconhecimento de que é a mesma Constituição o fundamento de dever de observância do poder constituído aos direitos fundamentais dos membros da sociedade, o que revela, portanto, uma reciprocidade de fundamento, ou seja, sempre se está a falar de valores e princípios constitucionais, sendo diretos e explícitos, ou mesmo implícitos.

Tal reconhecimento só ocorre, porque o cidadão também é signatário, ainda que tácito, de um 'contrato social' que lhe impõe deveres perante a sociedade desde o seu nascimento, ideia-base em que repousa a noção de obrigação jurídica. Mas não é somente em termos de direitos e obrigações individuais que se opõe a resistência. É que no Estado democrático de direito, é também possível se falar *direito de resistência*, igualmente no plano coletivo, mais precisamente quando demandas e reivindicações de minorias não são atendidas ou satisfeitas.

Essas observações são relevantes, uma vez que o paradigma que traçamos na primeira parte desse trabalho, no âmbito da filosofia, ser aquele da superação do sujeito cognoscente como o 'absoluto' na investigação epistemológica, ou seja, do sujeito racional apoiado no individualismo de tipo cartesiano que marcou a modernidade. Em absoluto, a 'virada linguística' na forma como a abordada, constituiu elemento de impulso a uma racionalidade que permitiu o desenvolvimento da Teoria Crítica da Escola de Frankfurt e da hermenêutica existencial de Heidegger e Gadamer para permitir o jogo dialógico de sujeitos que se entendem num 'círculo hermenêutico' que não se esquece da tradição e caminha no sentido da 'fusão dos horizontes', e isso não apenas para o trabalho de interpretação de textos, mas numa razão que 'que olha de frente' para a mundividência em que está inserida, para fazer dali as condições da dialética da participação e 'construir novos mundos'.

Disso, e imerso nos conflitos inevitáveis das tensões democráticas, da convivência de atores e instituições das mais diversas idiossincrasias, ideologias, perspectivas, culturas e expectativas no 'mundo da vida', é próprio do regime democrático constitucionalizado, e fundamentado na perspectiva da 'dignidade da pessoa humana', o reconhecimento do fenômeno da resistência como forma de defesa de grupos minoritários que, invariavelmente, são objeto de táticas de neutralização pelos grupos dominantes (majoritários ou não) que se sentem ameaçados no seu *status quo* político.[207]

[207] Ibidem, p. 108

5.2 Formas de Resistência

Uma primeira aporia que se coloca é o da colocação da resistência enquanto tipologia teórica, em especial, saber se se trata de um gênero a abarcar outras figuras análogas ou, antes, se seria espécie de conceito mais amplo.

Essa distinção de tipologia não é preocupação que comprometa o trabalho desta pesquisa, posto que o direito de resistência guarda, em última análise, elementos muito próximos com outras categorias, mais exatamente, porque são formas de manifestações que desafiam a uma dada ordem estabelecida – pelo direito positivo de tipo monista – quando confrontada com sentimentos de injustiça, abusos, arbitrariedades, violações de direitos ou mesmo descumprimento das próprias regras estatais, o que nos leva a deduzir, assim, que não só com fundamentos no paradigma jusnaturalista (como vimos no liberalismo clássico) mas a própria ordem vigente pode fundamentar a resistência.

Dito isto, e repita-se, embora não constitua preocupação essencial, a posição aqui adotada, e seguindo a posição mais corrente na literatura investigada, é a de se adotar o direito de resistência numa acepção mais ampla e que possibilite abarcar, por exemplo, o tema da desobediência civil como uma evolução da resistência.[208]

5.2.1 Desobediência civil e Revolução: algumas palavras

Algumas figuras se mostram de forma explícita entorno do tema, e até possuem maior apelo teórico e presença na literatura especializada, como é o caso da desobediência civil, comumente tomada no exato sentido de direito de resistência.

Como acima apontamos, filiamo-nos a noção de resistência num sentido mais amplo, e tomamos a desobediência civil como uma de suas formas, ou ainda uma sua manifestação, no legítimo reconhecimento do inegável ponto de contato mantido entre ambos: manifestações públicas contrárias a um estado de coisas que rompem a ordem jurídica (direito posto) ou o senso de justiça (jusnaturalismo), nesse sentido, para Celso

[208] É a posição adotada, por exemplo, pelo clássico “Teoria e realidade da desobediência civil. COSTA, Nelson Nery. 2º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000

Lafer, a “desobediência civil é uma transgressão à norma, tendo em vista o cumprimento de um dever ético do cidadão – dever que não pretende ter validez universal e absoluta, mas que se coloca como imperativo pessoal numa dada situação concreta e histórica.”[209]

Se tomarmos o conceito (de resistência), primeiramente, no seu sentido semântico-linguístico, nos parece que resistir, equivalendo a *‘reagir, insurgir, opor contrariedade*’ seria conceito mais adequado e geral, fazendo de outras contrariedades suas espécies.

É assim que se dá então com o conceito de desobediência civil, que no trabalho de Nelson Nery Costa, ao reconhecê-la como evolução teórica (e prática) da resistência sustenta que

> A desobediência civil originou-se do desenvolvimento do conceito do *direito de resistência*. Este consistia na resistência pela maioria ao governo, até a sua substituição, quando ele não se comportasse segundo o pacto social ou, posteriormente, às constituições escritas. Aquela, porém, poderia ser praticada por indivíduos isolados ou pela minoria sem, necessariamente, pretender derrubar o governo ou modificar o ordenamento jurídico. Assim a sua aplicação tornava-se mais fácil e mais frequente.[210]

Dentro da literatura ligada ao tema, alguns clássicos foram produzidos e outras importantes personalidades mundiais surgiram no século XX como notórias defensoras da desobediência civil como estratégia política de reivindicação de pautas e confirmação de direitos, ora pela liberdade e independência civil, caso de Mahatma Ghandi, na Índia, ora contra a discriminação racial e pela defesa dos direitos civis, caso de Martin Luther King, nos Estados Unidos da América.

Mundialmente celebrado como um clássico da desobediência civil, o estadunidense Henry David Thoreau se tornou um daqueles casos em que a própria vida esteve a serviço de uma ideia, de um propósito filosófico, o que foi registrado na sua obra máxima, um pequeno ensaio (A Desobediência Civil) escrita no período em que esteve preso sob a acusação de sonegação de impostos.

A recusa ao pagamento de impostos por Henry Thoreau foi racional e moralmente justificada dentro de uma visão desenvolvida entorno da desobediência civil como reação cidadã contra um governo que, no entendimento do autor, não representaria os legítimos

---

[209] LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 220
[210] COSTA, Nelson Nery. Op. cit., p. 47

interesses do povo, e que estaria a financiar uma guerra contra outra nação (México), considerada inoportuna e contrária aos reais interesses do povo americano[211], de tal modo que a negativa ao pagamento de impostos revestiu-se, portanto, de um forte componente político.

Thoreau não pretendia a eliminação do Estado, não era um anarquista na acepção filosófica do termo, mas pretendia com seus atos individuais uma correção dos atos do Governo, uma ressignificação da recusa ao cumprimento da lei (que instituía os impostos) por uma luta pacífica e que, embora individual, tivesse um alcance e repercussão sociais.

Quando não reconhece a validade da lei e seu dever de obediência, pela simples condição de se revestir de forma e caráter legal (direito positivo), Henry Thoreau nos dá uma dimensão ética do papel dos deveres perante o Estado, numa clara posição jusnaturalista, porquanto desmistifica o 'absolutismo' da norma-legal', o que fica claro que diz:

> "Penso que devemos ser homens em primeiro lugar, e depois súditos. Não é desejável cultivar pela lei o mesmo respeito que cultivamos pelo direito. A única obrigação que tenho o direito de assumir é a de fazer a qualquer tempo aquilo que considero direito. É com razão que se diz que uma corporação não tem consciência, mas uma corporação de homens conscientes é uma corporação com consciência. A lei jamais tornou os homens mais justos, e, por meio de seu respeito por ela, mesmo os mais bem intencionados transformam-se diariamente em agentes de injustiça. Um resultado comum e natural do indevido respeito pela lei é que se pode ver uma fila de soldados – coronel, capitão, cabo, soldados rasos etc – marchando em direção à guerra em ordem admirável através dos morros e vales, contra as suas vontades, ah! Contra suas consciências e seu bom senso, o que torna esta marcha bastante difícil, na verdade, e produz uma palpitação no coração. Eles não têm dúvida alguma de que estão envolvidos numa atividade condenável, pois todos têm inclinações pacíficas (...)".[212]

Da leitura da passagem nos fica clara a noção de que a desobediência civil não se dirige contra toda a entidade estatal, contra a sua existência mesma, mas como já assinalamos, ela se se faz pontualmente, por meio da identificação de elementos que ofendam a noção mais íntima de justiça e de dever perante o corpo social (na perspectiva jusnaturalista) mas não tem a dimensão de ruptura radical com a ordem vigente, como logo mais veremos, serem os casos da revolta e revolução.

---

[211] A certa altura, diz Henry Thoreau: "(...) Em outras palavras, quando um sexto da população de uma nação que se comprometeu a ser o abrigo da liberdade é formado por escravos, e um país inteiro é injustamente invadido e conquistado por um exército estrangeiro e submetido à lei militar, penso que não é demasiado cedo para os homens honestos se rebelarem e darem início a uma revolução. O que torna este dever ainda mais urgente é o fato de que o país invadido não é o nosso mas é nosso o exército invasor ...". A Desobediência Civil. Tradução de Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM Editores, 1997 (reimpressão 2007. p. 15

[212] Ibidem., p. 11

A desobediência civil pode ainda ser de tipo direta, quando a iniciativa é de desafio direto às leis do Estado, como na passagem de Henry Thoureau, e ainda quando a estratégia é feita mediante campanhas públicas abertas e pacíficas, como aquelas protagonizadas por Martin Luther King, Ghandi, e mesmo no Brasil no caso das Campanhas das Diretas Já (1984);ou de tipo indireta, quando estratégias do Estado desafiadas por meio de ataques a leis específicas, e com vistas à indução de mudanças de atitudes, políticas públicas ou revogação de leis, caso, exatamente, das estratégias utilizadas pelo Movimentos dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST).[213]

De maneira a situar a desobediência civil no enquanto Teoria do direito, é salutar a referência a sua admissão pela jusfilosofia de John Rawls, que não desenvolveu atos ou estratégias políticas e práticas de desobediência civil, mas como autor e professor não deixou de tratá-la em sua Teoria da Justiça defendendo que leis injustas são inevitáveis no seio das sociedades, pela razão simples de não haver sociedades idealmente justas e perfeitas, de maneira que mesmo a essas leis seria devida obediência, devendo-se, para tanto serem observados limites de injustiça.[214]

Quanto a tais limites de injustiça, segundo Rawls, de cujo excesso estaria autorizada a desobediência civil, a observância da 'regra da maioria' seria indicativa da transposição ou não desses limites, porém, desde e quando tal regra estivesse de acordo, a um só tempo, com o princípio de justiça e com as liberdades políticas, como condição indispensável para a sua aceitação.[215]

É que para John Rawls, estando o Estado de direito bem ordenado, entendido como um Estado com elevado grau de justiça moralidade, a desobediência civil seria desnecessária, o que imporia, desse modo, uma obrigação natural de obediência ao direito, só se justificando, portanto, quando do rompimento do contrato social pelo Estado, numa claríssima posição de aproximação de sua teoria com o jusnaturalismo da razão clássica liberal.[216]

---

[213] BUZANELLO, José Carlos. Op. cit., p. 148
[214] RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Tradução de Almiro Piseta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 389
[215] Ibidem, p. 395
[216] BUZANELLO, José Carlos. Op. cit., p. 149

Assim, John Rawls admitiria a desobediência civil em caso de flagrantes injustiças, como ocorre em situações de violações ao princípio da liberdade igual e do princípio da igualdade equitativa de oportunidades, o que o leva inclusive a propor uma definição de desobediência civil como: “um ato público, não-violento, consciente e político, contrário à lei, que visa mudar a lei ou o plano de governo.”[217]

Da definição da desobediência civil a partir da Teoria da Justiça fica evidenciada uma semelhança a outros elementos e características aqui já apontadas, com especial destaque para o seu caráter pacífico, e sua conotação política, e como lembrado por Maurício Gil Monteiro, ao dar especial atenção à ‘contrariedade à lei’ como elemento daquela definição:

> A desobediência civil apresenta-se, portanto, para John Rawls, como um instrumento da mais alta relevância, capaz de assegurar a estabilidade de um sistema constitucional justo. São também instrumentos estabilizadores as eleições livres e periódicas e um sistema judiciário independente com poderes de interpretação constitucional. Assim, embora a desobediência civil se pratique contra a lei, ‘ela serve para prevenir desvios da rota da justiça e para corrigi-los quando acontecem, sendo moralmente justificável e repousando unicamente sobre uma concepção de justiça. [218]

Esse caráter pacífico e de insurgência contra uma situação de flagrante injustiça, apontando para um desvio de rota, é crucial para a distinção com a ideia Revolução. Ora, ambos os fenômenos têm sua origem num estado de insatisfação com a ordem vigente incapaz de atender as demandas consideradas justas e legítimas, no entanto, é próprio da revolução a sua ruptura radical com a ordem vigente, no sentido exato de que promove a substituição completa do poder (governo) anterior por uma nova força política, normalmente pela força, e é por isso que em regra, a ordem jurídica não reconhece a revolução como fenômeno jurídico, mas sim político.

Desse modo, e aqui ao contrário da desobediência civil (forma de resistência) a revolução não traz a característica de tão somente se constituir como um momento efêmero de pura contestação, mas toma o lugar definitivo a partir das transformações que ela mesma impôs, normalmente, pelo caminho da violência.[219]

---

[217] RAWLS, John. Op. cit, p. 405
[218] MONTEIRO, Maurício Gil. Op cit., p. 75
[219] Ibidem, p. 84

Assim, a revolução também se legitima, enquanto estruturada em atos de força, pela insatisfação popular num tal estágio que se torna irresistível a necessidade um 'horizonte completamente novo', nesse tal cenário, como foi aquele descortinado na experiência da Revolução liberal-francesa (século XVIII), o povo revolucionário reserva o direito de esmagar as tiranias que espezinham suas liberdades até mesmo pela extrema violência.[220]

Interessante ainda é que a revolução não se dá ou não se fabrica num único instante, ou seja, aqui ela também é revolucionária na sua própria formação, uma vez que decorre de um contínuo processo histórico em movimento onde os pressupostos racionais e de racionalização estão amalgamados uns aos outros, de modo que e se revela o elemento histórico como fio condutor desse processo, pois na revolução, portanto, o presente é compreendido à luz do passado e do futuro.[221]

De tudo isso, podemos inferir que a revolução estaria muita mais próxima do conceito de poder, a propriamente de direito, donde se falar em 'poder revolucionário', na justa consideração de que ao contrário do direito de resistência, que mantêm viva a ordem constitucional, a revolução se revela num movimento para estabelecimento de uma nova ordem política (como é o caso do Poder Constituinte Originário)[222] que a partir dele, na etapa posterior (saída da ilegalidade) irá construir uma nova ordem jurídica, e a tal ponto radical, que o sistema jurídico ab-rogado e anterior será apenas entulho político-jurídico.

5.2.2 A Resistência na ordem jurídico-constitucional: O caminho pela hermenêutica

Realizada a investigação no entorno do direito de resistência, onde ficou acentuado seu caráter e essência pela filosofia política, embora não exclusivamente, agora a abordagem se faz pela juridicidade do fenômeno, ou seja, pela sua demonstração à luz do direito e da ordem jurídica.

---

[220] BUZANELLO, José Carlos. Op. cit., p. 156

[221] Idem, p. 156

[222] De acordo com Paulo Bonavides, "Do ponto de vista jurídico a revolução é essencialmente a quebra do princípio da legalidade, a queda de um ordenamento jurídico de direito público, sua substituição pela normatividade nova que advém da tomada do poder de implantação e exercício de um poder constituinte originário." BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10º edição. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 409

Essa abordagem, num estado constitucionalizado - marca fundamental do direito após a segunda metade do século passado – só poderia então buscar seu fundamento na própria ordem constitucional, uma vez que ali estão depositados os fundamentos da democracia contemporânea, assim como os valores e postulados que delimitam e definem o Estado democrático de direito, é essa (formalmente) a situação encontrada no Brasil, onde houve um despertar de um lugar inédito para a prestação jurisdicional e o surgimento de 'novos direitos' e demanda por justiça, culminando, inclusive, na judicialização de diversas questões políticas e sociais.[223]

Nessa mesma perspectiva, é que se encontra o pluralismo jurídico, como vimos, enquanto fenômeno de construção de uma democracia cujas fontes não se esgotam na produção estatal e encontram, nesse mesmo Estado democrático de direito, as possibilidades de sua legitimidade no porvir da plena realização dos direitos fundamentais.

O rompimento, embora não absoluto, com a ordem jurídica positiva, ou seja, com os postulados oitocentistas do positivismo jurídico, é condição primeira de uma hermenêutica que traga e ao mesmo tempo possa manter, uma legitimidade constitucional ao direito de resistência e, como veremos adiante, a defesa dos movimentos sociais enquanto atores e protagonistas das transformações necessárias no seio do tecido social que no Brasil, sempre mantiveram permanente coeficiente de exigências não atendidas.

Essa postura se justifica, em virtude da constatação de que a intepretação apoiada no esquema formal-abstrato e seus métodos clássicos do positivismo jurídico, manteve-se sempre alheio aos fatores extra-constitucionais, às transformações sociais e a dinâmica da realidade (mundo da vida) ficando refém da análise pura da norma jurídica.

Daí a hermenêutica como aqui já trabalhada, no horizonte da filosofia da linguagem e da facticidade existencial inaugurada por Martin Heidegger e elevada ao nível de hermenêutica filosófica por Hans-Georg Gadamer, ou seja, constata-se a insuficiência da interpretação positivista, vinculada ao paradigma do sujeito e na busca de 'sentido da norma' para atender a uma realidade social e constitucional dinâmica e de

[223] BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3º edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 407

intensa velocidade, onde outrora se contentava com a segurança jurídica, mas que hoje na pós-modernidade restou diluída e de difícil percepção e alcance.

A hermenêutica filosófica, portanto, aplicada à interpretação constitucional, exatamente porque trabalha com uma circularidade e fusão dos horizontes estabelecidos entre os intérpretes, que agora, a aceitar da proposta de sociedade aberta de Peter Häberle, ao mesmo tempo que não perde a fundamentação naquela 'tradição' de que Gadamer nos diz, como atenção e apoio dos pré-conceitos autênticos, é capaz de fazer extrair da norma inserta no artigo 1º da Constituição da República, especialmente nos seus fundamentos da cidadania (inciso II), dignidade da pessoa humana (III) e o pluralismo político (V), o descortinar de novas 'normas' extraídas da interpretação, a partir da linguagem constitutiva de mundo, sem qualquer necessidade de alteração e revisão constitucional, e ali ainda encontrar o direito de resistência.

Ora, a cidadania é um conceito histórico, assim como a *dignidade da pessoa humana,* posto que constituem fundamentos da República no exato sentido de que são conquistas que se produziram num percurso histórico dentro do constitucionalismo, firmando-se como verdadeiros 'pré-conceitos' constitucionais, herdados diretamente, pois, de uma tradição, à maneira gadameriana, que se consolidou como condição do conteúdo democrático que fundamenta o Estado constitucional.

Logo, a interpretação constitucional não se esquivará desses elementos enquanto realidades colocadas num contexto e panorama linguísticos que permitirão extrair do seu conteúdo a possibilidade de resistência popular enquanto fundamento da própria *cidadania* e da *dignidade da pessoa humana*, já que fins últimos da República e do princípio democrático.

Ou seja, a cidadania (CR, artigo 1º, II) – mas também a soberania popular – se revela em si mesmo um direito de defesa, ao lado das demais liberdades públicas que constam do rol dos direitos fundamentais (CR, artigo 5º), fundamentando o direito de resistência ao passo em que este personifica, como vimos, a própria possibilidade de manifestação, insurgência, reivindicação, em suma, de abertura de exigências várias.

A abertura da Constituição, aliás, é propiciada pela hermenêutica filosófica, pela hermenêutica sustenta na própria compreensão existencial do intérprete, e de um intérprete que já traz consigo a sua realidade de mundo fenomênico (facticidade) de

forma que ao interpretar o texto constitucional, seja a autoridade judiciária, administrativa, o próprio legislador ou, ainda, e para nós mais importante, a sociedade civil organizada, ele não partirá - como já vimos – de um 'grau zero de interpretação', ao mesmo tempo que em essa interpretação já implica compreensão mútua, e se a hermenêutica filosófica de tipo gadameriana representa a totalidade e consagração da finitude, ela se encerra nos pré-conceitos que hão de reclamar a materialização concreta da cidadania e dos demais direitos fundamentais constitucionalmente albergados.

Ora, e isso ocorre, porque a hermenêutica iniciada com o existencialismo de Heidegger e sua categoria do *ser-aí* fará a leitura saltar do plano meramente normativo em abstrato, para uma facticidade que já é ela mesma existência pura, uma vez que a hermenêutica, aqui, é abertura para compreensão do *ser* e assim aponta o caminho da existência para também fora do plano normativo, porquanto ao se perguntar pelo sentido do texto (constitucional), como nos ensina Lenio Luiz Streck, essa pergunta implica no modo como esse sentido (ser do ente) ocorre pelo intérprete que compreende esse mesmo sentido, donde a interpretação ser fenomenológica, existencial, vida, de onde, a propósito, sairá a norma – resultado dessa intepretação.[224]

No caso da Constituição brasileira, fundada que está no Estado democrático de direito (artigo 1º), em que o direito está qualificado pelo 'democrático' e que já é uma implicação de princípio a qualificar toda a ordem constitucional, a filosofia da linguagem e a hermenêutica existencial, como apontado em diversos momentos, é esclarecedora para entender seu conteúdo a partir de sua historicidade e tradição.

É assim que temos uma 'pré-compreensão' do termo Estado de direito, como aquele limitador do poder estabelecido, por meio de técnicas como a 'separação de poderes' e ' legalidade', revelando-se assim como 'governo das leis' originado na revolução liberal-burguesa, e que irá encontrar em outro termo conhecido da tradição – a democracia – numa *fusão de horizontes* desse intérprete (repita-se, plural) que já está 'desde-sempre' imerso num contexto democrático, ainda que formal, desde a promulgação da Constituição da República, de modo que dessa *com-preensão*, que é da vida fática, que irá extrair a possibilidade de transformação social, política e jurídica que

[224] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica. Op. cit., p. 353

marcam o direito de resistência, já albergado, assim, nos fundamentos do texto constitucional.

Ou seja, os fundamentos então positivados (CR, artigo 1º) permitem uma conclusão de sentido (ser do ente) do texto constitucional, para dali exsurgir a norma pela intepretação do intérprete mergulhado na sua condição de 'ser-no-mundo', ou seja, daquela categoria do *dasein* heideggeriano.

Essa vivência, essa busca de uma norma extraída da facticidade existencial encontra apoio na dinâmica mesma da democracia, uma dinâmica a tal ponto extraída da realidade fática, senão plena, mas perseguida pela vontade popular no seu 'processo de existir', que é contemporânea, *desde-sempre-já*, com o próprio conteúdo ou princípio democrático e que guarda íntima relação com a tradição, como se pode inferir das lições do J.J. Gome Canotilho, para quem:

> O processo democrático não se compadece com uma compreensão estática de democracia. Antes de mais, é um *processo de continuidade transpessoal,* irredutível a qualquer vinculação do processo político a determinadas pessoas. Por outro lado, a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e activa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade econômica, política e social (...). Neste sentido se podem interpretar os preceitos constitucionais que apontam para a transformação da República portuguesa numa sociedade livre, justa e solidária (art. 1º) para a realização da democracia econômica, social e cultural (art. 2º), para a promoção do bem estar e a qualidade de vida do povo e igual real entre os portugueses, bem como para a efectivação de direitos econômicos, sociais e culturais mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais (art. 9º/d).[225]

As lições do jurista português acentuam o caráter dinâmico da democracia e por consequência seu princípio democrático, cuja investigação se faz, sempre, e a despeito de sua presença no texto constitucional, pela realidade do 'mundo da vida', fora do simples esquadro formal e abstrato, assim como ao ensinar que tal conteúdo não está vinculado ao '*processo político de determinadas pessoas',* é dizer que a cláusula encontra apoio, antes, na tradição, essa mesma de que nos fala Hans-Georg Gadamer e que alimenta, positivamente, nos pré-conceitos autênticos, como já abordado.

Ora, e não poderia ser diferente, uma vez que a palavra 'democrático' ou 'democracia' enquanto símbolos linguísticos convencionais, pouco nos diriam sem o

---

[225] CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7º edição. Coimbra:Almedina, 2003, p. 289

exame do seu *ser,* de sua ontologia fundamental, a qual nos chega por meio da *com-preeensão* de sua historicidade para situá-la na exigência real, da vida cotidiana, de construção de um estado minimamente suficiente a garantir os direitos fundamentais, e como diz, novamente J.J. Gomes Canotilho, o '*direito de indignação'*[226] como poeticamente nomina aquela forma particularizada de resistência a que chamamos *desobediência civil*.

E o fato de o 'princípio democrático' constar de modo explícito no texto constitucional, é garantia da abertura para uma interpretação que seja concretizadora das experiências verificadas e exigidas no âmago das demandas sociais, e isso porque a Constituição representa o *topos* hermenêutico que guiará o entendimento (compreensão) de toda a realidade jurídica na razão direta de que representa a materialização, como nos diz Lenio Streck, da ordem jurídica do contrato social em que o Estado democrático de direito revela-se como marco definidor de um constitucionalismo que conjuga o regramento social com as promessas da modernidade.[227]

E esta a razão também pela qual a nova hermenêutica afasta a tipologia de normas programáticas (e princípios) como 'simples programas', como também não mais se conforma com a então clássica definição em normas de eficácia plena, limitada e contida, para assegurar, atualmente, caráter dirigente e vinculativo, além do resultado que o processo de produção de sentido intersubjetivamente estabelece.

O 'princípio democrático' e os fundamentos da elencados no mesmo artigo 1º da Constituição da República, sobretudo a cidadania (inciso II) e a dignidade da pessoa humana (inciso III) são condições suficientes para que se promova uma interpretação imersa nas reivindicações e demandas sociais (como pelos movimentos sociais de que adiante trataremos) e que ao mesmo tempo autorizem o direito de resistência como resultado de uma interação entre sujeito intérprete e comunidade.

Dessa interação no âmago do acontecimento constitucional, é que decorre, como Gadamer nos mostrou com a sua 'fusão de horizontes', já tratada, uma atividade interpretativa que é ao mesmo tempo criativa das possibilidades de conteúdo da norma,

---

[226] Ibidem, p. 328
[227] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) crise. Op cit., p. 312

porque já imerso na sua própria linguisticidade, sendo conveniente uma vez mais, lembrarmos com Lenio Streck que:

> O intérprete do Direito é um sujeito inserido/jogado, de forma inexorável, em um (meio) ambiente cultural-histórico, é dizer, em uma tradição. Quem interpreta é sempre um sujeito histórico concreto, mergulhado na tradição. Para ter acesso ao texto (e compreendê-lo), é impossível ao intérprete fazê-lo como se fosse uma mônada psíquica, utilizando o cogito herdado da filosofia da consciência. O intérprete é já, desde sempre, integrante do mundo linguístico.
> A hermenêutica é crítica porque é produtiva (Sinngebung) e não reprodutiva (como queria E. Betti), isto é, a tese gadameriana de que é impossível reproduzir o sentido do texto jurídico assenta-se em uma profunda dialética, como a reproduzir a máxima de Heráclito de que é impossível banhar-se duas vezes na mesma água do rio. Via hermenêutica, rompe-se com qualquer possibilidade de idealismo e realismo. O intérprete não está fora da histórica efectual.[228]

Ora, se o direito de resistência, é um direito de manifestação, inconformismo, reivindicação ou mesmo de indignação – retomando aqui a expressão de Canotilho – nos parece evidente que é um direito que acompanha a própria dinamicidade do jogo democrático, de modo que isso torna o intérprete, no conceito gadameriano de história efeitual, sempre apto a promover uma interpretação ontológico-fundamental do texto constitucional para dali, sujeito histórico que é, encontrar guarida hermenêutica num fenômeno (direito de resistência) que é igualmente dinâmico, como dinâmicas são as reivindicações e demandas sociais que lhe conferem motivação. Numa palavra: historicidade.

Essa historicidade não faz alusão ou referência ao passado, tão somente, mas ela é já fundamentalmente o tempo presente (é o sentido histórico que marca a contemporaneidade), é das condições atuais de luta por justiça social, por protagonismo no espaço público identificado como ‘arena de possibilidades e insurgências’ que deve ocorrer aquilo a que já nos referimos como ‘acontecer constitucional’, traduzido numa simbiose entre e o texto constitucional e a realidade social.

O direito de resistência, nessa toada de raciocínio jurídico fundamentado numa ‘existência do intérprete’ que possibilita a abertura constitucional, vem pelo caminho da *dialética da participação* – categoria da Teoria Crítica – encontrando morada segura nos postulados da *soberania popular*, *cidadania* e *dignidade da pessoa humana*, postulados constitucionais que irradiam efeitos vinculantes a toda a ordem jurídica e política.

---

[228] Ibidem, pp. 330/331

Quando se projeta o espaço de lutas sociais, de condições de emancipação – como é a proposta da Teoria Crítica – a leitura constitucional deve possibilitar o percurso jurídico para a tomada de decisão política, concreta e emergente da realidade social, essa é a postura que rompe com o dogmatismo da objetividade formal do positivismo, por sua vez, ancorado numa centralidade da norma pela 'simples norma'. Ao contrário, o modo hermenêutico da viragem ontolinguística torna visível o *ser* do ente (direito) criando as condições para que ele se manifeste como fenômeno, tarefa em que o *dasein (ser-aí)* do intérprete (homem) promova o seu (des)ocultamento.

É por isso que desse (des)ocultamento do texto constitucional emergirão as condições fáticas para manifestação dos espaços de lutas, para a realidade do *ser* na sua concretude e que dará visibilidade aos direitos políticos e civis por meio daqueles postulados: soberania popular, cidadania e dignidade da pessoa humana, não deixando lacunas quanto à juridicidade do direito de resistência, como diz José Carlos Buzanello:

> Significa dizer que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. Da mesma forma, o direito de resistência recupera os aspectos civis e políticos da cidadania. Em consonância com os direitos civis, possibilita a transformação do estado de natureza em sociedade política, mediante a noção jurídica de contrato. Os direitos provêm do processo histórico da modernidade, como tolerância, igualdade, liberdade, fraternidade e pluralismo, são promessas modernas que ainda não se completaram.
> (...)
> O que seguramente pode ser dito é que o direito de resistência inscreve-se no catálogo dos direitos fundamentais enquanto ponto de referência sistêmico, isto é, concebido para ser exercido no interesse público.[229]

Como constante do catálogo de direitos fundamentais, porquanto decorrentes do processo histórico da modernidade, a cidadania que levaria à efetividade dos comandos constitucionais mostra-se dependente daquele acontecer constitucional, entendida como a sua própria materialização no 'mundo da vida'; é dizer, o seu desvelamento (trazer o *ser* à luz) está na dependência direta da superação dos modos próprios de interpretação típicos da filosofia da consciência e daquela dependência de um sujeito que apenas se servia da linguagem como canal de comunicação com o objeto, e que acredita ser ele (sujeito) criador e fundamento do mundo.

---

[229] BUZANELLO, José Carlos. Op. cit, 189

5.2.3 Os Movimentos Sociais como elementos de resistência e alternatividade

A constituição da sociedade, dos seus sistemas e de seus códigos sociais, naquilo que possui de valores fundamentais, como a religião, sistema social, político e cultural está ligada, necessariamente, a uma comunhão de valores aceitos pela comunidade de forma consensual. É dizer, que as eticidades confluam para um mesmo horizonte, sendo essa a prevalência até o advento da chamada pós- modernidade, em que a tradição é colocada no banco dos réus e novos paradigmas e desafios se impõem para a compreensão da tessitura social, agora, plúrima, complexa e que reclama abordagens e tomadas de decisões que deem vazão suficiente a essa velocidade de transformações.[230]

O direito e o ambiente democrático, por óbvio, imersos nessa conjuntura política e social também verão seus edifícios e sua solidez, de tipo dogmático-positiva e liberal-formal sofrerem fissuras que reclamarão novas 'formas de saberes' (aí, já incluídas as novas personagens que surgem no panorama social como sujeitos de direitos).

É que a descrença nos modelos filosóficos e científicos, assim como os anteriores paradigmas marcados por eticidade de tipo liberal-indidivual e no plano jurídico formal-positivista que imprimiam 'ordem do discurso' tiveram sua racionalidade questionada, sendo hoje insuficientes para oferecer normas seguras contribui para abertura de espaços que exigem padrões alternativos de fundamentação.[231]

Esse cenário, então, coloca como imperativo formas pluralistas, tanto no campo político como jurídico, como referenciais comprometidos com a satisfação das necessidades humanas essenciais e com as múltiplas identidades/singularidades sociais (legitimidade dos atores) e, mais urgente, com o processo político democrático de descentralização, participação e controle comunitário, cuja arena são os movimentos sociais, de modo que o reconhecimento de novas formas de composição normativa e seu 'realismo' que obrigará o direito à integração com o ambiente social

---

[230] NOBRE, Marcos. TERRA, Ricardo. **Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas** (Org). São Paulo: Malheiros, 2008, p.46

[231]WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit., p.274

(práxis), desembocando no pluralismo emergente, atual e profundamente necessário.[232]

Nesse cenário aqui apontado é que surgem os movimentos sociais, dos quais sua juridicidade pode ser claramente compreendida a partir do movimento da alternatividade jurídica, da Teoria Crítica do Direito, naquele exato sentido de crítica (e reivindicação) de espaços para abertura de um horizonte 'pelo social, pelo concreto' e ao mesmo tempo pela transformação pela *práxis*, como se dá com a 'dialética da participação' a que anteriormente fizemos alusão.

No contexto latino-americano a exigência será do resgate de sua identidade típica e da busca de soluções e de novas formas de ação a partir de sua própria culturalidade e seu sistema de valores como já esboçados na Ética e Filosofia da libertação, em especial, no paradigma da cotidianidade ou da vida concreta.[3]

As condições de emancipação, tomada de consciência da sujeição alienada e o reconhecimento da 'ética da alteridade' como fundamento do pluralismo jurídico, diante da matriz da Teoria Crítica e da alternatividade jurídica, como já desenvolvido, fizeram surgir novos *sujeitos históricos* a reclamar participação na construção dos 'jogos de poder' e na superação das contradições e conflitos engendrados no âmbito do chamado 'capitalismo periférico', atuando também, como legítimo elemento de resistência democrática: os movimentos sociais.

Tradicionalmente relegados a uma esfera que beira à marginalização, quando não ligados diretamente a práticas delitivas, sem reconhecimento de suas pautas reivindicatórias, e aqui falamos essencialmente do cenário latino-americano, em geral, e brasileiro, em particular, por outro lado, gozam de status de atores indispensáveis a construção dos processos democráticos, sobretudo naquele âmbito da Teoria Crítica e do pluralismo jurídico e na solução de conflitos pela 'via não institucionalizada', ainda internalizados como fenômenos prático-teóricos num tipo de pluralismo jurídico comunitário-participativo.

Pois bem, fizemos breve passagem (da qual retornaremos mais adiante) no tocante a enxergar os movimentos sociais dentro de um espectro de legitimidade jurídica, o que decorre do caráter democrático do Estado de direito constitucionalizado,

---

[232] Ibidem, p. 275

ou seja, do reconhecimento de outras fontes e de outros atores na busca de emancipação e construção de possibilidades que estão em perfeita consonância com o ideal do direito como 'espaço de luta', porém, na sequência, faremos considerações em relação a algumas categorias essenciais dos chamados 'movimentos sociais', sua natureza, características e análise de outros elementos que possam vir nos ajudar a melhor compreendê-los no espaço do ordenamento jurídico.

5.2.4 Movimentos Sociais: (ainda) algumas palavras

Na literatura especializada, entenda-se, de matriz sociológica, os 'movimentos sociais' são abordados também em função de paradigmas ou escolas de estudo, a partir do continente em que tais estudos são produzidos, o que se revela coerente uma vez que tal ciência social tem a sociedade, que é sempre espacializada, como seu objeto de investigação e análise dos fenômenos históricos concretos e das ações coletivas.

É assim, que se pode falar em *i) paradigma norte-americano; ii) paradigma europeu; e iii) paradigma latino-americano*, o que não impede, todavia, pontos de contato e relações no interior de cada escola, sobretudo em épocas de intensas trocas instantâneas de informações e deslocamentos migratórios em escalas globais.[233]

Os anos 80 assisitiram a um debate polarizado entre os paradigmas americano e europeu, panorama que foi posteriormente sofrendo sensível alteração em função do intercâmbio entre pesquisadores e acabou, por sua vez, influenciando o predomínio de estudo e análise dos movimentos sociais no contexto latino-americano, com grande relevância dos chamados 'Novos Movimentos Sociais (NMS)' de matriz européia, partindo de explicações, por sua vez, mais conjunturais localizadas no espaço político da vida cotidiana, e tendo como categorias fundamentais, elementos como: identidade, subjetividade, autonomia, atores sociais, interação políticas, dentre outras; nesse cenário, o contexto do hemisfério sul ficou concentrado no estudo dos movimentos sociais libertários (emancipatórios) tanto no espaço urbano (lutas por moradia, associações, mulheres, negros e minorias) como no espaço rural com a luta pela

[233] GOHN, Maria da Glória. Teoria dos movimentos sociais. São Paulo: Loyola, 1997. p. 9

terra.[234]

De toda sorte, muito embora as produções acadêmicas, os esboços teóricos e mesmo a dinâmica dos movimentos sociais tenham sofrido alterações verficáveis a partir de percepções de seus estudiosos a partir de dados retirados da análise empírico-descritiva, não ignorando as oscilações do arcabouço teórico, que pendem ora para análises estruturais (causas, consequências, condições e movimentos, por exemplo) e em outro momento para análises interacionistas (conflitos políticos, estratégias de mobilização, relações de poder, alianças, dentre outros), fato é, como ensinado por Maria da Glória Gohn, os movimentos sociais mantém sua pertinência em vista de que:

> Os movimentos sociais são fenômenos históricos decorrentes de lutas sociais. Colocam atores específicos sob as luzes da ribalta em períodos determinados. Com as mudanças estruturais e conjunturais da sociedade civil e política, eles se transformam. Como numa galáxia expacial, são estrelas que se acendem enquanto outras estão se apagando, depois de brilhar por muito tempo. São objetos de estudo permanente. Enquanto a humanidade não resolver seus problemas básicos de desigualdades sociais, opressão e exclusão, haverá lutas, haverá movimentos. E deverá haver teorias para explicá-los: esta é a nossa principal tarefa e responsabilidade, como intelectuais e cidadãos engajados na luta por transformações sociais em direção a uma sociedade mais justa e livre.[235]

A passagem talvez, de forma pouco atenciosa, possa insinuar um tom conceitual de conclusão dos movimentos sociais, de despedida mesma, mas ao contrário, ela nos oferece um fundamento legitimante da sua permanência e importância de estudo, vez que no contexto latino-americano, em especial, no chamado 'sul global', periferia capitalista em que as demandas sociais ainda estão para serem cumpridas, fica nítida a onipresença dos 'novos atores sociais' como instrumentos que se oferecem ao diálogo aberto com a base jurídica de uma Constituição que atende, entrementes, pela prestigiosa alcunha de 'Carta cidadã'.

Ou seja, se por um lado, temos um texto constitucional a reclamar cidadania e valores sociais como 'princípios fundamentais' (CR, artigo 1º), e de outro, movimentos sociais que se legitimam como atores sociais habilitados a assumir o papel de reivindicação das promessas constitucionais por uma sociedade mais justa, livre e

[234] Ibidem, p. 15
[235] Ibidem, p. 20

solidária,[236] então a permanência desses atores se faz de modo contemporâneo à exigência de uma interpretação aberta, ou, aqui mais exatamente, existencial de seus princípios e postulados.

Todavia, e a título de prudência, e antes de avançarmos na análise, é imperativa a distinção entre 'movimentos sociais', 'grupos de interesses', 'fenômenos sociais' e 'ações sociais', uma vez que se no consciente coletivo nos pareçam expressões sinônimas, decorrentes de manifestações materializadas na busca de satisfação de demandas não atendidas, no plano teórico próprio das ciências sociais, não guardam semelhanças conceituais.

Assim, por exemplo, uma simples manifestação entorno de pautas comuns, de interesses de um mesmo ou alguns grupos não será suficiente para que tenhamos, ali, exatamente um 'movimento social'; quando confrontado, por exemplo, com 'grupos de interesses', alguns elementos são traços distintivos determinantes:

Primeiro, o grupo deve estar constituído como 'coletivo social' e ligados por uma identidade comum e que seja anterior a reunião dos interesses colocados, como por exemplo, identidade de gênero, de condição econômica, dentre outros; não bastando isso, em segundo lugar a existência de uma ação histórica de grupos sociais identificados (ou identificáveis), como seria o caso de uma determinada 'classe trabalhadora'; num terceiro momento, é preciso ainda reconhecer que uma dada ação específica, como um protesto, uma rebelião, uma invasão, isoladamente, não constituem um 'movimento social' mas sim, talvez, uma estratégia de ação de determinado movimento.[237]

Essas observações tornam-se relevantes para que se possa entender, como nossa proposta, que atos isolados, ações estratégicas que não pertençam a um espaço maior identificado enquanto movimento social não reuniria condições de 'resistência constitucional', ou seja, seriam inócuas enquanto orquestrações para viabilizar mudanças na ordem jurídica por meio de uma 'hermenêutica existencial' como noticiado nos

---

[236] Diz o artigo 1º da Constituição Federal da República: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[237] GOHN, Maria da Glória. Teorias dos movimentos sociais. op. cit., p 246

capítulos anteriores, e isso se mostra relevante como meio de evitar conclusões ligeiras que possam descambar em eventual entendimento de que atos isolados, pacíficos ou violentos, seriam, por si só, suficientes a arranhar o tecido constitucional.

Ainda no que diz respeito às diferenciações e a delimitação dos 'movimentos sociais', outro elemento importante de identificação é que eles ocorrem em espaços 'não-institucionalizados', não pertencendo nem a esfera pública nem a esfera privada, mas antes constituem um campo político próprio[238], daí que determinado movimento pode perder tal característica quando se institucionaliza, como ocorre, por exemplo, como quando um movimento de luta pela moradia se torna uma Organização da Sociedade Civil (OSC), mas continua pertencendo a um movimento comunitário mais amplo.

Dentro daqueles paradigmas de estudo dos movimentos sociais a que fizemos alusão, aquele que mais certamente exerceu influência no contexto latino-americano foi de matriz européia, sobretudo na sua vertente marxista, o que também coincide com a abordagem feita neste trabalho, uma vez que a Teoria Crítica e sua alternatividade jurídica mantêm estreita gênese com as correntes neomarxistas a partir da Escola de Frankfurt e seu pensamento tributário colado àquela (parcial) metodologia.

Dado isto, importa dizermos, em verdade, que a partir da crítica ao modelo marxista ortodoxo, é que surge outro movimento intitulado 'Novos Movimentos Sociais' como já fizemos rápida alusão, como um movimento que se por um lado se afasta da abordagem marxista em alguns pontos, mantém vivas outras categorias, sem contudo negar a validade das categorias básicas.[239]

E em que consistiria, então, esse paradigma europeu dos Novos Movimentos Sociais?

Antes, e para que não percamos o horizonte do nosso trabalho, relembremos que essa abordagem teórica sobre os movimentos sociais, e que ao final nos permitirá a identificação da figura dos 'novos atores', não se fez por simples escolha aleatória, mas antes é a que mantém mais próxima relação com a Teoria Crítica do Direito, em nossa análise, e a 'abertura existencial' que representa a marca de uma interpretação que deverá orientar o horizonte constitucional na busca das alterações devidas a partir

[238] OFFE, Claus *apud* Gohn, Maria da Glória. Idem, p. 247
[239] Ibidem, p. 120

do jurídico, ficando evidenciada que o 'jurídico' aqui, já se dá numa dimensão para fora e além do esquadro abstrato-formal do modelo liberal-positivista.

É assim, portanto, que o paradigma dos Novos Movimentos Sociais, mantém características essenciais que lhe conferem certa 'autoridade e autonomia' frente à corrente marxista clássica (ortodoxa) passando pela ênfase dada, em primeiro lugar, pelo papel da cultura, mas agora não mais como um 'ponto fixo' e herdado do passado, mas numa dinâmica que se vê em permanente transformação, e é nesse ponto, principalmente, que o sujeito histórico que dali surge não é mais daquele tipo 'predeterminado', mas agora assume um tipo não-hierarquizado, e que luta pelo acesso aos bens da modernidade e contra as formas de discriminação, ou seja, passa a ser um sujeito coletivo e difuso.[240]

Daí, que esse 'novo sujeito' passa a assumir um papel de ator social que se vê envolto a valores solidários e comunitários, numa identificação de identidade coletiva e igualmente difusa, bem ao sabor do que representaria, no plano jurídico, a figura do pluralismo e seu campo aberto de possibilidades e fontes juridicizáveis, o que permitiria que assumissem relevante papel de reverberação das demandas políticas e sociais, fornecendo base para o discurso jurídico.

Há pouco destacamos que o modelo teórico dos Novos Movimentos Sociais se distanciou da ortodoxia marxista, ainda que tenha mantida algumas categorias, e isso se revela mais nítido exatamente nessa ênfase à categoria da cultura e da formação de identidades coletivas que se vão construindo a partir dos próprios movimentos, a partir de um eixo que não é mais essencialmente de demandas da economia (marxismo orotodoxo) o que proporciona também um caráter mais difuso e de atuação em grupos, o que afasta – e isso é assaz relevante – a formação de lideranças oligárquicas, para uma atuação centralizada em grupos e redes de troca de informações e cooperação nos eventos.[241]

Citando os trabalhos de Jhonston, Laraña e Gusfield, acerca dos elementos dos Novos Movimentos Sociais, Maria da Glória Gohn, elenca-os da seguinte maneira:

---

[240] Idem, 122.
[241] Idem, ibidem, 126.

> 1. Não há clara definição do papel estrutural dos participantes. Há uma tendência para a base social dos NMS transcender a estrutura de classes; 2. As características ideológicas dos NMS apresentam nítido contraste com os movimentos da classe trabalhadora e com a concepção marxista de ideologia, como elemento unificador e totalizador da ação. Os NMS exibem uma pluralidade de ideias e valores e têm tendências a orientações pragmáticas e para busca de reformas institucionais que ampliem o sistema de participação de seus membros no processo de tomada de decisões. 3. Os NMS envolvem a emergência de novas dimensões de identidade. 4. A relação entre o individual e o coletivo é obscurecida. 5. Os NMS envolvem aspectos pessoais e íntimos da vida humana. **6. Há o uso de táticas radicais de mobilização de ruptura e resistência que diferem fundamentalmente das utilizadas pela classe trabalhadora, como a não-violência, a desobediência civil, etc.** 7. A organização e a proliferação dos NMS estão relacionadas com crise de credibilidade dos canais convencionais de participação das democracias ocidentais. 8. Os NMS organizam-se de forma difusa, segmentada e descentralizada, ao contrário dos partidos de massa tradicionais, centralizados e burocratizados.[242] (grifamos)

Algumas lições importantes podem ser retiradas dessa sucinta demarcação das características dos Novos Movimentos Sociais, dentre elas, podemos pensar em na essencial diferença em relação aos movimentos tradicionais centrados numa organização racional de sua estrutura, como se observa, de modo bastante claro, no caso dos partidos políticos e das organizações sindicais.

É que ao contrário dessas organizações, há uma relação difusa de identidade dos seus membros à medida em que dão ênfase a resultados mais pragmáticos mesmo por meio de uma variedade maior de valores e sentimentos que aparentemente não observam uma estrutura racionalmente delimitada, a exemplo dos modelos tradicionais.

Essas diferenças substanciais, por sua vez, como decorre do texto, podem ser creditadas à velocidade das mudanças que são próprias das últimas décadas e da crise estrutural do capitalismo das democracias ocidentais, pródigas, por sua vez, na proliferação de sentimentos de incerteza, desespero e frustração que resultam daquelas demandas não atendidas e que impactam o cenário social com elementos de ‘estranhamento e impureza’, especialmente nas grandes aglomerações urbanas,

[242] Ibidem, p. 127

tornando permanente (e inconclusivo) o processo de formação de identidades.[243]

Esse caráter evidencia a possibilidade de contapontos às políticas de Estado e às formas 'racionais' de organização, sem que haja prejuízo de sua legitimidade na âmbiência democrática, e talvez até com maior autoridade quando refletida a partir da rica pluralidade de atores que decorre da vontade constitucional própria do Estado democrático de direito e suas cláusulas de soberania popular também mais elásticas e com prevalência do material sobre o formal, o que explicaria a proliferação de diversos movimentos, sobretudo na América Latina, de grupos minoritários das mais diversas naturezas identitárias, como mulheres, negros, comunidades LGBT's, quilombolas, dentre outros grupos específicos, o que favoreceria, por sua vez, ao propósito de táticas e estratégias de resistência pela desobediência civil e a não-violência, ou seja, pelos caminhos do jurídico servindo aos propósitos políticos, como acima foi elencado.

5.2.5 Da influência e a matriz teórica dos Novos Movimentos Sociais:

Embora tenhamos reclamado aqui de um movimento de pluralismo jurídico próprio à realidade latino-americana, como proposta emancipatória dos atores excluídos da periferia do 'sul global' não há como fugirmos ao reconhecimento da influência e origem teóricas dos Novos Movimentos Sociais de raiz européia, o que em si mesmo não constitui nesse trabalho nenhuma novidade ou estranhamento, a propósito de que a própria 'filosofia da linguagem' que inspira a hermenêutica pós-positivista (viragem linguística), como vimos em momentos anteriores é também tributária das escolas européias e alguns de seus influentes pensadores.

Não é diferente no caso destes movimentos sociais, que além de encontrarem eco também em autores como Foucault, Marx, Weber, Castoriadis, só para citarmos alguns muito relevantes, tem também no pensamento do frankfurtiano Jürgen Habermas um dos seus eixos de estruturação, o que aqui se mostra bastante relevante em vista de que este autor é também expoente da *viragem linguística* operada na filosofia do século XX e no tocante às estratégias políticas, nos dá respaldo à filosofia prática com o seu conceito de

[243] BAUMAN, Zygmut: O Mal-estar da pós-modernidade. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 37

‘mundo da vida’ conceito também já usado na fenomenologia de Husserl.

Isso se dá, e aqui também serviria a Michel Foucault, porque em Habermas se dá uma articulação de teorias fundadas nos discursos e na ação dos indivíduos, naquilo que a sociologia dos movimentos sociais irá designar de abordagem microssocial, em que os autores se moveriam motivados por forças internas, onde os discursos se voltam para a questão da liberdade em detrimento a análises estruturais da sociedade, ou seja, como dissemos, às suas motivações internas com destaque, portanto, à autonomia, o que também é identificado no pensamento de Nietzsche e sua ‘valorização da vida’, no comunitarismo dos socialistas utópicos e na desobediência civil de Thoreau.[244]

Mas talvez foi em Habermas a melhor tentativa de explicação interpretativa da vida cotidiana, sobretudo pelo conceito de ‘mundo da vida’[245], que se numa de suas dimensões está escorada no conjunto das tradições herdadas e já implicitamente reconhecidas e imersas na linguagem e na cultura, por outro lado, implicaria também componentes estruturais outros, como a cultura, a sociedade e a personalidade.

Aqui ganha destaque sua Teoria da ação comunicativa, por meio da qual, quando entre atores é possível um nível tal de comunicação que permita o entendimento, existirá um compartilhamento de tradição cultural por meio de normas intersubjetivamente reconhecidas, ocasião em que a esses atores sociais seria dada ação enquanto membros de um grupo solidário.[246]

Mas, de modo mais elucidativo, em que consistiriam a ‘ação comunicativa’ e o próprio ‘sistema mundo’, enquanto categorias fundamentais em Jürgen Habermas?

É que no âmbito do giro linguístico, *ex post* ao esgotamento do paradigma da consciência, como já abordado neste trabalho, em Habermas ocorrerá a enunciação de uma razão de tipo ‘comunicativa’ (não esqueçamos que o mesmo se deu com Gadamer em sua ‘razão hermenêutica’) em que o enunciado de verdade estaria umbilicamente ligado à linguagem como sua condição e fundamento de validade. Até aqui, nada de novo em relação ao que já abordamos quanto a esse paradigma.

---

[244] GOHN, Maria da Glória. Teoria dos Movimentos sociais. op. cit., p. 133

[245] Celso Luiz Ludwig nos explica que se trata de ‘conceito utilizado por Habermas como conceito complementar da ‘ação comunicativa’, procurando reconstruir o conceito fenomenológico e hermenêutico do mundo na vida no nível da ação comunicativa. (Para uma filosofia jurídica da libertação. op. cit., p. 116)

[246] GOHN, Maria da Glória. Teoria dos Movimentos sociais. op. cit., p. 137

Mas em Habermas, como ‘filosofar é filosofar a partir da linguagem’, a questão da verdade estará ligada a consensos argumentativos que serão obtidos, por sua vez, por meio de uma intersubjetividade ambientada numa dada ‘situação ideal de fala’ e que irá funcionar como espécie de fundamentação última não-metafísica a que se designará, ‘pragmática transcendental’.[247]

Todavia, e sem necessidade de maiores incursões nesse particular, importa aqui o reconhecimento de que em Habermas, no âmbito da filosofia da linguagem é de relevo o paradigma da comunicação (teoria da ação comunicativa) em que agora o sujeito não se define em relação com os objetos – ponto este que já comentamos à exaustão – mas sim, vê-se obrigado a entender-se historicamente com outros sujeitos numa intrincada, porém necessária intersubjetividade composta por sujeitos capazes de linguagem e ação.[248] Ora, é aqui que nos interessa a contribuição do pensador para o tema da microssosociologia dos movimentos sociais, porquanto há pouco dissemos que quando os sujeitos se entendem mutuamente, acabam por compartilharem uma mesma tradição.

Assim, retomando a categoria habermasiana de ‘mundo da vida’, também entendido como parte da sociedade civil e que engloba formas institucionais atuantes como organismos de mediação entre Estado e mercado, poderiam essas instituições assumirem o papel de criação de novos direitos, pois se de um lado estaria a sociedade civil representada pela perspectiva de um sistema econômico e político mais amplo (sistema mundo), por outro lado, o ‘mundo da vida’ atuaria como não menos relevante forma de análise dessa mesma sociedade civil, pois como adverte Maria da Glória Gohn:

> Para Habermas, a compreensão do ‘mundo da vida’ passa pela compreensão da consciência, mas, ao contrário de Husserl e Schutz, que vêem a consciência como fator primordial, obscurecendo tudo o que é material, ele vê a análise da consciência como algo inseparável das circunstâncias materiais. Ela já está sempre mergulhada nessas circunstâncias. Habermas, já nos anos 70, deu importante contribuição para a formulação de uma teoria dos movimentos sociais ao afirmar que eles criam possibilidades de novas relações sociais e de novas formas de produção, ao gerarem processos novos quando da busca de soluções alternativas aos problemas comuns enfrentados por seus participantes. Ele desenvolveu uma reflexão sobre os tipos de ações em conflitos coletivos em sua teoria da modernização, particularmente em suas versões mais recentes (1987) quando trata das relações entre os atores e o mundo.[249]

---

[247] LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação. op. cit., p. 95
[248] Ibidem, p. 104
[249] GOHN, Maria da Glória. Teoria dos Movimentos sociais. op cit., p. 138

Os Novos Movimentos Sociais, então, e no contexto da reflexão de Habermas, seriam possibilidades surgidas das relações travadas no interior da 'mundo da vida' por meio de uma especial solidariedade entre atores que intersubjetivamente estabeleceriam relações legítimas de partilha de reivindicações comuns, ao mesmo tempo em que 'criariam mundos' por meio de uma razão comunicativa (linguagem) que pode desemboca e pode ser facilmente observada nos movimentos sociais, na consideração que neles (os movimentos sociais) estariam atribuídos não somente o papel de aprendizado e formação da identidade social, como também seriam vistos como verdadeiros projetos democráticos com potencial para iniciar processos nos quais a esfera pública seria revivida, atuando, assim, como fatores de criação e, mais especialmente, de expansão dos espaços públicos da sociedade civil.[250]

Ora, essa expansão dos espaços públicos é o resultado essencial e ao mesmo tempo é o elemento que garante legitmidade aos movimentos sociais como agentes de interação, fortalecimento e desenvolvimento do sempre tenso tecido democrático, uma vez que estariam aptos a formularem novas propostas para velhas demandas, e isso porquê em Habermas e sua Teoria da ação comunicativa, os movimentos sociais agiriam como modo de resistência aos mecanismos de extensão da racionalidade técnica no interior das demais esferas da vida social, porquanto os novos problemas sociais são advindos de questões ligadas à qualidade de vida, igualdade de direitos, autorrealização individual, participação e, atualmente, sobretudo, direitos humanos.[251]

5.2.6 Os Novos Movimentos Sociais e a realidade constitucional brasileira

Nos tópicos anteriores fizemos breve alusão a essa forma de organização de manifestação popular e sua matriz teórica européia, realçando sua idiossincrasia em relação aos movimentos tradicionais, como aqueles identificados com os operários ou mesmo com os sindicatos.

Agora importa realçarmos que muito embora sua origem remonte ao período dos anos 70 - no Brasil, em especial, pela consolidação do período de ausência de

[250] Idem, p. 139
[251] Ibidem, p. 140

democracia substancial marcada pelo governo militar iniciado em 1964, incapaz de ter entregue os mais elementares direitos de cidadania e 'justiça social' (lembremos que o 'milagre do crescimento econômico' não repartiu o bolo entre a população brasileira) – os Novos Movimentos Sociais encontram resposta e legitimidade direta na atual Constituição da República de 1988 e sua gama de princípios, valores e fundamentos.

Após o período de 21 anos de ausência democrática (1964-1985), e com eleições diretas mesmas só ocorrendo em 1989, a Constituinte de 1987 foi pródiga em estabelecer uma variedade de direitos individuais (liberdade de expressão, de consciência, de reunião, de associação, dentre outros) e direitos políticos com os instrumentos necessários às suas garantias, como são exemplos constitucionais, o direito de petição, o habeas corpus, o mandado de segurança, o mandado de injunção e a ação popular; e não apenas no plano individual, mas os direitos sociais também foram contemplados (CR, artigo 6º e seguintes) todos com status de direitos fundamentais.

Essas conquistas foram reflexos de lutas travadas nos períodos que antecederam a Assembleia Constituinte (1987) como por exemplo a Lei da Anistia em 1979, já nos estertores do regime militar, e especialmente dos movimentos sociais das mais diversas temáticas e origens que proliferaram ainda no contexto das privações políticas, econômicas, sociais e jurídicas verticalmente impostas pelo governo do período citado.

Os movimentos sociais assumiram grande parcela de protagonismo no desenho final da Constituição Federal da República de 1988, de modo que podemos pensar num caminho de 'mão dupla' nesse processo de redemocratização do Brasil, pois se de um lado foram elementos importantes na construção das pautas que viriam a ser constitucionalizadas, por outro lado, são também elementos indispensáveis (ou intrínsecos) à existência do chamado Estado democrático de direito, como consta já do artigo 1º do texto constitucional.

Isso pode ser tomado a partir do reconhecimento de que o substantivo 'democrático' a qualificar o Estado de direito não diz outra coisa senão reconhecer que o modelo de Estado não mais se conformaria com o anterior e clássico 'império das leis' da tradição liberal-burguesa, mas que o ideal de 'justiça social' aliada à participação efetiva do povo (princípio da soberania popular) são elementos sem os quais o Estado não mais se sustenta no paradigma democrático do período da segunda metade do

século XX, uma vez que o desafio colocado estava em se conciliar aquele modelo liberal com ascensão das democracias de massas e sua satisfatória inclusão no Estado.

Essas democracias de massa, agora irrompendo no cenário político e social, em parte possibilitadas pelo esgotamento do modelo socialista do leste europeu e o triunfo da economia de mercado no ocidente, passaria – também pelos movimentos sociais – a exigir o quinhão sonegado no tocante aos direitos sociais, entendidos como aqueles essenciais à existência digna e à possibilidade de acesso aos bens públicos coletivos.

Isso tudo serve para darmos a dimensão da insuficiência do Estado de direito de tradição liberal, e como foi relevante a participação dos movimentos sociais, enquanto organismos agregadores das justas reivindicações de grupos alijados da participação econômica e democrática, de tal modo que o o esgarçamento para, como dizíamos, Estado democrático de direito, acabou sendo o caminho lógico em consequência das demandas advindas do então denominado Estado social de direito, como aponta Gilberto Bercovici:

> Do ponto de vista da organização racional do Estado, o afloramento da contradição e as demandas por direitos das classes exploradas vai dar ensejo a um conjunto de programas, projetos e atividades públicas. O reconhecimento da insuficiência do mercado em prover bem-estar e reduzir desigualdades impõe ao Estado uma agenda positiva que, antes de representar mera concessão do aparelho estatal às pressões sociais, significa um início de transformação do Estado para além da representação dos interesses de uma determinada classe. Na descrição célebre de Fábio Konder Comparato, trata-se, com o Estado social, do *government by policies,* que vai além do *government by law* do liberalismo.[252]

O Estado democrático de direito, então, se revela como uma superação do simples Estado de direito - já que este, por sua vez, sequer precisa guardar correspondência obrigatória com o regime democrático, vez que seria mesmo compatível até com regimes oligárquicos onde o povo restaria afastado, estando assim mais próximos da teoria liberal do que da teoria democrática[253] – traz em sua gênese o componente que está intrínsecamente ligado aos movimentos sociais enquanto agentes ou atores sociais que protagonizam a pauta das reivindicações de grupos excluídos.[254]

---

[252] A Luta pelo Estado de direito. (in) Hermenêutica, Constituição, Decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 84

[253] Idem, p. 83

[254] Em sentido muito próximo, é a lição de Manoel Jorge e Silva Neto para quem: "O acréscimo da expressão 'democrático' ocorreu a partir da Constituição de 1988 e impinge nova compreensão do Estado

Essa situação de insatisfação das demandas, ora porque reprimidas, ora porque ainda completamente ausentes, nessa última hipótese, evidenciada com maior assertividade em relaçãos aos direitos sociais, é que criam as condições ideais para ocupação estratégica dos movimentos sociais, esse foi o caso do Brasil pré-constituição, e tal fato reforça a gênese, o conceito e a natureza dos movimentos sociais.

Mesmo com as mudanças de 'ventos políticos' surgidos com a redemocratização, a experiência neoliberal dos anos 90, no Brasil e na América Latina, e já refletindo com a 'consciência' do início do século XXI, a literatura especializada ainda reconhece os movimentos sociais como sendo:

> ações sociais coletivas de caráter sociopolítico e cultural que viabilizam distintas formas da população se organizar e expressar suas demandas. Na ação concreta, essas formas adotam diferentes estratégias que variam da simples denúncia, passando pela pressão direta (mobilizações, marchas, concentrações, passeatas, distúrbios à ordem constituída, atos de desobediência civil, negociações, etc.), até as pressões indiretas. Na atualidade, os principais movimentos sociais atuam por meio de redes sociais, locais, regionais, nacionais e internacionais, e utilizam-se muito de novos meio de comunicação e informação, como a internet. Por isso, exercitam o que Habermas denominou como agir comunicativo. A criação e desenvolvimento de novos saberes são produtos dessa comunicabilidade.
> ...
> Na realidade histórica, os movimentos sempre existiram e cremos que sempre existirão. Isto porque eles representam forças sociais organizadas que aglutinam as pessoas não como força-tarefa, de ordem numérica, mas como campo de atividades e de experimentação social, e essas atividades são fontes geradoras de criatividade e inovações socioculturais.[255]

Ganha ainda mais relevo, a partir da passagem destacada, que os movimentos sociais se constituem instrumentos vivos, práticos, de mudanças no tecido social, político e cultural, e se aqui entendemos o 'cultural' em ampla acepção, não restam dúvidas de que por meio de sua *práxis*, e os movimentos sociais atuam na 'realidade concreta' posto que não existiriam sem a formulação de 'ações e estratégias de luta' também tornam-se atores sociais a interferir na realidade jurídica, no fenômeno de constitucionalização de direitos, como ocorreu com as pautas e estratégias nos anos 70 e especialmente 80,

---

brasileiro, porque conforme acentua Miguel Reale, "pela leitura dos Anales da Constituinte infere-se que não foi julgado bastante dizer-se que somente é legítimo o Estado constituído de conformidade com o Direito e atuante na forma do Direito, porquanto se quis deixar bem claro que o Estado deve ter origem e finalidade de acordo com o Direito manifestado livre e originariamente pelo próprio povo, excluída, por exemplo, a hipótese de adesão a uma Constituição outorgada por uma autoridade qualquer, civil ou militar, por mais que ela consagre os princípios democráticos. (Curso de Direito Constitucional. 6º edição. Lumen Juris, 2012, p. 266).

[255] GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na atualidade: manifestações e categorias analíticas. (in) Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 14

como também mostram-se aptos a ampliarem essa possibilidade como resistência democrática.

Fazendo um recorte claro pelos anos 90, opção justificada em razão do início de vigência e (in)eficácia da atual Constituição da República, datada de 1988, é possível identificar, inclusive pelo sensível aumento dos 'meios de comunicação de massa' uma nova pauta e organização da sociedade civil em busca de ferramentas mais eficazes de cidadania, proporcionada pela mesma base jurídica da Constituição promulgada, agora alçada a fundamento da República.

Concomitante a esse cenário dos anos 90, de elaboração de estratégias mais articuladas dos movimentos sociais- fala-se, aqui, em relação de comparação às décadas anteriores – esteve como pano de fundo a adoção sistemática de políticas neoliberais, apoiadas por forças internacionais a serviço de interesses estrangeiros, mas que se por um lado contou com certo apoio da população menos informada, por outro lado o período foi marcado por lances de esperanças possibilitadas por experiências de vivenciamento de práticas coletivas e solidárias, sobretudo na área da Educação, propiciando movimentos de questionamento do *status quo* então vigente e abrindo espaços, assim, para pautas que demandavam melhora substancial nas condições de vida, como ficou nítida, além da própria Educação, temas ligados ao meio ambiente e ecologia.[256]'

Todavia, se nos anos 70 e 80 os 'movimentos sociais' estiveram concentrados entorno de um eixo de disputa e lutas contra um 'inimigo em comum' – o regime militar – nos anos 90 houve um arrefecimento dessas estruturas em substituição a formas associativistas, que não mais derivavam, como outrora, de mobilizações de massa, mas agora as reivindicações eram mais pontuais e possuíam um caráter muito mais propositivo e estratégico (fato acentuado pela diminuição ao uso de grandes mobilizações) em que se destacava a criação de uma sociabilidade que não estava mais ligada, necessariamente, a laços anteriores.

Ao contrário, essa nova postura - se podemos assim chamá-la como modo de acentuar a diferença com as décadas anteriores – foi motivada pela consagração dos direitos individuais e coletivos positivados na Constituição da República de 1988

[256] GOHN, Maria da Glória. Movimentos Sociais e Educação. 2º edição. São Paulo: Cortez, 1994. p.8

(entenda-se, basicamente, o artigo 5º e seguintes) e estava, agora, fundada numa dita Participação Cidadã[257], bem ao 'novo espírito' do Estado democrático de direito.

No início do novo milênio uma nova virada foi sentida em relação às estruturas e estratégias dos movimentos sociais, como por exemplo, o seu *modus operandi* de ampliar a atuação por meio de redes sociais, ainda dentro do importante conceito de Participação Cidadã, o seu eixo de gravidade tornou-se mais propositivo, e dentro de suas estratégias passaram a atuar mais direto com (e dentro do) Estado por meio de formulações de políticas públicas, tarefas potencializadas pela criação de diversos Fóruns, assim como na institucionalização de espaços públicos, sendo digno de nota a criação dos mais diversos Conselhos participativos nas mais diferentes áreas (saúde, assistência social, educação, segurança pública, dentre outros) nos três níves da Federação.

Esse novo instrumental de atuação, agora não mais de costas para o Estado, e que nele enxergava um ente a ser combatido, fez dos movimentos populares um agente relevante, um *novo sujeito histórico,* capaz agora de estender a sua atuação para elaboração de modelos de políticas públicas mais amplas, e que se por um lado ainda mantivessem demandas específicas, como a luta pela moradia[258], pelos direitos dos servidores públicos ou pelo acesso à saúde, isso apenas para citarmos alguns exemplos, por outro lado, assumiria agendas voltadas à cidadania mais geral, não mais localizada espacialmente, e ao desenvolvimento humano num sentido mais universal.

Mas é salutar que se diga que o ambiente propiciado no período que se seguiu a Constituição da República de 1988 não foi resultado de concessões gratuitas, favores

---

[257] Segundo a literatura especializada: "A Participação Cidadã é lastreada num conceito amplo de cidadania, que não se restringe ao direito de voto, mas constrói o direito à vida do ser humano como um todo. Por detrás dela há um outro conceito, de cultura cidadã, fundado em valores éticos universais, impessoais. A Participação Cidadã funda-se também numa concepção democrática radical que objetiva fortalecer a sociedade civil no sentido de construir ou apontar caminhos para uma nova realidade social – a sem desigualdades, exclusões de qualquer natureza. Busca-se a igualdade, mas reconhece-se a diversidade cultural. Há um novo projeto emancipatório e civilizatório por detrás dessa concepção que tem como horizonte a construção de uma sociedade democrática e sem injustiças sociais."(Maria da Glória Gohn. Movimentos sociais na atualidade, op. cit., p. 18)

[258]Dentro dos amplos movimentos populares do século XXI, os movimentos populares pela moradia mantêm notória posição de destaque, sendo responsáveis pela acomodação de moradores sem teto ou que vivam em condições insalubres. O peso e medida da (relativa) eficácia de suas estratégias e relevância no cenário das políticas públicas pode ser observada na enorme influência que exercera nas discussões legislativas que resultou no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001)

político-jurídicos, no sentido de simples outorgas, mas, ao contrário, foi o resultado de embates, lutas e *lobbies* de setores diversos da sociedade civil (há pouco apontamos a Educação), que fizeram com o que o texto constitucional encampasse novos instrumentos que viriam a gerar espaços e formas de agir de grupos organizados, substanciando as ações e ao mesmo tempo exigindo necessidade de lastrear os argumentos jurídicos.

Dessa maneira, permitiu-se a ampliação de espaços participativos e a construção de canais antes não organizados (como dos funcionários públicos),[259] ou seja, os próprios instrumentos e base constitucional da Constituição da República então vigente foram gestados ainda nos períodos que lhe antecederam a promulgação e viram nos anos 90 o início de sua 'mundividência' – para mantermos viva a relação do 'social' com a 'alternatividade crítica'.[260]

E isso, importa dizermos, ocorre em função da ineficácia dos órgãos estatais em acolher as demandas e conflitos permanentes no contexto dos sistemas jurídicos da periferia capitalista, fazendo surgir, ao mesmo tempo, agências de jurisdição espontâneas e não estatais – embora venham a sofrer mediação – e ancoradas em processos de conciliação, pautas de reuniões, arbitragem, conselhos sociais e até tribunais populares.

Em razão dessas novas exigências, resultantes de uma realidade visível e que se impõe ante às estruturas (já carcomidas) da tradição formal e que solenemente ignora as minorias políticas formadas de: *i) mulheres, ii) populações indígenas, iii) desempregados, iv) jovens, em maioria, negros; v) comunidade LGBT, vi) emigrantes rurais*, dentre outros, é que revela a urgência do 'novo marco teórico' assaz comprometido com a dialética da *práxis* do concreto e de um tipo de historicidade comprometida com a

---

[259] GOHN, Maria da Glória. Op. cit., p. 100

[260] Como leciona Maria da Glória Gohn: "(...) Ao longo dos anos 80 os movimentos populares não desenvolveram projetos políticos próprios, independentes e autônomos. A maioria deles esteve dependente de assessorias externas; eles foram, muitas vezes, conduzidos por projetos de outras instituições, principalmente de alguns partidos políticos e de certas alas da Igreja Católica. O compromisso das lideranças esteve, em uma grande porcentagem dos casos, mais afinado com determinadas tendências político-partidárias ou religiosas, que davam o tom ser imprimido nas ações dos movimentos. Até 1988 os movimentos construíram uma imagem externa que os representava como detentores de grande força política. Em várias regiões do país eles se articularam às frentes de oposição, ao *status quo* vigente*;* criticavam e denunciavam a não prioridade da gestão pública para os setores sociais carentes; formulavam demandas e, em vários casos, apresentavam soluções alternativas para os problemas; resistiam às pressões para se desmobilizarem." (op. cit., p. 103)

dignidade ‘do outro’, cujo resultado, ainda que não tenha sido imediato, foi o deslocamento do monismo estatal para múltiplas fontes e, como estamos aqui sinalizando, dos novos ‘sujeitos históricos’ identificados com os movimentos sociais.

No reconhecimento explícito da sua legitimidade teoriza Wolkmer:

> Configura-se, no espaço de um pluralismo legal, a existência de amplos grupos sociais institucionalizados, capazes de elaborar e aplicar suas próprias disposições normativas, tais como: as corporações de classe, associações profissionais, conselhos de fábrica, sindicatos, cooperativas, agremiações esportivas e religiosas, fundações educativas e culturais. Em cada um desses grupos, livremente organizados, ocorre um Direito ‘interno’, ‘institucional’, ‘informal’ e/ou ‘espontâneo’, paralelo e independente do Estado, dos Códigos oficiais, das legislações elaboradas pelas elites dominantes e dos juízes nos tribunais estatais.
> ...
> Assim, só uma ‘ínfima parte da ordem jurídica da sociedade pode ser alcançada pela legislação do Estado, e a maior parte do Direito se desenvolve independentemente das proposições jurídicas abstratas. Descartando as abstrações e os rituais do Direito estatal, há de se reconhecer a capacidade dos grupos sociais particulares de gerarem práticas jurídicas alternativas, que os legitima a desenvolverem: “a) um poder legislativo ou normativo, que é a capacidade de elaborar normas reguladoras de sua atividade interna; b) um poder jurisdicional ou disciplinar, que é a capacidade de assegurar a aplicação dessas normas e a eventual punição dos transgressores. [261]

A partir do reconhecimento dos grupos e movimentos sociais como novos *sujeitos históricos* a assumir (relativo) protagonismo, primeiramente de viés político, e após, como instância jurídico-normativa, o resultado é a construção de uma sociedade cujas esferas e fontes de poder passam a sofrer um paulatino deslocamento do centro para a periferia, quase que como uma revolução de ‘baixo para cima’, exatamente como reclama o processo democrático de base comunitário-participativa, portanto, mais fiel no compromisso inclusivo das demandas então reprimidas e dos atores outrora esquecidos.

Mas, na realidade brasileira, de onde viriam e estariam datados os ditos movimentos populares e sociais? De acordo com notícia de José Geraldo de Souza Júnior[262], o movimento mais intenso teria sido sentido nos anos 70, por influência ainda direta da Igreja Católica, formando-se a partir de relações de vizinhança, de moradores preocupados e interessados na discussão dos problemas concretos que eram vivenciados no cotidiano das imensas periferias e ligados, direta ou indiretamente, ao processo produtivo.

---

[261] WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit., ARRUDA JUNIOR, Edmundo de Lima. 1991, p. 47

[262] SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. Movimentos Sociais – Emergência de novos sujeitos: O sujeito coletivo de direito. *In* ARRUDA JR, Edmundo de Lima (Org). Direito Alternativo. Notas sobre as condições de possibilidade. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 131

Assim, é que em contrariedade ao paradigma moderno, de Descartes a Kant, do indivíduo solipsista, de tipo burguês, cuja racionalidade estava circunscrita à 'autonomia do sujeito-eu-livre', o novo *sujeito histórico*, agora, e por sua vez, é um 'sujeito social' ou 'sujeito coletivo', representado pelos movimentos populares onde indivíduos anteriormente dispersos passam a se reconhecer mutuamente e assim a tomar decisões coletivas, a construir atividades e adotar práticas não desenhadas por teorias prévias, mas que resultantes de sua própria 'facticidade', ou seja, de seus elementos concretos, exatamente naquele sentido da construção dialético-participativa identificado pela Teoria Crítica.[263]

Nesse novo contexto, portanto, fica confortável acompanharmos a lição de Boaventura de Souza Santos, para o fim de se compreender que no processo de *reconstituição* entre sociedade civil (movimentos) e Estado, e tomando em consideração a crise da lei e de sua ideologia, assistimos, pelo deslocamento do centro, a uma tentativa de emancipação desse novo sujeito como sujeito de direito, e já embrenhado num novo modelo de produção do social, do político e do jurídico.[264]

Dentre os inúmeros movimentos populares surgidos no Brasil, o mais notório é o **Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra** - **MST**, surgido em 1979, tendo como lema: *'ocupar, resistir e produzir'*,[265] tem entre suas lutas e bandeiras, a conquista da terra, reforma agrária e a construção de uma sociedade mais justa, para tanto, criando cooperativas de produção a agroindústrias e microrregiões e polos de desenvolvimento.

O caso do Movimento dos Sem Terra, para nós neste breve trabalho, é particularmente interessante, posto que no imaginário popular, construído, ousamos dizer, por intensa proliferação sistemática de 'grupos de poder', aí, indubitavelmente, os meios hegemônicos de comunicação, colocam-no como 'agente em constante conflito com a lei', posto que é agente promotor, de forma sistemática, de invasão orquestrada e por vezes violenta de propriedades rurais privadas, fincando assentamentos com

---

[263] Ibidem. p. 138
[264] SOUZA, Boaventura de Souza. O Estado e o Direito na Transição Pós-moderna', Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 30, junho 1990. Coimbra, p. 17
[265] BUZANELLO, José Carlos. Direito de Resistência Constitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 287

‘desdém’ absoluto pela ordem jurídica vigente e instituída, quando não, promovendo o verdadeiro ‘caos social’ nos lugares onde intensifica as suas atuações.

Não restam dúvidas de que essa percepção, construída ou inata, no imaginário popular, se mostra de grande acerto, posto que muitas das vezes – para não dizermos na sua totalidade – o MST faz pouco caso da lei e das instituições civis e estatais estabelecidas, o que viria a justificar o uso constante do aparelho estatal repressivo, como ficou notória internacionalmente a desocupação, em 1996, da Fazenda em Eldorado dos Carajás, no estado do Pará, com a morte de 19 trabalhadores rurais.[266]

“Grande acerto’ de percepção, se levarmos em consideração ‘a ordem jurídico-legal’ de tipo formal-positivista, no clássico esquema de subsunção da norma em abstrato aos fatos reais, como é próprio da matriz epistemológica do direito positivo, já tratado nos capítulos anteriores. E é exatamente aqui, na desconstrução desse modelo arquetípico, tomando o centro de gravidade do direito a própria sociedade e suas exigências por uma ‘ordem justa’, em detrimento ao chamado ‘fetiche da legalidade’ e seu aniquilamento dos ‘sujeitos humanos’ e redução a categorias abstratas *a priori,* que vemos a influência (e ação) da Teoria Crítica e seus sucedâneos pluralistas e a alternatividade jurídica em sentido estrito, de modo a não só afastar as referidas ‘ilegalidades’ para empreender um esboço teórico legitimante das atuações do movimento social citado.[267]

Tal conclusão pode ser extraída de maneira límpida a partir da lição de um dos maiores expoentes do chamado ‘Direito Alternativo’, o juiz Amilton Bueno de Carvalho ao perguntar

> E se a lei atrita com os princípios? Ou se a aplicação da lei, que em tese está acorde, mas que na concretude atrita com eles? Que fazer? Neste momento, e só nele, o operador jurídico – em especial o juiz – está autorizado a negar vigência à lei: não se aplica a legalidade, mas sim o direito que é construído pela própria sociedade. Assim, o limite paa violação das regras está nos princípios gerais e universais do direito. É que a lei que com eles atrita perde sua finalidade/legitimidade. Implode, pois.
>
> **Outro exemplo parece esclarecedor. O trabalhadores rurais sem terras ocupam latifúndios improdutivos com base no princípio da função social da propriedade e no da vida com dignidade. Em assim agindo, agridem a legalidade que proíbe o esbulho possessório (artigos 926 e seguintes do Código de Processo Civil). Neste momento, pois, a legalidade rasteira não deve ser aplicada, porquanto atrita com princípios maiores. Todavia, esta mesma legalidade menor, em outros momentos, pode não agredir qualquer princípio (se o esbulho alcança meros lindeiros, por exemplo) então merece efetividade.**

---

[266] Disponível em : http://memorialdademocracia.com.br/card/policia-massacra-em-eldorado-dos-carajas. Acesso em 06.02.2019

[267] GENRO, Tarso Fernando. Op. cit., p. 21

> Vê-se que, ao se tratar de direitos sócio-econômicos (v.g., ocupação de terras) têm-se que, inúmeras vezes, a legalidade não preserva os princípios, ao contrário, com frequência impede sua concretização, daí porque pode ser negada quando assim o exige a situação concreta. (grifamos)[268]

Trata-se, aqui, de aplicação do Direito Alternativo na sua tipologia conhecida como *'positividade combativa'*, ancorada no reconhecimento de princípios que inspiram a feitura das demais normais (leis), numa luta para que os direitos inscritos na legislação e já incorporados ao sistema, tenham vida real, para além do seu aspecto formal, conferindo efetividade – pelos princípios – de conquistas históricas da humanidade, revelando-se como 'imperativos de justiça', dando assim condições para que os princípios (metanormas), por meio dessa 'positividade combativa', sejam suficientes a conferir a devida concretude pela lei, seu simples pano de fundo, materializando as aspirações democráticas e de justiça.[269]

Assim, que diante das notórias e visíveis deficiências das fontes formais, tradicionais e monistas da experiência jurídica, os movimentos sociais (e aqui citamos tão somente um caso singular) aparecem como os novos sujeitos coletivos e históricos, a promover verdadeira 'revolução de baixo para cima' no plano do que se chama na Teoria do Direito Alternativo: Plano do Instituinte Negado, expondo as possibilidades, ao mesmo tempo, do pluralismo jurídico como fundamento de uma nova cultura jurídica, buscada ali no 'direito achado na rua', pra usarmos expressão de Roberto Lyra Filho,[270] e assim mais se aproximar das aspirações de alcance de uma sociedade verdadeiramente democrática e compromissada com as promessas da modernidade (ainda) não cumpridas.

5.3 Resistência e Jurisdição Constitucional: Das condições (e dificuldade) de acesso dos Movimentos Sociais ao Supremo Tribunal Federal

Como agentes coletivos, atores sociais legitimados pelo modelo de democracia cidadã contemplada pela atual Constituição da República, como vimos nos capítulos e

---

[268] Teoria e Prática do Direito Alternativo.1º edição. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 58/59
[269] Idem, p. 56
[270] ARRUDA JR, Edmundo de Lima. op. cit., p. 152

tópicos anteriores, e ainda, com o esgarçamento da competência do Supremo Tribunal Federal e sua missão de defesa da supremacia dos valores constitucionais, além da criação do Superior Tribunal de Justiça, em tese, ampliaram-se as possiblidades de acesso ao Poder Judiciário pelos movimentos sociais.

Essa ampliação, em verdade, traduziu-se na possibilidade de usos de litígios estratégicos de acesso aos Tribunais superiores para trazer visibilidade às suas pautas e reivindicações - o que ocorre na esteira de um momento de descrença e perda de confiança nas instâncias de representação política - objetivando a alteração de jurisprudências, formação de precedentes e, ao fim, a própria (re)definição de políticas públicas.[271]

Esse cenário, ou melhor, essa pretensão de recurso de litígios estratégicos perante as Cortes superiores pelos movimentos sociais encontra eco na manifesta e recorrente postura adotada pelos membros das mesmas cortes no sentido de garantir de uma abertura à participação social, o que se daria como meios e tentativas de legitimação das suas missões institucionais, como seriam exemplos *i) o aumento da realização das audiências públicas, ii) a figura do amicus curiae e iii) uma aproximação com o ambiente acadêmico jurídico;* todavia, essa "vontade" de garantir a participação social não se concretiza na mesma medida e proporção com que seus membros manifestam.[272]

Assim, diante de um cenário de exponencial aumento dos holofotes sobre o Supremo Tribunal Federal, o que se evidencia com a existência da 'TV Justiça' que viabiliza os julgamentos das sessões plenárias em tempo real, nos parece natural que, diante da imprensa e opinião pública mais ativas, os ministros assumam uma postura francamente aberta em traduzir a atuação jurisdicional com íntima ligação com as demandas sociais, especialmente, aquelas cuja popularidade sejam destacadas pela chamada 'grande mídia', numa tentativa de aproximação da Corte à sociedade civil.

O resultado positivo, em nosso entendimento, é que fica nítida – ao menos acende o debate – de que os novos atores sociais buscam uma canal para fortalecer as suas

---

[271] CARDOSO, E.L.C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. Estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia.Tese de Doutorado. PPGD USP, São Paulo, 2012, p. 24

[272] GUIMARÃES, Aline Lisbôa Naves. Participação Social no Controle de Constitucionalidade: o desvelamento da restrição nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Dissertação de Mestrado. PPGD Universidade de Brasília, 2009, p. 22

demandas pela via jurisdicional e, ao assim fazerem, não é outra coisa que buscam senão 'novas interpretações constitucionais' para obtenção de novos significados no interior do espaço de luta em que estão inseridos, sendo notória a decisão de reconhecimento de direitos civis e união estável na chamada 'união homoafetiva' no histórico julgamento proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277) e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132) em 2011.[273]

Como dissemos anteriormente, muito embora haja um forte discurso de membros do Supremo Tribunal Federal no sentido de abertura à 'participação cidadã', o que elevaria a possiblidade de ajuizamento de ações pelos movimentos sociais, na prática, e mesmo em razão do *design constitucional* no tocante às formas de controle de constitucionalidade, o acesso é bastante restrito e pouco democrático.

No que diz respeito ao acesso pelo chamado 'controle abstrato de constitucionalidade', aquele que permite a discussão, em tese, de violação de normas constitucionais mediante propositura de ação diretamente perante o Supremo Tribunal Federal – por isso dito controle abstrato – muito embora a atual Constituição da República de 1988 (artigo 103) tenha ampliado o rol de legitimados ativos[274] em relação às cartas anteriores, dando uma falsa ou insuficiente impressão de democratização, na realidade a legitimação concentrou-se em agentes políticos estatais e órgãos públicos, reservando-se à sociedade civil – excetuada a Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos e confederações sindicais – como poderia ser o caso dos movimentos sociais, um papel de meros coadjuvantes.

A baixa densidade democrática na legitimação da propositura das ações já pode ser sentida pela exigência da chamada *pertinência temática* que dividiu os autores em *legitimados especiais* e *universais*, reservando àqueles a possibilidade de ação tão somente diante da demonstração de vinculação jurídica do tema dos seus filiados, ou seja, só estariam habilitados a 'baterem às portas' do Supremo Tribunal Federal, caso a

---

[273] Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931

[274] Nos termos do artigo 103, são legitimados ativos a propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

alegada violação constitucional mantivesse relação jurídica direta com o âmbito de atuação e esfera jurídica dos representados – aqui, excluídos os movimentos sociais.

Interessante apontarmos, no sentido de se demonstrar a baixa densidade democrática quanto ao acesso ao Supremo Tribunal Federal, que o conceito de 'entidade de classe' que talvez pudesse permitir uma interpretação que albergasse os movimentos sociais, foi objeto de jurisprudência bastante restritiva ao exigir, entre os filiados, uma ligação por vínculo econômico ou profissional, de modo que assim, por meio de tal 'filtro processual' restaram excluídos da legitimidade pela via abstrata de controle de constitucionalidade diversos grupos (movimentos) ligados por pautas de direitos difusos e coletivos como meio ambiente, direitos humanos ou demais demandas sociais[275], o que além do déficit de protagonismo no seio de uma sociedade que se quer (ou deveria) democrática vem a reforçar o caráter corporativo de uma Constituição republicana, cujo compromisso, como vimos, deveria ser a materialização dos valores e das demandas por justiça social.

Diante desse cenário, portanto, pela via do controle abstrato de constitucionalidade, os movimentos sociais ficam na dependência, para atendimento de suas legítimas demandas, da conquista da 'simpatia' e do convencimento de algum dos legitimados universais que encampassem a sua pauta e demanda após avaliação de possível repercussão na sua esfera de atuação, sem o quê, não encontram respaldo para acesso pela via direta.

Ora, o resultado final, portanto, diante da constatação de que o controle abstrato não contempla a via de acesso direto aos movimentos sociais, cuja atuação e razão de existir é reverberar demandas sociais, plurais, legítimas e que em regra ainda não foram atendidas, é que a agenda do Supremo Tribunal Federal ainda carece de uma densidade democrática mais inclusiva e efetiva, e como aponta Daniel Sarmento, "instaura-se, com isso, um constrangedor hiato entre o discurso de legitimação da jurisdição constitucional – proteção de direitos fundamentais, defesa das minorias, garantia dos pressupostos da democracia etc. – e a sua prática institucional efetiva".[276]

---

[275] SARMENTO, Daniel. Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição. In: SARMENTO, Daniel. Direito, Democracia e República: escritos e direito constitucional. Belo Horizonte:Fórum, 2018, p. 80

[276] Ibidem, p.84

Quando o Supremo Tribunal Federal recusa a abertura e possibilidade de acesso direto e pela via abstrata aos movimentos sociais, em demandas que se pautem pelo controle de constitucionalidade, fica nítida a sua permanência no modelo de interpretação positivista subsuntiva (presa ao texto) que não alcança o entendimento da Constituição da República como uma 'abertura', ela mesma, para a constituição de uma sociedade que concretize os valores que já estão nela mesma inscritos, é dizer, mantém-se tal postura naquele apontado 'encobrimento' do sentido do ser (da Constituição) que a viragem ontolinguística permitiria desvelar, deixando-se, assim, de trazer à luz o *acontecer* constitucional e permitir sua fusão com os horizontes da realidade social em que já situada, para abrir a 'clareira' e nela deixar entrar pela hermenêutica, a retirada da norma do texto constitucional que contemplasse a legitimidade dos movimentos sociais.

Importante ainda fazermos referência de que outras formas legalmente (Lei nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99) previstas poderiam canalizar, junto ao Supremo Tribunal Federal, as demandas e lutas travadas pelos movimentos sociais: *i)* a figura do ***amicus curiae*** (amigo da corte) e *ii)* as ***audiências públicas***, estando, a propósito, também muito próximas da proposta de 'sociedade aberta dos intérpretes da Constituição' de Peter Häberle,[277] como já analisamos em capítulos anteriores.

De fato, tanto a previsão de um 'amigo da corte' como a realização de 'audiências públicas', estas de forma antecedente ao julgamento de ações constitucionais, parecem ampliar a possibilidade de participação de outros grupos da sociedade civil, como seriam os movimentos sociais, imprimindo uma maior densidade ao processo democrático no âmbito da jurisdição constitucional.

Todavia, na análise e investigação da realidade da agenda e julgamentos do Supremo Tribunal Federal parecem não confirmar, mais uma vez, a efetiva contribuição dos dois institutos na consolidação do processo democrático da sua jurisdição, sobretudo nos casos envolvendo os movimentos sociais.

---

[277] O pensamento de Peter Häberle serviu de inspiração à edição da Lei nº 9.868/99, na mesma época em que o Ministro Gilmar Mendes pela primeira vez traduziu a obra do autor alemão para o Brasil, sendo também responsável pela elaboração da primeira minuta do anteprojeto de lei. (LEITE, C.L.N.S. Os Diálogos Sociais no STF: as audiências públicas, o *amicus curiae* e a democratização da jurisdição constitucional brasileira. (Dissertação de Mestrado). PPGD Universidade do Estado do Rio de Janeiro/RJ, 2014, p. 23

O *amicus curiae* não é parte processual, não integra a demanda da ação constitucional e funciona como um *terceiro especial* que é ouvido com o objetivo de trazer questões técnicas, pontuais, e conferir um caráter mais plural ao julgamento das ações, na medida em que, além de dar subsídios técnicos (não jurídicos) às questões colocadas também daria uma nova dimensão participativa aos julgamentos.

Porém, pesquisas e análises empíricas já realizadas no entorno da participação do *amicus curiae* demonstraram que os votos-julgadores já vinham prontos e redigidos antes mesmo da exposição oral, somada ainda ao amplo poder discricionário do Relator o julgamento, que pode aceitar ou recusar a participação do *amicus curiae* segundo suas predileções pessoais, fazendo com que setores da sociedade civil sejam melhores representados que outros, como aconteceu, por exemplo, no julgamento da ADPF nº 54 que julgou a interrupção da gravidez em casos de fetos anencefálicos, em que o Ministro Marco Aurélio Mello negou ingresso a todas as entidades que requereram ingresso.[278]

Já no caso das 'audiências públicas', previstas para permitir que o Supremo Tribunal Federal tivesse acesso a respostas e debates sobre questões técnicas, além de dar ouvidos a segmentos interessados nas ações em tramitação, a finalidade seria permitir o contato dos julgadores com novas formas de interpretação sobre as questões judicialmente colocadas - mais uma vez, numa clara referência à sociedade aberta dos intérpretes da constituição (Peter Häberle) - porém na prática, observou-se um esvaziamento do seu potencial democrático: a uma, porque verificou-se uma baixa presença e participação dos demais ministros (excetuado o Relator), e a duas, porque a ampla discricionariedade na admissão e dos segmentos envolvidos, acabou limitando a participação de diversas entidades e movimentos representativos.[279]

Embora a legislação tenha então criado mecanismos efetivos, modernos e insinuaram uma abertura democrática no acesso à jurisdição constitucional, o que inevitavelmente incluiria os diversos movimentos sociais, na prática, contudo, a realidade ficou aquém das possibilidades e expectativas geradas, havendo mesmo quem tenha

---

[278] Ibidem, p. 186

[279] Ora, foi o que se verificou no julgamento da ADI nº 3510 sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e o debate das células-tronco, ocasião em que o relator, Ministro Ayres Britto, limitou a participação às instituições de natureza científica, negando ingresso a entidades de confissão religiosa. GUIMARÃES, A.L.N. Participação Social no Controle de Constitucionalidade. Op. cit., p. 125-127.

nominado a situação como *mito da jurisdição democrática*[280], porquanto a ampliação do rol dos legitimados (controle abstrato) e a previsão das *audiências públicas* e da figura do *amicus curiae* não conseguiram resistir e superar ao velho ideário formal herdado da matriz positivista, mantendo-se ainda fechado para a 'clareira do acontecer constitucional' que viabilize a concretização, como quer a Teoria Crítica e sua dialética da participação, envolvendo os movimentos sociais, o que não quer dizer, entretanto, que a permanência dos novos atores sociais numa cena ainda em construção pelo paradigma da viragem linguística já não represente enorme vitória no alvorecer do século XXI.

[280] FREIRE, Alonso. Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direito?". In: SARMENTO, Daniel (coord.). Jurisdição Constitucional e Política. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 624

6. Conclusão

O Estado democrático de direito não é uma figura político-jurídica a preencher cartas constitucionais e seguir, *en passant*, a marcha histórica do processo civilizatório contemporâneo como uma eterna promessa a ser realizada num horizonte futuro que está sempre a esperar, sempre a depender de um porvir que já não se situa no tempo presente.

Vimos na primeira deste trabalho que o 'tempo histórico' é já também o nosso presente, e a consciência histórica se dá sempre na vida atual, pois só ela é capaz de nos dar o instrumental necessário para fazermos a ligação pela hermenêutica, que é sempre vida, sempre existência, com o descortinar dos novos horizontes.

De uma modernidade marcada pela 'razão instrumental' iluminista, herdeira da razão cartesiana que se ancorava num 'sujeito cognoscente' apartado do seu objeto, confiante em que pelo método da geometrização tudo poderia, caímos numa encruzilhada positivista que via no mundo (enquanto teoria da história) e na norma (enquanto teoria do direito) nada mais que uma possibilidade de investigação fria, mecanicista e especular de uma realidade que se mostra muito distante das promessas que foram feitas por essa mesma cultura epistemológica. É dizer, a emancipação do homem não veio, ao contrário, viu-se ele enredado num manancial de tecnicismo que mais contribuiu para torná-lo mero objeto da cultura e das possibilidades do 'mundo da vida', como diz Habermas, do que um construtor ativo de mundos e de condições de emancipação.

No âmbito do Direito foi necessária a 'viragem linguística', entendida, como vimos, como a invasão profunda da filosofia pela linguagem, para escaparmos daquele paradigma cartesiano e vermos na existência mesma, no *dasein (ser-aí)* heideggeriano a possibilidade de uma abertura para o mundo e para o conhecimento a partir da facticidade, ou seja, do homem como *ser-no-mundo* , o que possibilitou, por sua vez, que Hans-Georg Gadamer nos permitisse enxergar a hermenêutica como uma proposta existencial e universal, unindo as possibilidades por meio da sua 'fusão de horizontes' que, no Direito, emancipou o intérprete no ato de interpretação, ao recusar o dogmatismo de matriz positivista, para permitir o (des)velar o *ser* (norma) do *ente* (texto).

Deste modo, o paradigma da *viragem linguística*, superando o esquema ‘sujeito-objeto’, nos dá uma hermenêutica concretizadora, ontológica, abrindo flanco para uma recepção material para a norma, agora não mais distanciada dos fatos, e é justamente aqui que poderemos vislumbrar as condições mínimas para a resistência, por exemplo, por uma interpretação constitutiva das aspirações, anseios e necessidades dos mais diversos grupos e atores sociais, democraticamente instalados no processo civilizatório, a título exemplificativo, pelos movimentos sociais e demais atores coletivos (os novos sujeitos históricos).

A revolução é profunda, porque vimos que a ‘nova hermenêutica’ dessa maneira, abre possibilidades infinitas de enfrentamento da interpretação jurídica porque não se distancia do sujeito que interpreta e ainda permite no ato de interpretar - que agora é um ‘existencial’ que já traz consigo a ‘compreensão’, a tradição, o conjunto de valores e de mundo do intérprete - seja também elemento a permitir a busca da norma numa atividade que deixa der simplesmente reprodutiva (estandardizada) para ser criativa a partir de um intérprete que na sua ‘circularidade hermenêutica’ não mais parte de um grau zero de intepretação, mas como faz sua ‘fusão de horizontes’ a partir de uma dada situação hermenêutica em que está *desde-já-sempre* pode ampliar as condições emancipatórias pelo direito.

E é por isso, portanto, que podemos inferir que as propostas da Teoria Crítica do Direito e do pluralismo jurídico, essencialmente marcadas pela ‘fuga’ da norma em abstrato, pela recusa em aceitar um ‘esquadro’ formal que contivesse toda a vida, são essencialmente emancipatórias, tal como a universalidade da hermenêutica, porque permitem a construção permanente de diálogos (como no jogo de perguntas e respostas de Gadamer) com várias outras fontes, além das possibilidades de racionalizar a vida e suas demandas, o que é, em última análise, a proposta estruturante do Estado democrático de direito: servir a vida e às suas demandas, atender aos ideais e anseios de justiça material e as condições de pleno desenvolvimento da pessoa humana, mas que não cabem mais no idealismo kantiano ou na busca da verdade na ‘coisa mesma’.

Nessa quadra da história da ‘nova hermenêutica’ as possibilidades, como dizíamos, são inesgotáveis, porquanto vimos neste trabalho que a linguagem agora é constitutiva de conhecimento, uma vez que os sentidos passam a ocorrer a partir dela, e

isso nos dá uma dimensão muito mais ampla da finitude, porque ela fez recuperar a centralidade do *dasein* (ser-aí) como *ser-no-mundo.*

Compreendendo essa revolução empreendida pela 'viragem linguística' no âmbito do constitucionalismo e na forma como enxergamos a Constituição da República, oriunda do pacto fundante do Estado, nossa 'fusão de horizontes' e a busca do sentido do *ser* de seus postulados, nos permitem ampliar o seu campo de alcance para resgatar (o ser do ente) alternativas e possibilidades de concretude às exigências e demandas sociais, no justo entendimento de que se trata de documento (a Constituição) eminentemente emancipatório – como quer a Teoria Crítica – daí retirarmos dela toda e legítima forma instrumental de resistência.

Assim, o direito de resistência, numa abordagem existencial e linguística do texto constitucional, na forma como vimos, nos permite encontrar sua legitimidade e possibilidade, ainda que não conste formal e expressamente, de todas as formas de resistência – quer seja pelo conteúdo dos seus postulados e fundamentos explícitos, como a *cidadania* e a *dignidade da pessoa humana,* uma vez que o pacto constituinte foi além da visão liberal-burguesa de uma igualdade meramente formal, para inaugurar condições de reconhecimento de formas variadas de lhe dar substância e concretude sociais, ou ainda pela abertura do § 2º do artigo 5º, que enquanto direito fundamental constitui-se em cláusula aberta.

Dentre essas formas, a hermenêutica constitucional já imersa na filosofia da linguagem, é o instrumento fenomenológico necessário a resgatar o sentido emancipatório que marca o Estado democrático de direito – porque promove o amálgama entre liberdade, igualdade e justiça social – ao mesmo tempo em que autoriza formas outras de reconhecimento de juridicidade e atores sociais, como é o casos dos 'movimentos sociais' na medida mesma em que se revelam portadores (de modo organizado) das demandas ainda não cumpridas da chamada *modernidade tardia*, a despeito da 'resistência', por via invertida, dos protagonistas da palavra final constitucional (Cortes superiores e agentes públicos) incumbidos do acontecer constitucional, sendo ainda insuficientes as estratégias e propostas surgidas na Lei 9.868/98 no âmbito de controle de constitucionalidade e as formas de participação da sociedade civil, a exemplo das audiências públicas, porquanto ainda não assimiladas em

sua totalidade pelos próprios membros do Supremo Tribunal Federal, situação análoga à figura do *amicus curiae,* ambas esvaziadas pela prática adotada e amplamente discricionária tanto na escolha dos atores, como no seu funcionamento.

Desse modo, não mais uma simples ‘metodologia’, mas a hermenêutica filosófica, porque essencialmente existencial, é ao mesmo tempo o caminho para a compreensão e possibilidade de resgatar, de modo legítimo, todas as formas de resistência, sendo, aliás, ela própria, hermenêutica, autêntica forma de resistência ao engessamento de um modelo estatal que ainda resiste em permitir o pleno desenvolvimento humano pela via constitucional e abrandar, senão eliminar, aquele estado de ‘tempos sombrios’ que acusamos no início do presente trabalho. Resistir é já emancipar-se!

Referências

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)**. São Paulo: Saraiva, 1996

APEL, Karl-Otto. **Transformação da Filosofia I: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica.** Tradução Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Tradução Roberto Raposo. 10º edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002

ARRUDA JR, Edmundo de Lima. **Direito Alternativo. Notas sobre as condições de possibilidade**. São Paulo: Acadêmica, 1991

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2º edição. Coimbra, Almedina, 1995

BAUMAN, Zygmut: **O Mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998

BARROS, J. D'Assunção. **Teoria da História: Acordes historiográficos: uma nova proposta para a Teoria da História.** 3º edição. Volume IV. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2014

_____. **Teoria da História: os paradigmas revolucionários**. Volume III. 3º edição. Petrópolis/RJ:Vozes, 2013

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Edipro, 5º edição, 2014

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 10º edição. São Paulo: Malheiros, 1996

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 9º ed., São Paulo: Renovar, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3º edição. São Paulo: Saraiva, 2011

BORGES, Guilherme Roman. **Filosofia e teoria do direito: breves apontamentos**. Curitiba: IFDDH, 2016

BOUCHER, Geoff. **Marxismo.** Tradução de Noéli Correia de Melo Sobrinho. Petrópolis: Editora Vozes, 2015.

BRITO, Evandro Oliveira de. Consciência histórica e hermenêutica: considerações de Gadamer acerca da teoria da história de Dilthey. **Revista Trans/Form/Ação [online**]. São Paulo, nº2, volume 28

BUZANELLO, José Carlos. **Direito de Resistência Constitucional.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7º edição. Coimbra:Almedina, 2003

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. Estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia** (Tese de Doutorado). PPGD USP, São Paulo, 2012, 134 páginas

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 9º edição. São Paulo: Ática, 1997

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos.** São Paulo: Acadêmica, 1998

_____.**Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito).** São Paulo:Acadêmica, 1993

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3º edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

_____. **Aulas de Introdução ao Direito**. São Paulo: Manole, 2004

_____. **Saudade do Futuro**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2007

_____. **A Fumaça do bom direito: ensaio de filosofia e teoria do direito**. 1º edição. Curitiba: Bonijuris, 2011

COSTA, Nelson Nery. **Teoria e realidade da desobediência civil**. 2º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000

COSTA, Pietro. **Soberania, representação e democracia:** ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. (Biblioteca de História do Direito).

CORREIA, Alexandre. **Ensaios políticos e filosóficos**. São Paulo: Editora da USP, 1994

DESCARTES, RENÉ. **Discurso do Método. As paixões da alma. Meditações**. Tradução. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p.49 e seguintes (Coleção Os Pensadores).

DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**. Tradução E. Alves, J. Clasen e L. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica.** São Paulo: Malheiros, 2004

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2º edição. São Paulo: Saraiva, 1997

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, dominação, decisão**. 2º edição. São Paulo: Atlas, 1996

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva: 2009.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito.** 1º edição. Curitiba: Juruá, 2009.

FREIRE, Alonso. **Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direito?".** In: SARMENTO, Daniel (coord.). Jurisdição Constitucional e Política. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 591-640

FREITAG, Bárbara**. A Teoria Crítica: ontem e hoje.** 4. edição. São Paulo:Brasiliense, 1986

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. **Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 9º edição. Petrópolis: Vozes, 2008

_____.**Verdade e Método II: complementos e índice**. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002

_____.**O problema da consciência histórica**. Tradução: Paulo Cesar Duque Estrada. 3º edição. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

GUIMARÃES, Aline Lisbôa Naves. **Participação Social no Controle de Constitucionalidade: o desvelamento da restrição nas decisões do Supremo Tribunal Federal.** Dissertação de Mestrado. PPGD Universidade de Brasília, 2009, 160 páginas

GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. **História essencial da filosofia**. Volume 4. São Paulo: Universo dos Livros, 2010

_____.**A aventura da Filosofia: De Heidegger a Danto**. São Paulo: Manole, 2011

GOHN. Maria da Glória. **Manifestações e Protestos no Brasil: correntes e contracorrentes na atualidade**. São Paulo: Cortez, 2017

_____. **Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais.** Petrópolis: Vozes, 2003

_____.**Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos**. São Paulo: Edições Loyola, 1997

GRUBA, Leilane Serratine. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **O tridimensionalismo de Reale e a cientificidade do Direito.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), Unisinos,volume 5, pp-48-64, jan-jun 2013)

HUPFFER, Maria Haide. **Ensino Jurídico: um novo caminho a partir da Hermenêutica Filosófica.** Viamão: Entremeios editora. 2008

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico:** estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____.**Mudança estrutural da esfera pública**. Tradução Denilson Luís Werle. 1º edição. São Paulo: Editora Unesp, 2014

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição:contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.** Porto Alegre: Fabris, 1997, p.13.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**: Síntese de um milênio. Coimbra:Almedina, 2012

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: SAFE, 1991

HUSSERL, Edmund. **Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia**. Tradução de Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001

HEIDEGGER, Martin. **O retorno ao fundamento da metafísica**. In Heidegger, Martin. Conferências e Escritos filosóficos. Tradução Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Coleção Os pensadores)

_____. **Ser e Tempo**. Parte I. Tradução Márcia Cavalcante. 10º edição. Petrópolis: Vozes, 2015

HUSSERL, Edmund. **Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia**. Tradução de Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do direito e do estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 3º edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998

KRELL, Andreas Joachim. **A hermenêutica ontológica de Martin Heidegger, o seu uso da linguagem e sua importância para a área jurídica**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, nº 113. pp. 101-147. jul./dez.2016, p. 109

KONDER, Leandro. **A questão da ideologia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002

KOSELLECK, R. **Uma História dos Conceitos: problemas teóricos e práticos**. Estudos Históricos. Rio de Janeiro, vol.5, n.10, 1992

KHUN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 5º edição. São Paulo: Perspectiva, 2000

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6º edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões.L.N.S. **Os Diálogos Sociais no STF: as audiências públicas, o amicus curiae e a democratização da jurisdição constitucional brasileira**. (Dissertação de Mestrado). PPGD Universidade do Estado do Rio de Janeiro/RJ, 2014, 229p

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Instituto Brasileiro de Difusão Cultural S/A, 1963

LUDWIG, Celso. **A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir de Enrique Dussel**. Curitiba, 1995, Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, UFPR.

_____. **Para uma filosofia jurídica da libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**: Florianópolis: Conceito Editorial, 2006

MARRAFON, **Hermenêutica e Sistema Constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Florianópolis: Habitus, 2008

MARÍAS, Julián. **História da Filosofia**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2004

Monteiro, Maurício Gil. **O Direito de Resistência na Ordem Jurídica Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

MÜLLER, Friedrich. **Direito, Linguagem e Violência: Elementos de uma Teoria Constitucional.** Tradução Peter Naumann. Porto Alegre:Fabris, 1995

_____. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

NOBRE, Marcos. TERRA, Ricardo. **Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas**(org). São Paulo: Malheiros, 2008

NEVES, Antonio Castanheira. **Questão-de-fato-questão-de-Direito ou O problema método-lógico da juridicidade**. Coimbra: Almedina, 1967

NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre a utilidade e desvantagem da história para a vida**. 1º edição. Tradução André Itaparica. São Paulo: Hedra, 2007

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Piseta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997

REGO, Pedro Costa. Kant: **A revolução copernicana na filosofia**. *In*: FIGUEIREDO, Vinícius de (Org).Seis Filósofos na sala de aula. São Paulo: Berlendis&Vertecchia Editores, 2006

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002

ROSA, Alexandre Morais da. TRINDADE, André Karam. TASSINARI, Clarissa. TOSTES DOS SANTOS, Márcio Gil. OLIVEIRA, Rafael Tomaz (organizadores). **Hermenêutica,**

Constituição, Decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016,

SAFRANSKI, Rüdiger. **Nietzsche: Biografia de uma tragédia**. Tradução Lya Luft. São Paulo: Geração editorial, 2001

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 3º edição. Rio de Janeiro: Graal, 2000

_____.**Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. 14º edição. São Paulo, Cortez, 2013

_____. **Demodiversidade: imaginar novas possibilidades democráticas**. (Organizador). 1º edição. Belo Horizonte: Autêntica, 2018

_____.**O discurso e o poder: Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1988

_____. **O Estado e o Direito na Transição Pós-moderna**, Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 30, junho 1990. Coimbra

SARMENTO, Daniel. **Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição**. In: SARMENTO, Daniel. Direito, Democracia e República: escritos e direito constitucional. Belo Horizonte:Fórum, 2018, pp 79-90

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. 1º edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2º edição. 2004

_____.**Diferença e Metafísica: ensaios sobre a desconstrução**. Porto Alegre:EDIPUCRS, 2000.

STEIN, Ernildo; STRECK, Lênio (Organizadores). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade de Método.** 2º edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____.**A caminho de uma fundamentação pós-metafísica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997

_____.**Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. (Coleção Filosofia, nº 40).

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 10º edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

_____. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) Constitucionalismo. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica; Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado/São Leopoldo: Edunisinos, 2005

_____**.Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito.** 2º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004

_____. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD**). Volume I. Unisinos. janeiro-junho 2009

STRECK, Lenio Luiz. **Da Interpretação de textos à concretização de direitos; A incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica entre Texto e Norma.** In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** – Mestrado e Doutorado 2005, volume 2. página 26

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 6º edição. Lumen Juris, 2012

SÓFOCLES. **Antígona.** Porto Alegre: L&PM, 1999.

SOUZA JUNIOR, José Geraldo de. **Movimentos Sociais - emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito**. In: ARRUDA Jr., Edmundo Lima de (org.). Lições de Direito Alternativo. Vol. 1. São Paulo: Acadêmica, 1991

TAVARES, Geovani de Oliveira. **Desobediência Civil e Direito de Resistência política**. Dissertação apresentada à Coordenação do Mestrado em Direito da UFCE: mimeo, 1999

_____. '**O direito fundamental de resistência do movimento dos sem terra**". Dos direitos humanos aos direitos fundamentais. Organizado por Willis Santiago Guerra Filho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997

THOREAU, Henry David. **A Desobediência Civil.** Tradução de Sergio Karam. Porto Alegre: L&PM Editores, 1997 (reimpressão 2007)

WOLKMER, Antonio Carlos. **Contribuição para o projeto de juridicidade alternativa**. *In* ARRUDA JR, Edmundo de Lima (Org).Direito Alternativo. Notas sobre as condições de possibilidade. São Paulo: Acadêmica, 1991

_____. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 3º. edição. São Paulo:Saraiva, 2001

_____. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito.** 5. edição. São Paulo: Saraiva, 2015

A474h Alves, Jackson Roberto Morais
Hermenêutica constitucional e direito de resistência: da filosofia da linguagem ao surgimento dos novos atores no processo democrático / Jackson Roberto Morais Alves. - Curitiba, 2020.
171 f.

Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Internacional UNINTER.

1. Hermenêutica (Direito). 2. Direito constitucional. 3. Linguagem e línguas - Filosofia. 4. Movimentos sociais - Brasil. I. Título.

CDD 340

Catalogação na fonte: Vanda Fattori Dias - CRB-9/547

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL – UNINTER

PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO

JACKSON ROBERTO MORAIS ALVES

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E DIREITO DE RESISTÊNCIA:
Da Filosofia da Linguagem ao surgimento dos novos atores no processo democrático

CURITIBA

2020

JACKSON ROBERTO MORAIS ALVES

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E DIREITO DE RESISTÊNCIA:
Da Filosofia da Linguagem ao surgimento dos novos atores no processo democrático

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Do Centro Universitário Internacional – UNINTER, como requisito parcial à obtenção do título de **Mestre em Direito**.

Linha de Pesquisa: Teoria e História da Jurisdição

Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig

CURITIBA

2020

POEMA EM LINHA RETA

Fernando Pessoa

Nunca conheci quem tivesse levado porrada.
Todos os meus conhecidos têm sido campeões em tudo.

E eu, tantas vezes reles, tantas vezes porco, tantas vezes vil,
Eu tantas vezes irrespondivelmente parasita,
Indesculpavelmente sujo,
Eu, que tantas vezes não tenho tido paciência para tomar banho,
Eu, que tantas vezes tenho sido ridículo, absurdo,
Que tenho enrolado os pés publicamente nos tapetes das etiquetas,
Que tenho sido grotesco, mesquinho, submisso e arrogante,
Que tenho sofrido enxovalhos e calado,
Que quando não tenho calado, tenho sido mais ridículo ainda;
Eu, que tenho sido cômico às criadas de hotel,
Eu, que tenho sentido o piscar de olhos dos moços de fretes,
Eu, que tenho feito vergonhas financeiras, pedido emprestado sem pagar,
Eu, que, quando a hora do soco surgiu, me tenho agachado
Para fora da possibilidade do soco;
Eu, que tenho sofrido a angústia das pequenas coisas ridículas,
Eu verifico que não tenho par nisto tudo neste mundo.

Toda a gente que eu conheço e que fala comigo
Nunca teve um ato ridículo, nunca sofreu enxovalho,
Nunca foi senão príncipe - todos eles príncipes - na vida...

Quem me dera ouvir de alguém a voz humana
Que confessasse não um pecado, mas uma infâmia;
Que contasse, não uma violência, mas uma cobardia!
Não, são todos o Ideal, se os oiço e me falam.
Quem há neste largo mundo que me confesse que uma vez foi vil?
Ó príncipes, meus irmãos,

Arre, estou farto de semideuses!
Onde é que há gente no mundo?

Então sou só eu que é vil e errôneo nesta terra?

Poderão as mulheres não os terem amado,
Podem ter sido traídos - mas ridículos nunca!
E eu, que tenho sido ridículo sem ter sido traído,
Como posso eu falar com os meus superiores sem titubear?
Eu, que venho sido vil, literalmente vil,
Vil no sentido mesquinho e infame da vileza.

DEDICATÓRIA

São três e apenas três as pessoas direta e afavelmente responsáveis pela empreitada a que, inadvertidamente, me expus para (in)glória daqueles que comigo caminharam, e para quem dedico as linhas que seguem:

À Sofia, a primeira flor do meu jardim;

Ao João Antônio, meu pequeno amado, a quem quis o destino, esse terrível brincalhão, viesse ao mundo no mesmo instante desse projeto, tornando-o ainda mais hercúleo, e agora, mais vitorioso.

À Vânia, musa dos meus dias, a verdadeira heroína desse trabalho, aquela em quem depositei todas as angústias, dúvidas e dificuldades, e que no entanto jamais esmoreceu, mesmo diante de minhas permanentes casmurrices.

RESUMO

O presente trabalho, ancorado na revisão bibliográfica de textos jurídicos e filosóficos pelo método crítico-discursivo, empreendeu uma pesquisa acerca da Hermenêutica como condição de abordagem do fenômeno jurídico, especialmente, no âmbito do direito constitucional, e para tanto, percorreu o seu desenvolvimento a partir dos paradigmas filosóficos da tradição clássica grega até o surgimento da chamada Filosofia da linguagem no século XX, com destaque para a chamada Hermenêutica filosófica-existencial de Martin Heidegger e sua categoria do *dasein* e Hans-Georg Gadamer naquilo a que se denominou 'viragem linguística' e sua repercussão na interpretação jurídica como alternativa (e combate) ao desgastado positivismo de matriz normativista, abrindo, desse modo, uma clareira de superação daquela tradição ainda fincada no esquema da separação sujeito-objeto que predomina no discurso e práxis jurídica contemporânea. Assim, uma vez pensando a interpretação constitucional através da chamada 'força normativa do fático', resultado da *viragem linguística*, foi possível encontrar seu ponto de contato com o pluralismo jurídico e a alternatividade jurídica, sobretudo pela Teoria Crítica do Direito e sua 'dialética da participação', haja vista que ambas possuem uma epistemologia alheia ao rigor lógico-formal-abstrato que caracteriza tanto o positivismo quanto do monismo jurídico, para daí encontrar as condições de fundamentação do instituto do *direito de resistência* na própria ordem constitucional, jurídica, portanto, como mecanismo de reação aos desvios democráticos do estado contemporâneo, ao mesmo tempo em que abre flanco para a legitimação dos movimentos sociais, no trabalho, chamados 'novos movimentos sociais', como atores e protagonistas na formação e desenvolvimento do Estado democrático de direito e de luta pelas promessas não cumpridas da modernidade iluminista.

Palavras-chave: hermenêutica; filosofia da linguagem; direito constitucional; direito de resistência; movimentos sociais.

ABSTRACT

The present work, anchored in the bibliographic review of legal and philosophical texts by the critical-discursive method, undertook a research about Hermeneutics as a condition for addressing the legal phenomenon, especially, within the scope of constitutional law, and for that, it went through its development at from the philosophical paradigms of the classical Greek tradition to the emergence of the so-called Philosophy of language in the 20th century, with emphasis on the so-called philosophical-existential Hermeneutics of Martin Heidegger and his category of dasein and Hans-Georg Gadamer in what has been called 'linguistic turn' 'and its repercussion in legal interpretation as an alternative (and combat) to the worn-out positivism of a normativist matrix, thus opening a clearing to overcome that tradition still embedded in the scheme of subject-object separation that predominates in contemporary legal practice and discourse. Thus, once thinking about the constitutional interpretation through the so-called 'normative force of the factual', the result of the linguistic turn, it was possible to find its point of contact with legal pluralism and legal alternation, especially through the Critical Theory of Law and its 'dialectic of law'. participation ', given that both have an epistemology alien to the logical-formal-abstract rigor that characterizes both positivism and legal monism, to find the conditions for the foundation of the institute of the right of resistance in the constitutional, juridical order, therefore, as a reaction mechanism to the democratic deviations of the contemporary state, at the same time that it opens the flank for the legitimation of social movements, at work, called 'new social movements', as actors and protagonists in the formation and development of the democratic rule of law and of struggle for the broken promises of modern illuminister.

Keywords: hermeneutics; philosophy of language; constitutional right; resistance; social movements

SUMÁRIO

Introdução.....7

Parte Primeira: TEORIA DA HISTÓRIA E MODERNIDADE

1. A Teoria da História e a Modernidade.....10

1.1 Do positivismo e historicismo à Hermenêutica.....11

1.2 O paradigma do Ser.....14

1.3 O paradigma da consciência (ou do sujeito): De Descartes a Kant.....16

2. A Filosofia pela linguagem: a Hermenêutica antes e a partir da 'viragem linguística' – Heidegger e a facticidade fenomenológica.....26

2.1 Hermenêutica e a busca pela natureza do entendimento. Os antecedentes clássicos: Wilhelm Dilthey e Friedrich Schleiermacher.....37

2.2 Da filosofia hermenêutica à hermenêutica filosófica: de método à compreensão fenomenológica.....40

2.2.1 O salto da hermenêutica ao horizonte filosófico: a hermenêutica como coisa de Gadamer.....48

2.2.1.1 O 'círculo hermenêutico' e a problematicidade dos 'preconceitos' como vício da Aufklärung.....50

Parte Segunda: TEORIA DO DIREITO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

3. Hermenêutica constitucional e o impacto da 'virada linguística'.....61

3.1 Interpretar é preciso, viver não é preciso: A Hermenêutica como possibilidade de Resistência Constitucional.....63

3.1.1 A matriz normativo-positivista: ainda enredada na Filosofia da Consciência.....63

3.2. O novo constitucionalismo.....69

3.2.1 A hermenêutica como Resistência emancipatória.....73

3.2.2 Regras especiais de interpretação constitucional.....81

4. Da Teoria Crítica ao Pluralismo jurídico.....83

4.1 A Teoria Crítica do Direito.....83

4.2 Pluralismo jurídico: A proposta emancipatória como condição democrática.....88

4.3 A crítica ao positivismo pela via da alternatividade: Condições do Direito alternativo.92

4.3.1 A dialética da participação: método do pensamento crítico.....96
5. O Direito de Resistência.....99
5.1 Dos Fundamentos ético-jurídicos do Direito de Resistência.....107
5.2 Formas de resistência:.....112
5.2.1 Desobediência civil e Revolução: algumas palavras.....112
5.2.2 A Resistência na ordem jurídico-constitucional: O caminho pela hermenêutica.....117
5.2.3 Os movimentos sociais como elementos de resistência e alternatividade.....125
5.2.4 Movimentos Sociais: (ainda) algumas palavras 127
5.2.5 Da influência e a matriz teórica dos Novos Movimentos Sociais.....133
5.2.6 Os Novos Movimentos Sociais e a realidade constitucional brasileira.....136
5.3 Resistência e Jurisdição Constitucional: Das condições (e dificuldade) de acesso dos Movimentos Sociais ao Supremo Tribunal Federal.....146
Conclusão.....153
Referências.....157

Introdução

Tempos sombrios não são aqueles de violência explícita que reinam no cotidiano da vida genuína (ou vida nua) nem tampouco a violência simbólica (Pierre Bordieu)[1] que perpassa no 'mundo da vida'[2], para usarmos a saída fenomenológica de Edmund Husserl, em que as comunicações se dão de forma genuína, porém inocentes. Talvez, a violência mesma, representada naquela força que nos escapa do controle consciente, esteja na incapacidade de sentirmos o mundo e interpretá-lo a partir das experiências mais comezinhas, levantando-se nos escombros daquilo que nos toca mais intimamente, a vida pulsante, sôfrega e efêmera no seu 'eterno de cada instante', e em que a compreensão deixa de se fazer sensível para buscar o seu fundamento (e razão) nas idealizações abstratas produzidas por uma consciência que ao fim se revela, por isso mesmo, mera estrutura arquetípica incapaz de promover a transformação que ao fim e ao cabo viria de qualquer forma, tal qual uma danação da qual não se pode escapar, e é então nesse 'aprisionamento', porque paralisante, que habitaria a violência dos tempos sombrios.

Às estruturas abstratas de refletir 'aquilo que se mostra' (fenomenológicas), incapazes de ocasionar a emancipação em tempos de perda de identidade, é que se opõe a interpretação da vida mesma, restabelecendo o 'fio de ariadne' perdido com a tradição, outrora mutilada pela razão iluminista, para situarmos a compreensão da vida e das suas estruturas no ambiente da realidade empírica, num (re)encontro com os conceitos da tradição e na fusão dos horizontes próprios da *hermenêutica da facticidade (Heidegger)*, em que pensar, compreender, interpretar e aplicar não mais assumiriam lugares estanques e separados, mas antes, formariam um só eixo hermenêutico-filosófico, que então de simples método, avançaria, pela Filosofia da Linguagem, a um existencialismo fenomenológico enraizado no 'paradigma da vida concreta', condição

[1] O sociológico francês cunhou a expressão para designar formas não explícitas de violência sobre o corpo físico, sendo uma expressão de exercício do poder simbólico, mas que estão permanentes e onipresentes nas mais diversas formas de relações sociais. (BORDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: DIFEL, 1989, p. 46)

[2] HUSSERL, Edmund. Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia. Tradução de Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001, p.14

singular para a (tentativa) de emancipação pelo Direito dado o seu caráter de fenômeno social e cultural que nos encharca a existência.

Ora, se o Direito é fenômeno social incrustado em nossa *facticidade*, a hermenêutica é condição inescapável de seu acontecimento, razão pela qual - e aqui esperamos já tenha ficado mais que insinuado - nossa opção no trabalho que segue é esboçar reflexão acerca da necessidade de interpretação constitucional, dado o desenho jurídico-político dos estados contemporâneos com a primazia do texto fundamental, a um só tempo, como elemento de resistência frente às condições distópicas do momento atual, pensando, aqui, meramente em termos de aplicação constitucional, e ainda, a partir da hermenêutica no contexto da chamada 'viragem ontolinguística[3]', como condição de superação da matriz epistemológica do positivismo jurídico.

A construção dessa tentativa de reflexão far-se-á a partir de dois eixos epistêmicos: a virada linguística promovida pela superação da filosofia da consciência e seu esquema sujeito-objeto (de tipo formal e abstrato) pela filosofia da linguagem, e nesta, pela aventura hermenêutica da facticidade (Heidegger) e o pensamento de Hans-Georg Gadamer a partir de suas ideias-chave como 'fusão de horizontes', 'círculo hermenêutico', 'pré-conceitos autênticos' e 'história efeitual', já no âmbito da razão hermenêutica própria da filosofia da linguagem.

Essa alienação se mostra ainda persistente em razão do sintoma do paradigma positivista, em especial, aquele de tipo normativo-kelseniano, e uma vez também impregnado na leitura constitucional, cristaliza juízos estabelecidos e 'pré-conceitos' errôneos (inautênticos) que fazem do 'devir constitucional' uma eterna promessa de regulação e transformação da sociedade por meio dos valores e objetivos que lá estão, impressos e explicitados, mas nunca acontecida, porque ainda confiante no modelo de subsunção dos fatos à norma, como se aqueles pudessem eternamente se adequar a juízos normativos formados 'a priori' e assim dar vazão às irrupções torrenciais e à complexidade das transformações e exigências da modernidade tardia, por isso a

[3] Ou simplesmente, "viragem linguística" é expressão que representa a passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, em que a linguagem deixa de ser simples 'ponte de comunicação 'ou 'terceira coisa' interposta entre entre sujeito cognoscente e objeto a ser conhecido, para ser ela mesma condição de possibilidade de conhecimento. É, pois, um momento de profunda invasão da filosofia pela linguagem. STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10º edição. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2011, p. 347

necessidade inadiável de resistência, por isso mesmo, o compromisso imperativo do ‘acontecer constitucional’ pela exigência da hermenêutica, mais que afirmação da vida, já que ela mesma é também interpretação.

Uma vez aberta a ‘clareira’ pelo acontecer hermenêutico, agora elevado à condição de ‘arte do entendimento humano’, a interpretação da Constituição, em sua gênese, texto político e aglutinador da vontade fundante do Estado Social de Direito (aqui falamos já na tradição da Constituição de 1988) é que o ‘acontecer constitucional’ se mostra possível, sendo já possibilidade daquela emancipação sonhada pelas ‘luzes oitocentistas’ e a libertação daquelas ‘vozes silenciadas’ pela tradição liberal-burguesa reinante na esfera jurídica e acobertada pelo véu do positivismo normativista.

É claro que esse ‘átomo em potência’ (à maneira aristotélica) não se faz sem um percurso e método que sejam inteiramente compatíveis com a ‘vontade de constituição’ e sua pretensão emancipatória, exigências que encontram sólido apoio na epistemologia avassaladora da ‘Teoria Crítica do Direito’ e sua ‘dialética da participação’, e que por sua vez, mãos dadas com as categorias que lhe são próprias (ideologia, práxis e alienação) irão propiciar o diálogo com novos atores personificados nos ‘movimentos coletivos e sociais’ e de tal maneira que essa construção (ato) é ela mesma a raiz de um estatuto jurídico do ‘direito de resistência’ (potência) fulgurando no horizonte sempre dinâmico e fértil das exigências sociais da vida.

Essa abertura existencial inundando o processo de interpretação do jurídico, portanto, é antes uma possibilidade de influência no Direito, sobretudo no campo das hermenêuticas, apto a possibilitar uma abertura semântica do texto constitucional para dele se extrair os fundamentos, respeitada a juridicidade do Estado democrático de direito, de reconhecimento do direito de resistência contra o arbítrio direto das instâncias públicas, ou mesmo indireto representado pela ausência (e insuficiência) de adoção dos mecanismos necessários ao reconhecimento de novos atores sociais, já no âmbito de uma visão pluralista do fenômeno jurídico, em especial, pela legitimação aos *movimentos sociais* como protagonistas desse processo, sem o qual, não há de se falar em democracia.

PARTE PRIMEIRA: Teoria da História e Modernidade

1. A Teoria da História e Modernidade

Pensar os fenômenos da cotidianidade é já se colocar num momento histórico, se aceitar conhecida definição de que 'toda história é história contemporânea'. Ousamos entender essa ideia como uma inundação de história de forma permanente, como um acontecer sempre ininterrupto, como uma hipótese também sempre em aberto (devir histórico) e a Teoria da história ocupa essa posição de pensar e voltar-se sobre si mesma, criando as condições de possibilidade da sua compreensão, dos seus limites, da sua epistemologia, em suma, a sua meta-história.

Enquanto Teoria Social é fenômeno moderno, ancorada em trabalhos, de início, de roupagem positivista, ancorada numa abordagem – filha do século XIX – que se bastava com a separação radical entre sujeito e objeto, tão ao modo, assim, da herança cartesiana, ainda que valiosas contribuições tenham se desenvolvido na elaboração de teorias posteriores que promoveram uma 'viragem' de perspectivas para ampliar o seu objeto de captação de fenômenos dignos da consideração histórica, como é notável a perspectiva de 'totalidade' do materialismo histórico e no século XX, a 'história total' da Escola de Annales, muito embora esse trabalho se orientará por abordagens outras, não contínuas e que apostaram, Nietzsche e Gadamer à frente, numa perspectiva mais artística que científica, em relação ao primeiro, e hermenêutica, envolta numa 'consciência histórica' (ou historicidade) em relação ao segundo.

A Modernidade marcada pela 'razão instrumental' iluminista, pela sua geometrização de todas as possibilidades epistêmicas, herdeira do cientificismo cartesiano dos séculos XVI e XVII moldou todo um universo de um mundo 'desencantado', num mundo prefigurado numa busca consciente num alvorecer marcado pelo triunfo da razão entronizada, confortavelmente, no alto de todo e qualquer horizonte possível. A História, nesse processo, já tinha chegado ao seu fim último, mesmo muito antes de sua condenação já em período mais recente, eis a herança iluminista: 'tudo com a razão, nada fora da razão'.

1.1 Do Positivismo à Hermenêutica

A presente pesquisa está inserida numa análise de abordagem hermenêutica que mantém algo de revolucionário, na medida em que representa uma ruptura com a 'tradição interpretativa-clássica', que é só possível, especificamente no âmbito do Direito, seu núcleo essencial, com a 'denúncia' da crise do positivismo jurídico e sua insuficiência, tanto no âmbito da estrutura epistêmica como da *práxis*, a dar as respostas mais satisfatórias para a demandas sociais, em sentido amplo, por meio da aplicação do sistema jurídico, daí, a necessidade de uma ainda que breve exposição desse cenário e da identificação de seus sintomas, o que viria também a constituir a tarefa da Escola de Frankfurt.

A tradição oitocentista é a do positivismo historiográfico[4], cujas matrizes são a frieza e objetividade do sujeito em face ao objeto de pesquisa, associada a uma tendência de encarar a trama histórica a partir de um caráter de continuidade evolutiva e ancorada numa versão de história oficial, cujo método era a pesquisa exclusiva das fontes.

Esse modelo de pensamento historiográfico enfrentou reações epistemológicas que passaram a conferir novos contornos à Teoria da História, que agora não mais estaria apoiada em uma evolução inventada, porquê arbitrária, mas para permitir uma participação maior do observador (sujeito) sobre a história (objeto) ampliando as fontes de pesquisa e a própria metodologia. E é aqui nesse novo paradigma historiográfico que despontam, meramente a título de ilustração, Reinhart Koselleck e sua História dos Conceitos, Nietzsche e a 'História-arte', o materialismo histórico de Karl Marx, a Escola dos Annales (francesa) e sua busca de uma 'história total', e ainda a perspectiva de

[4] Podemos ainda citar como pressupostos do positivismo histórico, conforme ampla lição de Ricardo Marcelo Fonseca, que sintetizamos como: i) ausência de interdependência e o sujeito conhecedor (historiador) e o objeto de conhecimento (fato histórico); ii) existência da História em si mesma, dada objetivamente, de tal modo que estaria, por isso mesmo, acessível ao saber objetivo, que por sua vez, despido de qualquer traço axiológico, poderia espelhar o passado (ou conhecimento histórico) de modo fiel; iii) ao historiador (sujeito) caberia registrar o fato histórico de modo passivo, numa postura absolutamente mecanicista; iv) preocupação epistemológica em determinar a 'história tal como se passou', registrando o fato histórico, objetivo que pode ser atendido desde que suspensas a tentações subjetivas. FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução teórica à história do direito. 1º edição. Curitiba: Juruá, 2009, pp. 51-53

Michel Foucault com sua metodologia de descontinuidade na análise temporal, poderíamos chamar, esses momentos distintos de acordes historiográficos.[5]

Embora situados em correntes e modelos historiográficos diferentes, vemos em comum, nessas novas 'escolas' e 'metodologias' uma reação à chamada 'História Oficial', de matriz positivista, muito embora ainda persistissem resquícios de algum Historicismo, mas que propunham uma abordagem inteiramente nova pela análise linguística dos 'conceitos históricos' com exame apurado de noções como 'sincronia', 'anacronia' e 'diacronia', evitando-se, assim, o mal maior da reflexão histórica na ignorância cega da transformação dos conceitos (políticos, sobretudo) ao longo da história e o comprometimento para a teoria do conhecimento.[6]

De outra ponta, mas também numa ainda mais profunda ruptura com o 'positivismo', Nietzsche propõe, à maneira dionisíaca, uma abordagem da História inteiramente aberta e construída pelo 'espírito criativo' na chamada História-arte, golpeando a marteladas a oficialidade de verniz pretensamente científico-objetivo daquela corrente oitocentista.[7]

Essa breve referência ao panorama da Teoria da História, com suas principais correntes, tem razão de ser em virtude da possibilidade (e necessidade) de adotá-la como alinhada à filosofia no que guardam de referências comuns enquanto teorias do conhecimento para a compreensão da abordagem do Direito e suas possibilidades hermenêuticas, sobretudo, de natureza constitucional.

É que em verdade, a hermenêutica, cujo caminho mais à frente será exposto, trilhou também um caminho histórico-filosófico e já no alvorecer do século XX, por força do existencialismo de Martin Heidegger e na sequência com seu desenvolvimento levado a efeito por Hans-Georg Gadamer manteve íntima conexão com o sentido da 'consciência histórica', com a historicidade mesma, abrindo caminho para um *entendimento* de mundo

---

[5] BARROS, José D'assunção. Teoria da História: os paradigmas revolucionários. Volume IV. 3º edição. Petrópolis/RJ:Vozes, 2014, p.15

[6] KOSELLECK, Reinhart. Uma História dos Conceitos: problemas teóricos e práticos. Estudos Históricos. Rio de Janeiro, vol.5, n.10, 1992, p.141.

[7] BARROS, José D'assunção. Teoria da História: os paradigmas revolucionários. Volume III. 3º edição. Petrópolis/RJ:Vozes Editora, 2013, p. 166

profundamente fincado na temporalidade como consagração da finitude e das possibilidades hermenêuticas.[8]

Assim, a história, sua análise e compreensão como fenômeno social e epistemológico, ainda é condição de acesso, compreensão e abertura do mundo, ou seja, está umbilicalmente ligada aos processos hermenêuticos, como nos diz o próprio Gadamer:

> A consciência moderna assume – precisamente como "consciência histórica" – uma posição reflexiva com relação a tudo que lhe é transmitido pela tradição. A consciência histórica já não escuta beatificamente a voz que lhe chega do passado, mas, ao refletir sobre a mesma, recoloca-a no contexto em que ela se originou, a fim de ver o significado e o valor relativos que lhe são próprios. Esse comportamento reflexivo diante da tradição chama-se *interpretação*. E, com toda a certeza, se há alguma coisa que possa caracterizar a dimensão verdadeiramente universal desse evento é o papel que a palavra interpretação começou a desempenhar nas ciências humanas. O reconhecimento que essa palavra alcançou só ocorre com palavras que logram exprimir simbolicamente a atitude de toda uma época.
> ...
> A interpretação, tal como hoje a entendemos, se aplica não apenas aos textos e à tradição oral, mas a tudo que nos é transmitido pela história: desse modo falamos, por exemplo, da interpretação de um evento histórico ou ainda da interpretação de expressões espirituais e gestuais, da interpretação de um comportamento etc. Em todos esses casos, o que queremos dizer é que o sentido daquilo que se oferece à nossa interpretação não se revela sem mediação, e que é necessário olhar para além do sentido imediato a fim de descobrir o "verdadeiro" significado que se encontra escondido.[9]

A relação da História, portanto, do seu 'sentido histórico', é recuperado como condição de interpretação existencial, não podendo mais ser relegada a um plano meramente 'factual' e de pretensão 'oficial e objetiva' como no positivismo historiográfico ou mesmo no historicismo, porque agora o panorama histórico, e isso será desenvolvido mais adiante, é interdependente da compreensão, e isso deixará resultados indeléveis no exame da interpretação constitucional.

Por quê a 'Filosofia da Linguagem'? A questão dos paradigmas filosóficos

[8] STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. (in) Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método. STEIN, Ernildo. STRECK, Lenio. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 10

[9] GADAMER, Hans-Georg. O problema da consciência histórica. Tradução: Paulo Cesar Duque Estrada. 3º edição. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 18

A aventura do pensamento humano, assim compreendidas as experiências intelectuais e filosóficas de busca de sentido (metafísica clássica) e essência do ser, do absoluto, do mundo, da vida mesma ou simplesmente da verdade, é didaticamente estruturada na noção de 'paradigmas', conceito cunhado por Thomas Khun [10]explicitamente para o âmbito das 'ciências', mas adotada pela filosofia, como se verifica na obra de Celso Luiz Ludwig que nos aponta para a existência de três principais paradigmas, donde uma quarta seria já enredada pelos jusfilósofos da contemporaneidade latino-americana, explicitamente aceita nesta pesquisa.[11]

Como nos lembra Jürgen Habermas, a noção de 'paradigma' foi conceito construído pela História da ciência e posteriormente importada pelo pensamento filosófico[12], contribuindo, de modo didático, para uma divisão das épocas históricas, num plano filosófico, com referência aos conceitos de 'ser', 'sujeito', e 'linguagem'; ou, dito de modo mais simples, a questão do 'ser', do 'sujeito/consciência'' e do fenômeno da 'linguagem' e suas estruturas, compõem, respectivamente, os 3 (três) grandes paradigmas filosóficos até a contemporaneidade.[13]

1.2 Paradigma do Ser (ontológico)

Iniciando, de maneira breve, a notícia acerca dos paradigmas da filosofia, condição essencial para os propósitos dessa pesquisa, e de modo a garantir um mínimo de inteligibilidade à hermenêutica constitucional contemporânea, como veremos, filosófica, é que voltamos aos olhos à Antiguidade clássica e sua primeira contribuição para a aventura do pensamento humano – tal como herdamos no Ocidente.

Assim, e com apoio em Celso Luiz Ludwig, por sua vez, citando Jürgen Habermas, teríamos uma primeira fase, ainda situada na Antiguidade Clássica, denominada

---

[10] KHUN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 5º edição. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 219

[11] LUDWIG, Celso Luiz. Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 26

[12] HABERMAS, Jürgen. Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 1990, p. 21.

[13] É certo que um 4º Paradigma, intitulado "Da vida concreta" foi pensado pelos jusfilósofos latino-americanos da escola da Filosofia da Libertação, o qual terá, como veremos, enorme influência e repercussão nas hipóteses dessa pesquisa. LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação. Op cit., p 182

‘Paradigma do Ser’, marcada pela investigação do ‘ser do ente’, numa verdadeira ontologia que remontaria a Parmênides em que o ‘ser seria o fundamento dos entes’, na fórmula: ‘o ser é, o não-ser não é’.[14]

Neste paradigma, o fundamento do mundo é o ‘ser’, e tudo quanto existe, existe porque iluminado pelo ‘ser’ e, portanto, coincidindo com o próprio mundo. Nesse caminho a própria compreensão é mediada (e limitada) pela questão do ‘ser’ e da mesma forma os ‘sentidos do mundo’ são assumidos nos limites do ser[15]. É por isso que a essa filosofia é ontológica, porque fundada no ‘*ser enquanto ser*’.

Todavia, e como nos adverte Celso Ludwig, ainda nesse período, diferentes pensadores desenvolveram diferentes modelos de pensamento, além de Parmênides, mas ainda no interior do ‘Paradigma do ser’, como sói destacar Platão e Aristóteles.

Em Platão, e sua ontologia ancorada no mundo das ideias, o ‘ser’, fundamento do ente, estava centrado na antítese ‘mundo sensível’ e ‘mundo das ideias’, sendo este último a ‘morada do verdadeiro ser’, pois: *Ser* é ideia, porquanto a essência das coisas não estariam nelas mesmas, mas de maneira transcendental, ‘fora das coisas mesmas’, de tal maneira que o ‘acesso à verdade’ dar-se-ia pela ‘via contemplativa’ no caminho do ‘sensível’ ao ‘inteligível’ ponto culminante do des-velamento do ser (alétheia) num procedimento dialético.[16]

Se em Parmênides houve a descoberta do ‘ente’, assim compreendidas as coisas ‘como as coisas são’, em Platão houve a descoberta do ‘ser’, aquilo que faz com que as coisas sejam’ e que é diferente da ‘coisa mesma’, em suma, não se confundem ‘ser’ e ‘ente’, eis a descoberta platônica, assim explicitada pelo filósofo espanhol Julián Marías:

> Na verdade, Platão descobriu o ser das coisas. O ser é o que faz com que as coisas sejam, que sejam entes. O ser é o ser do ente, e ao mesmo tempo, saber uma coisa é saber o que essa coisa é; compreender o ser daquele ente. Suponhamos que tenho uma coisa que vou conhecer. Aquela coisa é um ente; mas, ao conhecê-la, não tenho em meu conhecimento a coisa em si mesma. Que tenho, então? Tenho o ser da coisa, o que aquela coisa é; Platão diria “sua idéia”. Diria que se tratava de ver uma coisa em sua idéia.[17]

---

[14]Ibidem, p. 27
[15] Idem, p. 28
[16]Idem, p. 31.
[17] MARÍAS, Julian. História da Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2004. 1º edição, p. 57

Platão, desse modo, havia descoberto o ‘ser’ das coisas, mas não sabia ainda o que as coisas são; mas se confrontou com a aporia (problema) de explicar com as ideias o *ser das coisas,* resultando numa metafísica ainda incompleta*,* o que viria a ser realizado por Aristóteles.

De outro modo, mas ainda no interior do ‘Paradigma do ser’, Aristóteles encontrará na unidade entre ‘forma e matéria’, portanto, no real, a essência da coisa mesma, aquilo que ‘ela é’, numa palavra, ‘substância’. Aqui, se reconhece o sensível e o intelectivo como formas de conhecimento, muito embora apenas o segundo (intelectivo) além de verdadeiro seria ‘científico’ e ao contrário de Platão, a essência do ‘ser’ não seria transcendental à coisa, mas antes estaria imanente nela mesma, fazendo nascer a máxima de que ‘a verdade seria a adequação do intelecto e da realidade’ (*adequatio intellectus et rei*), ou seja, com fundamento no próprio objeto[18] – que dominaria toda a filosofia até o advento da modernidade com Descartes.

1.3 Paradigma da Consciência (ou do Sujeito): De Descartes a Kant

O segundo momento da ‘história (predominante) das ideias, ou seja, o paradigma, e sem superação ao ‘modelo do ser’ anterior - reconhecendo, todavia, a problemática em se utilizar da expressão ‘superação’ no campo das ciências do espírito – veio num momento marcado pela separação entre ‘sujeito’ e ‘objeto’ próprio do modelo cartesiano (*cogito ergo sum*), marca maior do advento da Modernidade.

Nesse modelo, a certeza do fundamento do conhecimento, entendido como busca da verdade, sofre um deslocamento do ‘ser’ (da coisa mesma) para a atividade do “sujeito que pensa”, ou seja, o fundamento migrará do objeto para a consciência, para um modelo inteiramente calcado na subjetividade consciente.

Neste paradigma, nos lembra Celso Luiz Ludwig, o ponta pé inicial foi o ‘método cartesiano da ‘dúvida’ (ou da dúvida metódica) entendido como a submissão de toda forma de conhecimento à dúvida, à resistência da dúvida segundo um modelo

[18] Ibidem, p. 38.

absolutamente racional, lógico e dedutivo, que por sua vez tornaria possível o conhecimento seguro, próprio do conhecimento científico.[19]

A grande intuição cartesiana na formulação da 'dúvida metódica' e, portanto, de inauguração da modernidade fundada no 'sujeito pensante' foi a de que: 'se há um sujeito que a tudo põe em dúvida, a primeira certeza é a da certeza de um sujeito que duvida; logo, não se pode duvidar da própria existência de quem dúvida, sendo daí extraída a conhecida máxima: penso, logo existo'. Eis a primeira certeza.

Ora, se em Aristóteles, partia-se de uma dialética da facticidade que absorvia tanto o verdadeiro quanto o falso, em Descartes e seu método da dúvida, a facticidade é refutada pois não se aceita o falso no filtro da 'dúvida metódica', de modo que embora o ponto de partida seja também a 'cotidianidade', o direcionamento final irá para a 'consciência do sujeito' e não mais para a substância – como no paradigma anterior.

Neste ponto fica evidente, como falávamos, a divisão, a ruptura radical entre um sujeito (que pensa) e um objeto (que é pensado) promovendo dessa maneira uma separação entre *res cogitans* (coisa pensante) e *res extensa (coisa extensa/matéria)* que seria a base fundamental do pensamento científico por meio do distanciamento entre sujeito e objeto, e no Direito seria absorvido ao máximo por um certo tipo de positivismo e hermenêutica.

De modo ainda mais claro, e citando Fritjof Capra, a questão é destacada por Celso Luiz Ludwig:

> O método analítico de Descartes tornou-se o padrão essencial do moderno pensamento científico, ocorrendo o mesmo com sua concepção de natureza, influenciando todos os ramos da ciência moderna. O privilégio dado à mente em relação à matéria permitiu a crença na superioridade do saber racional e na aplicação de um modelo matemático como único modo de compreensão correta da realidade. Assim, o universo material é visto como uma máquina. Seu funcionamento se dá segundo leis mecânicas. A realidade material passou a ser compreendida em função do movimento e organização das partes. Essa concepção mecânica da natureza serviu como padrão da ciência após Descartes.[20]

Como resultado, a teoria do conhecimento se torna metafísica uma vez que com o deslocamento da questão 'do ser' para 'a consciência', a investigação da 'coisa em si', da verdade primeira, da 'essência mesma", antes concentrada no 'objeto', logo, pela

[19]LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação: Paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Op. cit., p. 54
[20] Ibidem, p. 56

investigação empírica, transmuta-se para o ‘mundo das ideias e das representações’, de tal maneira que à perspectiva ontológica é agora apresentada uma abordagem subjetiva ou mentalista para a compreensão de mundo e do conhecimento.

Nessa perspectiva filosófica, então, a questão deixa de ser dirigida para a investigação sobre “o que é o Ser?” dando lugar à ênfase para a resposta sobre “o que é o Conhecer?”, desenvolvendo-se aí a teoria cartesiana do ‘Cógito’, fazendo de Descartes, portanto, o fundador da filosofia moderna.[21]

Não foi pouca coisa essa migração do ‘objeto’ para a ‘consciência’ no paradigma da então modernidade inaugurada pela teoria do Cogito, pois:

> “A descoberta não é só a descoberta de uma primeira verdade; é, também, a descoberta – ou a confirmação – de um critério de verdade: a evidência. Descartes, realmente, não cai na cilada denunciada pelos cépticos, que consistiria em procurar primeiramente um critério de verdade, cuja verdade suporia, para ser avaliada, um outro critério [...] Como *cogito,* Descartes consegue uma primeira certeza, e é ao refletir sobre essa certeza que ele constata que a evidência é o único critério possível do verdadeiro. Não poderíamos estar certos de nada, com efeito, se pudesse acontecer que uma proposição clara e distinta fosse falsa. A experiência do cogito permite-nos, portanto, confiar na evidência e toma-la como sinal infalível do verdadeiro.[22]

Todavia, tanto o paradigma do ser quanto o do sujeito, respeitadas as diferenças e características como apresentamos, estavam amparadas numa abstração confiante na possibilidade de entendimento e de compreensão a partir do sujeito e sua análise reflexiva mediante uma postura contemplativa em relação ao mundo.

O que aqui pretendemos dizer, e isso é fundamental, é que o percurso epistemológico prescindia a ‘linguagem’ enquanto instrumento constitutivo do conhecimento, exercendo papel apenas secundário relativo à mera função de ‘ponte de ligação e comunicação’ entre o sujeito e o objeto.

Não só não teria o papel e a função que viria a ocupar na chamada ‘viragem linguística’ como a seguir será analisado, como ainda, na lição Ludwig Wittgenstein (em sua primeira fase) um dos grandes expoentes da filosofia da linguagem, seria obstáculo, posto que constituiria uma ‘máscara ao conhecimento’.[23]

---

[21] MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial *entre* o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis:Habitus editora, 2008, p. 28.
[22] Pascal, George *apud* Marrafon, Marco Aurélio. Idem, p. 31
[23]WITTGENSTEIN, Ludwig*. Tratactus logico-philosophicus.* Lisboa: Fundação Caloste Gulbenkian, 1995. p. 52

Ambos os paradigmas, igualmente, causaram influências profundas ao Direito, e sobretudo, na Modernidade, com a influência de Kant e sua 'revolução copernicana' à Teoria do conhecimento, mas não menos relevante e impactante foi a recepção durante o período medieval e sua repercussão nas doutrinas de autoridade da Igreja.

Platão e Aristóteles pretenderam firmar uma teoria do conhecimento (episteme) sólida e resistente às meras opiniões e ao senso comum (doxa). Para o primeiro, e fiel a sua ontologia, a justiça fora concebida como ideia e, portanto, como verdade racional eterna, ao mesmo tempo garantida pelo equilíbrio e a ordem entre as partes da alma (racional, sensitiva e apetitiva), no que resultou numa teoria do Direito puramente metafísica, portanto.[24]

Quanto à teoria aristotélica, não aceitando a essência própria do 'mundo ideal platônico', promoveu a dualidade - a partir do *ethos* vivido na comunidade histórica da polis – do discurso científico, dividindo-o entre episteme teórica e episteme prática, conferindo a esta última, onde se encontra a esfera da juridicidade, a universalidade nomotética (imanente ao ser) sendo absorvida pelos estóicos na sua elaboração de um Direito Natural amparado na reta razão e na universalidade da natureza humana, cuja matafísica aristotélica, por sua vez, exerceu posterior influência na elaboração da 'lei natural' e "lei eterna", base da doutrina (e do Direito) da Igreja medieval pelas obras de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino.[25]

No tocante à imbricação do paradigma do sujeito (ou da consciência) e o Direito, a consequência natural foi a adoção do método racional e dedutivo, próprio das ciências da natureza, pois não podemos esquecer que a modernidade foi, essencialmente, a época do predomínio do 'espírito científico' e sua crença na totalidade de todas as instâncias racionais e do domínio e controle da natureza, em que o *ethos* humano se substituiu à onipotência e onisciência divinas.

É por isso, também, pela crença no domínio da 'totalidade da natureza' que neste paradigma o modelo tópico (*topoi*) de análise, a partir de elementos pontuais, específicos, tal como desenvolvido por Aristóteles e incorporado à tradição jurídica romana pelas obras de Cícero foi substituída pela busca de uma visão e abordagem sistemática do

[24] LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação: Paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Op. cit., p. 80
[25] Ibidem, pp. 81-83

Direito, situação que iria encontrar seu ápice já no positivismo do século XIX pela Escola da Exegese (França) e pela Escola Histórica (Alemanha) que embora tenham se notabilizado como movimentos de reação ao jusnaturalismo (como herança da Antiguidade clássica), não haviam se libertado integralmente de algumas de suas características, com especial destaque ao método racional e mecanicista.[26]

A virada da essência entre os paradigmas fica ainda bastante evidente quando a Filosofia da consciência atinge seu momento culminante no idealismo, de tipo formal, de Immanuel Kant e culminante porque concentra na subjetividade assujeitadora a totalidade do fenômeno da compreensão.

Tornou-se 'lugar comum' nos debates filosóficos referir-se à Kant como a 'revolução copernicana' da Filosofia, em alusão ao mesmo impacto causado nas ciências da natureza pela Teoria Heliocêntrica de Copérnico que colocou termo à crença da posição da Terra como 'centro do universo' construída por Ptolomeu.

De fato, o 'sol kantiano' na posição central do universo da teoria do conhecimento se deu pela superação promovida pelo filósofo alemão por meio das suas Críticas, em especial, a "Crítica da Razão Pura' superando a velha contenda entre racionalistas, para quem a mente humana conteria um conhecimento inato alcançado pela razão, e os empiristas, para quem a mente humana seria 'uma folha em branco' e o conhecimento adviria da experiência sensível. Mas em que consistiu a 'revolução copernicana' do conhecimento protagonizada por Kant?

Na Crítica da Razão Pura, o filósofo promove um acerto de contas com a 'metafísica tradicional' e elabora um modelo de teoria do conhecimento em que recusa a possibilidade de nosso acesso 'às coisas em si mesmas', ou seja, nosso acesso à verdade intrínseca dos objetos, os quais seriam incognoscíveis à razão humana. Kant desloca a questão acerca da definição da 'verdade' para a busca do 'critério da verdade', vaticinando - após afirmar que apenas ver e pensar não seriam condições suficientes ao conhecimento, pois poderiam 'distorcer' uma suposta real natureza das coisas - que '*não somos capazes de conhecer as coisas em sim mesmas, [...] tudo o que conhecemos são os fenômenos, e não coisas em si, ainda que possamos pensar as coisas em si*'.[27]

---

[26] Idem, ibidem. p.91

[27] REGO, Pedro Costa. Kant: a revolução copernicana na filosofia. (In) Seis filósofos na sala de aula. Figueiredo, Vinícius (org). São Paulo: Berlendis&Vertecchia, 1º edição, 2006, pp. 161-163

A par disso, Kant descortinará o horizonte para o conhecimento, como dizíamos, por meio da fusão, ou síntese, entre a forma (da razão) e matéria extraída da intuição sensível (experiência), já que desta última teria origem todo o conhecimento, como diz de modo explícito:

> "[...] poderia bem acontecer que todo o nosso conhecimento de experiência seja um composto daquilo que recebemos por impressões e daquilo que nossa própria capacidade de conhecimento (apenas provocada por impressões sensíveis) fornece de si mesma, cujo aditamento não distinguimos daquela matéria-prima antes que um longo exercício nos tenha tornado atento a ele e nos tenha tornado apto à sua abstração".[28]

Com essa sentença, a filosofia kantiana consistirá em que o conhecimento ocorrerá pela apreensão das coisas mediante a experiência sensível (tal como no empirismo), porém, amoldadas à mente a partir de um juízo *a priori* (tal como no racionalismo) que por sua vez, dispensa qualquer experiência sensível anterior, mas sempre a partir de um sujeito universal.

Nas palavras do próprio filósofo:

> "Sem sensibilidade nenhum objeto nos seria dado, e sem entendimento nenhum seria pensado. Pensamentos sem conteúdo são vazios, intuições sem conceitos são cegas. Portanto, tanto é necessário tornar os conceitos sensíveis (isto é, pô-las sob conceitos). Essas duas faculdades ou capacidades também não podem trocar as suas funções. O entendimento nada pode intuir e os sentidos nada podem pensar. O conhecimento só pode surgir da sua reunião."[29]

Essa apreensão ocorre, importante insistirmos, a partir da realidade 'que se mostra', dos fenômenos, diretamente ao sujeito, daí a importância de se conhecer as funções lógicas do pensar, porque isso implicará conhecer as coisas, a natureza e mundo como entidade fenomênica.

Logo, como o mundo não será "apreendido em si mesmo" mas como 'fenômeno', de novo, como aquilo "se mostra ao sujeito', revela-se a participação do sujeito, não na criação do objeto do conhecimento, mas no processo de sua constituição, o que de forma alguma, porém, será arbitrária.[30]

---

[28] KANT, Immanuel. Crítica da Razão Pura. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 53 (Coleção Os Pensadores)
[29] Idem, p. 92.
[30] REGO, Pedro Costa. Kant: A Revolução copernicana na filosofia, op. cit., p. 175

Para boa compreensão desse processo de "participação de constituição do objeto do conhecimento", importa sabermos que o sujeito, em Kant, não fica à espera das impressões das coisas, numa espécie de comportamento passivo, antes, e por meio de sua razão, ele tem um 'plano com qual vai à frente" ao encontro do que a natureza tem a oferecer.

E isso se dá mediante a existência de uma 'moldura formal', um conhecimento *a priori (*outro termo caro à filosofia kantiana) que ocorre de modo anterior a qualquer experiência, e isso seria como que uma das 'mãos da razão', e de modo complementar, do outro lado, representando a 'outra mão' (com a qual dar-se-ia uma espécie de diálogo) estariam as respostas dadas à razão pela experiência sensível, de sorte que ao final desse processo de conhecimento, teríamos o 'diálogo' entre razão e experiência.[31]

De modo sucinto e com vistas a clarear essa passagem quanto à participação do sujeito na constituição do conhecimento, mas realçando que isso, de modo algum se dá de forma arbitrária, talvez até de tipo subjetivo ou fantasioso, é a lição de Celso Ludwig:

> "Como se vê, há um processo no conhecer que parte das intuições sensíveis, passa pelo entendimento para atingir a razão [...] Em síntese, pela intuição sensível, tem-se a multiplicidade reduzida à unidade pelo entendimento, através de suas regras. Estas são tomadas pela razão como ponto de partida para atingir uma unidade mais elevada, os princípios. A unidade dos princípios é buscada pelo uso lógico da razão, pelo raciocínio. Explica-se, assim, o uso puro da razão". A razão pura, com efeito, é a busca do incondicionado, considerado como condição última de todas as condições".[32]

Assim, fica melhor evidenciada a expressão 'revolução copernicana' na filosofia ao passo que percebemos que a teoria do conhecimento elaborada por Kant reconhece, como os empiristas, a origem do conhecimento pela realidade sensível, mas que nela não se esgota para ser posteriormente recepcionada pelos juízos *a priori* (analítico) da razão por um sujeito de tipo universal, na busca pelas condições de possibilidade do conhecimento a partir da reflexão de um *eu cognoscente*, em que os transcendentais[33] são determinantes em relação à experiência.

---

[31] Ibidem, p. 185

[32] LUDWIG, Celso Luiz. A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir de Enrique Dussel. Curitiba, 1995. Dissertação – Setor de Ciências Jurídicas, UFPR, p. 32

[33] Segundo Pedro da Costa Rego, Transcendental em Kant "diz respeito a tudo aquilo que, pertencendo *a priori* ao sujeito, condiciona a possibilidade do conhecimento de objetos dados, isto é, condiciona a possibilidade de experiência". REGO, Pedro Costa. Op. cit., p. 169

Dito ainda de forma mais simples, e de modo a enfatizar a função da subjetividade no processo de participação da constituição do objeto, marca indelével da modernidade e do paradigma da consciência, é a lição de Ricardo Marcelo Fonseca, para quem *"não é o sujeito que se orienta pelo objeto, mas é o objeto que é determinado pelo sujeito, ou, dito de outro modo, em vez da faculdade de conhecer ser regulada pelo objeto, é na verdade o objeto que é regulado pela faculdade de conhecer".*[34]

A repercussão do kantismo e sua epistemologia como aqui tratados, no âmbito do Direito, foi o diálogo com o positivismo jurídico de tipo formalista e normativista, engessando a possiblidade de interpretação aberta aos horizontes da vida fática, ou seja, a uma perspectiva material própria da complexidade dos fenômenos e eventos sociais, posto que a repercussão da sua teoria aplicada ao 'agir ético', à prática', donde o objeto jurídico se insere, ficou adstrito a um tipo formal apreendido aprioristicamente pelo sujeito.

Pretendemos aqui dizer, que a 'ética kantiana', tão relevante na formulação do positivismo jurídico, foi ancorada numa universalidade formal produzida no interior da sua 'Crítica da razão prática' (voltada a sua questão '*o que devo fazer?*) em que princípios e máximas subjetivas e universalmente consideradas formariam a estrutura de uma moral de tipo autônoma, ou seja, completamente desvinculada e independente de mediações outras que não a própria conduta considerada no interior da moral subjetiva.

Melhor explicando: Em Kant, a fundamentação 'heterônoma' da moral, não dialoga ou não aceita fundamentações voltadas a resultados ou com vistas a fins determinados, do tipo, busca da 'felicidade', do 'prazer', ou 'interesse', ou qualquer outra casuística de tipo, digamos, 'utilitaristas', de modo que a moral deve buscar interiormente a lei da própria razão, sem qualquer orientação teleológica (finalística) porque dando-se a si próprio a lei da própria Razão, garante autonomia a moral.[35]

Dentro dessa moldura da moral, baseada na vontade interior do sujeito, mas de um tipo e 'razão universal', a lei moral será sempre incondicionada, o que implica dizermos que a ética, pois, será sempre de tipo universal e, mais importante, independente da experiência, o que nos leva a concluir que diversamente da teoria do

---

[34] FONSECA, Ricardo Marcelo da. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002 *apud* Marrafon, Marco Aurélio. Op. cit., p 35

[35] LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação. Op. cit., p. 65

conhecimento formulada na sua ‘Crítica da razão pura’ que partia da experiência para se chegar aos princípios, aqui na sua ‘ética’ o caminho inverso é proposto pelo filósofo.

Não nos ocuparemos aqui de uma análise do positivismo e suas perspectivas[36], apenas fazemos necessária alusão ao seu predomínio nas ciências jurídicas desde o século XIX até os dias atuais, no liminar da ‘viragem linguística’ como será ainda melhor exposto.

Porém, interessa-nos como encerramento desse breve panorama dos paradigmas, noticiarmos que na sua perspectiva de ‘teoria do ordenamento jurídico’, seguramente o mais influente, o juspositivismo, como produto da razão moderna cartesiana e kantiana, traz explícita a exigência de uma ‘interpretação mecanicista’ nada exigindo do intérprete, além de uma explicitação do Direito e do seu conteúdo através de meios lógico-racionais que levam, por sua vez, a uma aplicação por raciocínios silogísticos extraídos de uma lógica formal.

Neste exato sentido, qual seja, o da identificação do ‘espírito formalista’ que viria, inclusive, a predominar no juspositivismo do século XIX como reflexo do ‘sujeito moderno’, amparado na desconsideração da análise de elementos concretos para a reflexão jurídica, são valiosos os apontamentos de Celso Luiz Ludwig:

> “O cometimento de Kant implica na necessidade de uma ética cujos princípios sejam universais, e para que seja assim, mostra que são *a piori* e que estão inscritos no próprio sujeito. A realização dessa universalidade, a partir do sujeito, se opera na ação através do imperativo categórico.

---

[36] De acordo com o clássico ensinamento de Norberto Bobbio, as características fundamentais do positivismo jurídico podem ser resumidas em sete pontos ou problemas: [...] *ao modo de abordar, de encarar o direito*: o positivismo responde a este problema considerando o direito como um fato e não como um valor [...]. o segundo problema diz respeito à *definição do direito*: o positivismo define o direito em função do elemento da coação, de onde deriva a teoria da coatividade do direito.[...]; o terceiro problema diz respeito às *fontes do direito* [...]; o quarto ponto diz respeito à *teoria da norma jurídica* [...]; o quinto ponto diz respeito à *teoria do ordenamento jurídico*, o que considera a estrutura não mais da norma isoladamente tomada, mas do conjunto das normas jurídicas vigentes numa sociedade [...]; o sexto ponto diz respeito ao *método da ciência jurídica*, isto é, o problema da interpretação (...)o positivismo jurídico sustenta a teoria da interpretação mecanicista, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito (empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica). Este foi o ponto escolhido pelos adversários para desencadear a contra-ofensiva contra o positivismo jurídico e que gerou um longo debate tremendo, chamado pelos alemães de “batalha dos métodos” *(Methodenstreit). O sétimo ponto diz respeito à teoria da obediência [...].* Concluindo, o positivismo jurídico pode ser considerado sob três aspectos: a) um certo modo de elaborar o estudo do direito (ver item 1); b) uma certa teoria do direito (ver itens 2 a 6); c) uma certa ideologia do direito (ver item 7). BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006,pp. 131-134

> A ética concebida nestes termos se caracteriza como uma ética formal, afastando toda ética teleológica. O formalismo provém da universalidade da lei moral e se manifesta na idéia (sic) do dever-ser como elaboração da razão, a partir de si mesma. O que está do lado do sujeito é a forma. Isto significa que a Ética como ciência não pode ser concebida a partir do empírico, vale dizer, a partir das condições históricas, da cotidianidade. Fica rechaçada a ética de modelo aristotélico."[37]

Não é em outro sentido, aliás, a crítica feita ao sujeito Transcendental kantiano, aquele de uma racionalidade formal e idealista, pelas (duras) palavras de Enrique Dussel para quem "(o) sujeito transcendental kantiano, o *Ichdenkeüberhaupt* (eu penso em geral), dá um passo definitivo do dualismo da modernidade, perdendo em seu formalismo o critério material do conteúdo ético dos atos humanos – só lhe resta a validade vazia."[38]

A crítica acima ilustrada é elucidativa para este trabalho na medida em que a sua base epistemológica é a vida concreta, substância extraída da realidade social, fenomenológica e existencial, condição necessária a garantir, como será visto, a compreensão da Constituição como um conjunto de enunciados linguísticos abertos, suficientes a uma interpretação ao mesmo tempo pluralista e emancipatória, empreitada que não se mostra possível nos paradigmas até aqui abordados.

E isso, porque neles (os paradigmas) o modelo hermenêutico atende a uma visão mecanicista (lógico-empirista) confiante na possibilidade de o sujeito cognoscente, em verdade um solipsista, extrair o 'verdadeiro sentido' do seu objeto, para nós, um texto legal, por intermédio apenas e tão somente de sua subjetividade, donde a acurada advertência, mais uma vez, de Marco Aurélio Marrafon:

> Tal concepção pressupõe a crença de que o texto legal pode ser tratado como objeto real, dotado de sentido próprio, que pode ser representado em sua inteireza pelo conhecimento fenomenológico, bem como sendo possível uma cisão absoluta entre o fato (texto normativo) e os valores subjetivos, características que constituem pressupostos da teoria positivista.
> Outrossim, ao encarar a linguagem como uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto e não como parte de um todo com sentido (sujeito + norma), o positivismo jurídico impõe ao direito um forte caráter de manutenção do *status quo*. Isto porque exclui a responsabilidade do agente de transformar a própria realidade, pois apenas observa, contempla e busca um sentido que já existe independentemente de suas crenças e senso de justiça."[39]

---

[37]LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação. Op. cit., p. 66
[38]DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 521.
[39] MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e sistema constitucional, Op. cit., p.53

Ora, é justamente contra a ‘anemia epistemológica’ dessa estrutura positivista que exsurgirá um panorama calcado na ‘realidade material’ (facticidade existencial), no claro reconhecimento, já no século XX, da insuficiência do método mecanicista herdado do paradigma da consciência para a complexidade do fenômeno jurídico e das relações socioculturais nas quais ele se vê profundamente mergulhado.

Os apontamentos feitos nas passagens acima, sobretudo com as características principais, embora não exaustivas, dos dois primeiros grandes paradigmas filosóficos e sua repercussão no fenômeno jurídico, permitem-nos agora a introdução na análise do terceiro paradigma da filosofia, e justamente aquele que servirá de fundamento à hipótese de trabalho dessa pesquisa e ao seu objeto referente à hermenêutica constitucional e ao direito de resistência, qual seja, a Filosofia da linguagem.

2. A Filosofia pela Linguagem: A Hermenêutica Antes e a partir da ‘viragem linguística’: Heidegger e a facticidade fenomenológica

Longa e bem sucedida foi a união entre o paradigma da consciência e o positivismo, talvez, seu filho mais dileto, filho preferido, aquele a quem se confiou a preservação dos ‘valores da tradição’ e a garantia da longevidade do seu sistema de pensamento, geometrizado, guiado pelo rigor da lógica formal e seus métodos de inferência, tanto dedutivos, à maneira do racionalismo, quanto indutivos, próprio do saber e da empiria científicos.

Mas como já antecipamos anteriormente, os saberes filosóficos não mudam abruptamente, num lance único de ‘estalar de dedos’, mas sofrem alterações quase imperceptíveis – salvo no caso dos espíritos mais argutos[40] – e vão assim, num crescendo, experimentando as mudanças de constelações e acervo do pensamento dominante, numa palavra: paradigma.

Dado o caráter ‘evolutivo’, ainda que quase imperceptível das nuanças de pesquisas, reflexões e entendimentos nas ciências humanas marcadas pelo estudo da

[40]Nietzsche chamava-os, ‘espíritos livres’, daqueles que, como ele se auto-intitulou, nasceram “póstumos’. NIETZSCHE, Friedrich. Humano, Demasiado Humano: um livro para espíritos livres. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 34

linguagem, irrompe um novo paradigma na história da filosofia, como nos dá notícia Karl-Otto-Apel:

> Talvez se possa chegar sem dificuldades – entre os conhecedores da literatura filosófica – ao consenso de que em nosso século a ocupação do filósofo com a própria consciência, algo característico para a Era Moderna, deu lugar, mais recentemente, à ocupação do filósofo com a linguagem. E isso parece significar que a filosofia da linguagem veio ocupar o lugar da epistemologia tradicional – a filosofia da linguagem não como tematização do objeto da linguagem entre outros tantos objetos possíveis da cognição, mas sim como reflexo sobre as condições linguísticas da cognição.[41]

Karl-Otto Apel chama a atenção de modo explícito, portanto, de que a epistemologia tradicional, outrora fincada no paradigma da consciência cedia espaço ao novo modelo de se pensar e investigar o conhecimento, agora não mais pelo 'método mentalista' de um sujeito isolado, solitário, que projetava sua reflexão diretamente a um objeto para dali, 'assujeitando-o', retirar o conhecimento possível, mas a revolução agora ocorreria pela investigação das possibilidades do conhecimento por meio da análise linguística, ou seja, pela linguagem como condição de acesso e, mais importante, constituição do conhecimento, colocando-se em lugar da certeza da subjetividade.

O paradigma da linguagem ou, '*giro linguístico*', veio nessa toada a colocar a linguagem, a partir de estudos, pesquisas e descobertas no campo da linguística e da semiótica, como um fenômeno a inundar a Filosofia e as ciências humanas, fazendo dela, como mais adiante veremos em Martin Heidegger, a 'morada do ser'.

Mas por quê a linguagem, desde sempre instrumento de comunicação (ponte necessário no 'fazer epistemológico') veio a se tornar, ela mesma um paradigma filosófico?[42] Algumas pistas, pequenos 'sopros filosóficos' podem ser buscados no pensamento de Ernildo Stein.

---

[41] APEL, Karl-Otto.Transformações da Filosofia II. São Paulo: Loyola, 2000. pp. 353-354

[42] Neste processo de tentativa e superação da razão moderna, fincada na subjetividade, foram também decisivos os trabalhos de Marx, Nietzsche e Freud que, cada qual a sua maneira, 'dinamitaram' aquela certeza do paradigma da consciência fundada no 'método mentalista' do sujeito cartesiano. Em Marx, com a introdução da noção de ideologia como 'falsa consciência', de maneira que o 'ser' do homem, estaria antes determinado pelo 'ser social' moldado pelas condições materiais típicos do modo de produção capitalista na dinâmica própria e dialética do materialismo histórico; Em Nietzsche, com a denúncia da ilusão moderna herdeira do modelo socrático-platônico, que por sua vez, confiando no triunfo da razão apolínea contra o modelo dionisíaco, deixou para a modernidade uma excessiva submissão à razão causando alienação e escravidão do homem, no que teria resultado na edificação de uma 'moral de fracos e escravos' apegada a uma metafísica, ora racional, ora deísta, no caso dos cristãos. E por fim, com a

Retomando a máxima aristotélica do 'homem como ser racional', Stein vai, por meio de digressões importantes, mapeando o sentido dessa máxima a ponto de concluir que a 'racionalidade' de que nos falava o filósofo grego está intimamente ligada a nossa capacidade de apreensão do mundo, o que se dá em virtude de uma linguagem que absorve todos os mundos, todos os discursos (inclusive o científico) porque é ela mesma 'o mundo do qual falamos', ou seja, na linguagem se encontram, sempre inseparáveis, o sujeito e o objeto, numa mesma unidade discursiva, sem a qual o sujeito sequer teria acesso ao objeto.[43]

Mas isso não responde à questão da estrutura, natureza e esse seu status epistemológico na contemporaneidade. Então, Stein continua explicando que a racionalidade do homem consiste em sua disposição de criar conceitos, de ter experiências a partir deles, de modo tal, portanto, que não haveria qualquer saber que não fosse proposicional (enunciativo), ou seja, constituído pela linguagem.[44]

Citando Tugendhat, Stein afirma que "O ser humano é racional porque é capaz de fazer uso correto de *enunciados assertóticos predicativos*, ou seja, é capaz de dizer frases que podem ter a propriedade de verdade ou falsidade".[45]

A possibilidade de criar aqueles *enunciados assertóticos predicativos*, noutra palavra, proposição, cuja verificação de verdade ou falsidade sempre foi ocupação de uma das racionalidades da Filosofia, é a condição que confere estrutura (linguística) aos sentidos, e ao mesmo tempo, se constitui em princípio fundamental de racionalidade, e não se trata de um princípio qualquer, mas sim do tipo que permite abraçar e pensar toda a racionalidade, como nenhum outro princípio antes foi capaz de fazê-lo, como ilustra Ernildo Stein:

> Levando isso até suas últimas consequências, podemos dizer que o ser humano não tem nenhum outro princípio de racionalidade que lhe permite pensar o todo. Nem qualquer um dos elementos que os gregos apresentavam, nem a ideia de Platão, nem a substância de Aristóteles, nem o Deus da Idade Média, nem as formas puras de Kant, nem o eu, sujeito absoluto de Hegel, nada permite ser um princípio de racionalidade ao qual se referem todas as racionalidades das ciências, se em primeiro lugar não está pressuposto este elemento de racionalidade. Este, por exemplo, segundo Tugendhat, é o único elemento de racionalidade: Ser capaz de produzir enunciados assertóticos

introdução na análise do inconsciente em todos os seus níveis, como determinante da conduta 'racional' por meio do aparecimento da psicanálise freudiana. MARRAFON, Marco Aurélio. Op. cit., p.133-141

[43] STEIN, Ernildo. Aproximações sobre hermenêutica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2º edição. 2004, pp. 14-15

[44] Ibidem, p. 16

[45] Ibidem. p. 17

> predicativos. Ter condições e possibilidades de...trazer consigo o *como*, ser sustentado *pelo algo como algo*. Tratamos da linguagem sempre com esse pressuposto fundamental: ser capaz de usar enunciados assertóticos predicativos é ser capaz de falar. E se tratamos de filosofia da linguagem, tratamos propriamente dessa questão e isso quer dizer racionalidade. Mas há um limite....[46]

A apreensão do mundo, dos saberes, da busca do sentido e filosofia primeiros (metafísica), mesmo quando nos deparamos em caminhos tortuosos (aporias) ou deliciamo-nos com as respostas encobertas com o véu da verdade – sem aqui nos preocuparmos com a ontologia dessa v*erdade* – é sempre nas teias da linguagem que nos encontramos, é sempre em meio a um oceano de proposições e enunciados linguísticos que, ao invés de afundarmos, estamos sempre 'criando nossos mundos'.

Mas a linguagem apresenta também problemas e dificuldades que podem ser sentidas quando percebemos que nenhum homem é capaz da criação dos enunciados perfeitos, livres de erros e confusões gramaticais, porque o homem, sempre, fala a partir de uma historicidade, de um mundo próprio no qual já está inserido, e portanto, formado por um cipoal de cultura, de significados e, mesmo diante de um processo linguístico lógico-formal, como queria o positivismo Lógico do Círculo de Viena[47], o próprio processo lógico também está imbricado num dado contexto de compreensão, em que essa cultura e historicidade já se interpuseram entre a linguagem e os objetos a que ela se direcionou.

Em suma, mesmo que se reconheça uma pretensão de 'pureza' lógica-formal gramatical, que em verdade não se sustenta, como vimos acima, ou ainda com mais acerto, nos desencontros havidos nos processos linguísticos de acesso aos objetos, por meio dos significados, e isso em razão da dependência que as próprias proposições têm em relação aos contextos (histórico, cultural, etc) resulta que a linguagem, ela mesma, também requer *interpretação.*[48]

Assim, mesmo (e principalmente) no âmbito da Filosofia da Linguagem, a hermenêutica vem a ocupar tarefa de 'des-velamento' de sentidos, de compreensão do mundo como uma 'interpretação universal', no reconhecimento da 'mundanidade' a que estamos lançados de maneira inexorável, como ensina, uma vez mais, Ernildo Stein:

---

[46] Ibidem. p. 18

[47] O movimento reuniu pensadores, inspirados pelo *Tractatus Lógico-Philosophicus*, de Wittgenstein, que objetivaram unificar a ciência entorno de um único sistema, redefinindo o papel da filosofia frente à ciência e tendo a Física e os preceitos lógicos por base fundamental. GUIRALDELLI, Paulo Jr. História essencial da filosofia. Volume 4. São Paulo: Universo dos Livros, 2010. pp. 112/113

[48] STEIN, Ernildo. Aproximações sobre hermenêutica. Op. cit., p.20

> A racionalidade, portanto, se constitui sempre de uma certa maneira ambígua. Seja-nos permitido usar esta palavra: Há uma ambiguidade fundamental no homem e por haver esta ambiguidade fundamental é que estamos condenados à hermenêutica. A compreensão e a interpretação são formas deficientes de acesso lógico aos objetos e de acesso lógico ao mundo, mas talvez sejam formas sábias. Em todo caso quem tem consciência disso é apenas a filosofia.[49]

Ponto necessário de partida: a hermenêutica deu saltos na história do pensamento e entendimentos humanos, alcançando novo status a partir da filosofia da linguagem, pois se antes era simples 'método' de busca do sentido de textos, originalmente das 'sagradas escrituras', análise genuinamente gramatical para o 'des-velamento' do que jazia oculto, remontando à origem mitológica, cuja etimologia Hermes, era o mensageiro dos desígnios divinos aos homens, torna-se arte de aspirações totalizantes de compreensão do mundo pela raiz da filosofia existencialista que dominaria o panorama intelectual do início do século XX.

No paradigma anterior, da filosofia da consciência, a interpretação jurídica, na matriz teórica do positivismo clássico, criou métodos e tipos específicos para o 'des-velamento' do sentido da norma, obedecendo ao natural distanciamento do sujeito (intérprete) do objeto (texto), como quê partindo sempre de um 'grau zero de intepretação', cabendo ao jurista tão somente trazer "à tona o sentido da lei que já estaria lá, pronta para ser descoberta' pelo intérprete 'assujeitador do objeto'.[50]

Na teoria contemporânea do pensamento filosófico, chamamos 'viragem linguística' a uma agora concepção, um 'giro epistemológico' que vai centrar o debate sobre a análise da linguagem em lugar de fatos ou estados de consciência do sujeito cognoscente (eu), implicando, assim, numa guinada da postura (ou paradigma) mentalista para linguística.

E é nesse novo paradigma que a obra e pensamento de Martin Heidegger alçou relevo e papel de inquestionável objeto de estudo e, porquê não dizermos, sincera curiosidade – verdadeiro *tauma/espanto,* como sói acontecer com o primeiro impulso à autêntica postura do filosofar.

---

[49] Idem, p. 22

[50] Como no dilema de Eros Roberto Grau e a 'Vênus de Milo' que já estava no mármore pronta e apenas aguardando ser desvendada pelo artista Alexandros de Antioquia. BORGES, Guilherme Roman. Filosofia e teoria do direito: breves apontamentos. Curitiba: IFDDH, 2016, p. 460

De modo simples, o ato de interpretar, antes ancorado na reprodução de um conhecimento que já estava ali, pronto e aguardando ser encontrado – lembremos uma vez mais da Vênus de Milos de Eros Grau – portanto, como ato de conhecimento, alcança um patamar de produtor, constituinte do conhecimento. Não mais, agora, na conhecida metáfora brasileira, 'ponte interposta entre sujeito e objeto', porque estavam separados, mas condição de possibilidade do conhecimento.

Essa elevação epistemológica encontrou fundamento, dentre outros pensadores cuja análise fugiria à extensão e propósito dessa pesquisa[51], em dois expoentes da tradição filosófica alemã contemporânea, em Martin Heidegger, e depois pelo aprofundamento por Hans-Georg Gadamer que fora antes seu discípulo.

Assim, é que tratar da Hermenêutica sob essa nova e contundente roupagem, implica a abordagem do paradigma da 'viragem linguística', verdadeira revolução no âmbito das 'ciências do espírito', para imersão nas suas consequências, sobretudo pelas ciências sociais, em geral, e o Direito, em especial.

De início, e apontando um dos fatores envolvidos na mudança de paradigma, sobretudo na pontual e específica área do Direito, que o positivismo anterior era não só excessivamente racional, formal, e rigoroso na pretensão de distanciamento entre sujeito e objeto, com alguma liberdade de análise, diríamos que talvez o 'mal maior' fosse o elevado espírito pretensioso com que impunha seu método na busca da revelação das verdades nas 'ciências do espírito'.

Essa nossa acusação fica ainda mais evidente quando da abordagem da interpretação jurídica, onde sobreleva a pretensão de anulação (ou suspensão) das idiossincrasias do intérprete (sujeito) quando da análise do texto jurídico; em outras palavras, na crença de que seria possível uma abordagem sem qualquer anterior 'pré-conceito' carregado dos valores e do 'sistema de mundo' que já lhe era anterior à tarefa

[51] Essa mudança no âmbito da interpretação pela linguagem, iniciada com as Investigações de Wittgenstein e depois com Verdade e Método de Gadamer vai encontrar um fértil terreno no campo da teoria do direito, o que levará essa 'nova hermenêutica' a permitir reaproximações com a Moral, permitindo que o tema dos valores voltasse aos Estados contemporâneos por meio de suas cartas constitucionais, tendo como consequência a filtragem constitucional e o desenvolvimento de novos controles de constitucionalidade, rompendo, desse modo, com um ciclo de longa duração, de tipo braudeliana, do constitucionalismo moderno. BORGES, Guilherme Roman. Op. cit., p. 482

interpretativa – o que será bem mais analisado adiante com a filosofia existencialista alemã de Heidegger e Gadamer.

A esse propósito, é a breve exposição de Guilherme Roman Borges para quem:

> (...) a hermenêutica não é um processo desinteressado, mas existencialmente vinculado e toda compreensão é uma pré-compreensão. Jamais se parte de uma página em branco, pois, no mínimo, já estão presentes no sujeito e no discurso preconceitos dos quais não se pode deslembrar. Não há leitura desinteressada. E isto tem uma reflexão decisiva para o Direito, pois, especialmente na figura do juiz pela concretização da normatividade põe-se às claras que o juiz quer decidir, e não apenas conhecer, logo, a aplicação do direito condiciona a hermenêutica jurídica. Não se trata de uma especulação isolada, mas é uma atividade intelectiva orientada para fins de decisão e aplicação. Logo, é necessário inserir a norma num contexto amplo onde estão os impulsos hermenêuticos. Intérprete é, antes, um tradutor do direito, tal o processo de tradução para Tercio Sampaio. Assim, a hermenêutica jurídica entra em crise e o processo neutro e simples de extração da verdade se transforma em prelevado ato de interpretação criativa de sentidos"[52]

A transcrição acima é lapidar, em que pese sucinta, na identificação de alguns dos dos elementos essenciais da 'denúncia' anteriormente feita à pretensão de método do positivismo clássico na interpretação jurídica, trazendo noções como 'pré-conceitos', 'criação de sentidos' ' desinteresse' e 'tradução', elementos esses, por sua vez, que constituem a raiz da abordagem existencial da ontologia fundamental que será trabalhada por Heidegger, num primeiro momento, e depois aprofundada por Gadamer e as suas chamadas 'hermenêuticas', pesquisas fundamentais na tentativa de superação do positivismo no âmbito da 'razão hermenêutica' como assinalado por Celso Ludwig ao propor uma classificação no interior do 'virada linguística' e aqui também assumida.[53]

Antes, e a título de advertência necessária, e sem olvidarmos do fato de que a hermenêutica, em todas as suas formas, faces e origens deve permear todo o presente trabalho, e não apenas capítulos ou momentos específicos, façamos uma notícia da sua ligação íntima com a questão não apenas do conhecimento (epistemológica) mas sobretudo com relações de poder, a partir do pensamento grego e da posterior cultura helênica.

Se Hermes era, na mitologia grega, o 'mensageiro' dos desígnios divinos aos homens, com o processo de laicização que se seguiu à transferência do *mythos* ao logos,

---

[52] BORGES, Guilherme Roman. Op. cit., p. 465

[53] O autor caracteriza a 'viragem linguística' como um paradigma divido em três razões: i) Sistêmica (da obra de Lhuman), ii) Instrumental (do agir comunicativo de Habermas) e por fim, iii) Hermenêutica (Gadamer). LUDWIG, Celso Luiz. Op. cit, p.93

possibilitando o florescimento da filosofia na Antiguidade Clássica, a possibilidade de transmissão do conhecimento, sobretudo jurídico, trouxe consigo uma relação de poder, por vezes de modo absoluto, pois interpretar é, desde a origem, meio de des-velamento, de trazer à superfície o que jazia oculto, o que confere ao intérprete uma posição singular nas sociedades.

Esse poder, na origem e também atualmente, esteve ligado ao 'poder de fala', de revelação 'do que é o direito', de exercício, pois, de revelação de segredos e questões ligadas tanto à intimidade como de questões públicas de interesse maior da pólis.[54]

Todavia, uma peculiar característica da interpretação presente desde a Antiguidade, e sobretudo, entre os gregos, e talvez em razão desse mencionado caráter de 'exercício de poder', ainda que indireto, é que essa possibilidade de 'des-velamento' dos sentidos, está associada a um *ethos* muito mais do que a um juízo cognitivo (o que seria uma importante distinção com o modo romano de interpretar), conforme Guilherme Roman Borges:

> Enfim, a preocupação em interpretar, independentemente das hipóteses, muito embora tivesse um cunho pragmático, evidentemente não descurava, para os gregos também neste capítulo de um conteúdo ético. Havia sempre no ato de interpretar um juízo do "bem interpretar", do interpretar corretamente segundo as regras morais e segundo a boa condução do raciocínio/argumentação. Interpretar não era apenas um dever com a norma, com sua origem, o seu sentido, mas antes, um dever com o julgamento ético, com o bom senso. Aristóteles, inclusive, chega a vinculá-lo diversas vezes na Ética a Nicômaco como uma virtude do homem e sua regra de conduta. [55]

A observação se faz importante à medida que nos permite uma imediata associação com o preponderante papel das Cortes de justiça contemporâneas, tanto no sistema da tradição romanista, caso do Brasil, como ainda no Direito da *comonlaw*(países de língua inglesa) em que a função de aplicação da norma jurídica, e sempre com um forte componente interpretativo, como veremos mais adiante, próprio das tentativas contemporâneas de superação do positivismo oitocentista, é ainda profundamente herdeira dessa tradição grega de representar, pela abertura semântica e linguística, o panorama ético da sociedade em que atua.

---

[54] BORGES, Guilherme Roman. Op. cit, p. 449
[55] Ibidem, p. 451

Hoje, tal conduta se revela onipresente quer pensemos em explícitas posturas e decisões do Supremo Tribunal Federal quando assume função dita 'iluminista' ou 'contramajoritária', não disfarçando – ignorando se é sua intenção ou não – a postura de típico ativismo judicial, o que também já se verificava, portanto, como lembra Borges, na cultura jurídica grega como resultado de uma condensação da busca de uma 'opinião mais justa'.[56]

Por outro lado, e de um modo um tanto diverso, na cultura romana, muito menos secular que a grega, logo, mais religiosa, a interpretação estava muito mais próxima de uma 'mediação religiosa' feita com exclusividade pelos pontífices (construtores de pontes entre o mundano e o divino) que compunham o Colégio de Pontífices, em que se destacavam os augures, responsáveis pela interpretação dos presságios por meio do *iusauspiciorum.*[57]

É por essa razão que pudemos afirmar anteriormente que à função interpretativa estava ligado o exercício de poderes, às vezes até absolutos, em função dessa íntima relação do des-velamento com o divino, como dito, ponte entre a *civitas* e os Deuses, donde surgiam extensas e complexas relações estruturais e jurídicas que compunham o conjunto das regras de convívio no interior das comunidades. Ou seja, mesmo que dentre os romanos prevalecesse o caráter cognitivo da interpretação, era ainda indiscutível o seu papel na formação do *ethos* do corpo social.

Todavia, e justamente em função desse poder de revelar segredos, ampliado pelo caráter de prerrogativa exclusiva dos pontífices, acompanhado de uma gradativa laicização no período republicano da Roma antiga, que a interpretação do direito foi sendo ampliada, ainda que para seletos grupos de expertos, o que não deixava de representar, portanto, uma laicização da interpretação, muito embora se conservasse o controle das normas a alguns poucos, como lembra Guilherme Roman Borges:

> Com o desenvolver das estruturas políticas e da laicização do saber jurídico, como adiante mais investigado, esta tarefa de dar respostas aos problemas dos homens sai do Colégio de Pontífices e passa a figuras públicas, inicialmente os conhecedores das normas humanas, os prudentes, em seguida de modo reflexo aos pretores, e, por fim, de modo mais vivo, aos profissionais intitulados jurisconsultos *(iuris consultus*). De qualquer modo, toda manifestação casuística destas personalidades por meio das respostas (responsa) passou a ser decisiva na condução dos

[56] Ibidem, p. 451
[57] Ibidem, p. 452

> comportamentos dos indivíduos, especialmente quando assumem lentamente um lugar no *iuscivile*. Assim, vestiram desde sempre uma natureza de força jurígena.[58]

Essas breves passagens históricas aqui referidas, bem nos dão a dimensão da natureza não apenas cognitiva ou epistemológica da intepretação do Direito, enquanto Teoria hermenêutica, mas como, desde a Antiguidade clássica e helênica, da qual somos, indiscutivelmente, herdeiros diretos, mas também como mecanismo afeto a uma verdadeira Teoria do poder, formadora direta das conformações (e deformações) do *ethos*, da estrutura social e do *design* das relações que se desenvolvem no interior das comunidades contemporâneas.

Essa observação se mostra assaz importante em razão da análise futura, neste trabalho, do papel de grupos sociais em sentido amplo (sociedade civil organizada e movimentos sociais, primordialmente) como atores de transformação do *ethos* social e comunitário a partir do chamado 'direito de resistência' o qual por sua vez encontrará ancoragem numa hermenêutica constitucional substancialmente democrática e com uma necessária abertura semântico-linguística, condição do Estado democrático de direito.

É que talvez hoje os 'oráculos délficos' ainda mantenham, de forma insistente, uma postura de resistência à abertura interpretativa, tanto no tocante aos legitimados a tal possibilidade, quanto ainda (e mais grave) quanto ao alcance das possibilidades e resultados dessa postura aberta e laicizada não apenas no sentido de um secularismo que é próprio das repúblicas contemporâneas, mas também pela permanente disposição de um acontecer sempre 'em aberto' e a dialogar com as transformações sociais.

Dito de outro modo, revela-se o caráter e a natureza diacrônica da interpretação, ou seja, o seu caminhar contínuo pela história das ciências humanas não apenas como 'ciência ou arte' de revelação de sentidos, mas igualmente de instrumento de poder, de facticidade real e concreta, de domínio, mas também, e essa é a hipótese aqui trabalhada, de emancipação e fortalecimento do processo e das instâncias democráticas, libertas dos redivivos "Colégios de Pontífices' que pululam, ainda, em nossa tradição.

A possibilidade e o caminho em aberto para o que há pouco chamamos de necessidade de laicização da interpretação, naqueles dois sentidos colocados, cujo reflexo seria o abrandamento da interpretação como tarefa exclusiva dos atuais "Colégio

[58] Ibidem, p. 458

de Pontífices' passam pela 'nova hermenêutica' numa nova ontologia, como trabalharemos a seguir.

Desenvolvido por Thomas Khun, a noção de paradigma[59] nos dá a dimensão de um momento na história do pensamento científico em que dado conceito, teoria ou ideia tem força dominante, porque aceita pela comunidade científica e resiste até uma nova substituição, até que outros modelos ganhem prevalência e assumam o centro epistemológico de (re) conhecimento pela comunidade científica numa constelação de princípios necessários ao conhecimento puro e racional.

O grande salto arquimediano nesse modelo é a constatação de que o conhecimento deixa seu estatuto absoluto (e estático) para assumir uma 'relatividade' próxima da ideia de verdade passa a ser compreendida a partir do ponto de vista referencial do sujeito que pensa, problematiza e teoriza, à medida que o sujeito, agora, 'ser que pensa' é que dará sentido ao ente.

O conhecimento então deixa de ser 'descoberto', de modo objetivo, para ser 'construído' pela subjetividade que compreende, e esse percurso só se dá pelo caminho da hermenêutica, antes, profundamente marcado pelo idealismo da teoria do conhecimento kantiana e na chamada 'revolução copernicana' imposto pela sua visão.[60]

O 'ente' deixa de ter um fundamento em si mesmo para ser desenhado pela perspectiva do observador. Em sentido mais simples: a verdade é construída pelo sujeito que pensa, e não mais pela simples contemplação intelectual; o sujeito, aqui, é constituinte da verdade, ele revela o entendimento, e tal se dá pelo labor hermenêutico,

---

[59] Segundo o próprio autor, o paradigma: De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal". Num segundo sentido: Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade consiste em homens que partilham um paradigma. KHUN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 5º edição. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000, pp. 262/263

[60] De modo sucinto, trata-se, aqui, da constatação de Imanuel Kant em sua Crítica da Razão Pura quanto à impossibilidade de conhecimento e acesso da 'coisa em si' (*noumenon*) mas tão somente ao fenômeno à aparência/àquilo quese mostra (fenômeno), de modo que se o conhecimento é obtido pela experiência sensível, o sujeito é o criador do conhecimento pela interferência na constituição do objeto, posto que o fenômeno seria justamente o resultado do encontro de algo em si (enquanto tal incognoscível) e elementos do sujeito que põe a conhecê-lo. (REGO, Pedro Costa. **Kant: a revolução copernicana na filosofia**. In FIGUEIREDO, Vinícius de. (org). Seis filósofos na sala de aula. São Paulo: Berlendis&Vertecchia editores. 1º edição, 2006. p. 164

pelo conjunto das condições e pricípios que buscam o desvelar de sentido neste espaço epistemológico, como dito por Habermas: 'o trabalho de constituição de mundo deixa de ser uma tarefa da subjetividade transcendental para se transformar em estruturas gramaticais'.[61]

Tendo passado antes pela Escola neopositivista do Círculo de Viena (Positivismo Lógico), essa nova abordagem seminal da filosofia da linguagem vai encontrar um novo horizonte de desenvolvimento nas pesquisas de Ludwig Wittgenstein, em especial em suas Investigações filosóficas, onde a linguagem não mais se revelaria como ponte de ligação entre sujeito que observa e conhece (o objeto), mas agora é ela mesma a possibilidade de conhecimento.[62]

2.1 Hermenêutica e a busca pela natureza do entendimento. Os antecedentes clássicos: Dilthey e Schleiermacher

A Hermenêutica dita filosófica, como veremos, foi precedida de outras epistemologias que promoveram uma abordagem de matriz, ora muito próxima das 'ciências naturais' e seu método objetivo, ora com incursões subjetivas na busca da 'alma do autor/objeto' da análise interpretativa, modelos anteriores ao 'paradigma linguístico'.

Gadamer, como veremos mais a frente, elaborou as suas 'hermenêuticas' num esquema que já veio prefigurado no século XIX, o apogeu do positivismo nas 'ciências do espírito'. Nesse cenário, despontou o trabalho de Wilhelm Dilthey e uma pretensão de trabalhar as chamadas 'humanidades' já de modo diverso de outros positivistas, como Auguste Comte e Émile Durkheim, arautos do 'positivismo sociológico'.[63]

Mas em que consistiria essa diferença de abordagem de Dilthey?

À maneira positivista clássica, o método historicista e a interpretação estariam ancorada na 'explicação' a partir das causas dos fenômenos, tal qual o observador as veriam no mundo físico, logo, de maneira objetiva. De outro lado, Dilthey inaugura uma

[61]HABERMAS, Jürgen. Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 15
[62] BORGES, Guilherme Roman. Op. cit., p. 466
[63] Ghiraldelli Jr, Paulo. A Aventura da Filosofia: De Heidegger a Danto. São Paulo: Manole, 2011, 1º edição, p. 42

hermenêutica, enquanto método, baseada na ‘compreensão’, ou seja, no mergulho e análise das razões e motivos das causas, tal como um psicólogo diante de um esforço de imaginação em quê o observador se poria *‘no lugar do outro’*, no seu ‘ambiente histórico’, forjando, agora, uma ‘objetividade compreensiva’, num método de investigação que viria também a ser adotado por pensadores da fenomenologia, como Edmund Husserl e Martin Heidegger.[64] Isso assim se daria, porquê, para Dilthey, a explicação causal seria inapropriada para o objetivo e essência das ‘ciências humanas’.

Em Dilthey, para além de sua divisão entre ‘ciências dos espírito’ e ‘ciências humanas’ , cujos reflexos ainda estão presentes na epistemologia contemporânea, as questões colocadas sobre o entendimento do mundo, portanto, hermenêutico, estavam ligadas a ‘experiências vividas’ e a uma relação inextricável entre presente e passado histórico, mas sempre colocadas naquilo a que chamaria posteriormente por Jürgen Habermas de ‘*mundo da vida*’, deixando muito evidente que somos sempre ‘seres históricos’ razão mesma e pela qual o ‘entendimento’ estaria também amalgamado a um sentido histórico.

Todavia, se Dilthey inovou na sua abordagem de uma hermenêutica com metodologia ‘compreensiva’ em lugar de meramente ‘explicativa’ ainda assim, manteve um ‘caráter metodológico’ à tarefa interpretativa, o que viria se diferenciar da hermenêutica gadameriana, embora por ele muito influenciada, posto que esta dispensou o estabelecimento de um método específico, para situar-se, como será visto, numa ‘ontologia fundamental e filosófica’.

Não obstante sua contribuição para as ‘ciências humanas’, antes mesmo de Dilthey outro pensador também se debruçara com especial afinco sobre a questão das ‘hermenêuticas’, desenvolvendo um método denominado de ‘psicologização interpretativa’ de grande alcance e repercussão nesse cantão da Filosofia moderna, eis o que justifica, sob pena de inaceitável lacuna, uma notícia sobre Scheleiermacher.

Na denominada ‘hermenêutica romântica’, Schleiermacher tem o mérito de propor uma ‘hermenêutica geral’, ou seja, métodos de busca do entendimento para diversas categorias do conhecimento e interpretação, antes mais afeita ‘à busca de sentido dos textos bíblicos’, eis um mérito, como veremos, expressamente reconhecido por Gadamer.

---

[64]Idem, p. 43

Resgatando da retórica clássica a noção de ‘círculo hermenêutico’ (e que seria retomada mais tarde por Heidegger e Gadamer) o autor das ‘hermenêuticas românticas’ confere a ele uma nova ênfase, para explicar que o entendimento só é possível numa visão e leitura dinâmica entre as *‘porções de um texto e a unidade do todo’*, numa relação direta e necessária, de tal modo que ‘*o todo deve ser entendido em relação às partes, e estas ao todo’*. A ideia presente nesta exposição é a de que não se pode conhecer a leitura correta de uma passagem de um texto, ignorando ao mínimo uma ideia prévia, sobre o texto todo, valendo o caminho verso, ou seja, não é dado conhecer a totalidade de um texto sem antes o conhecimento de determinadas passagens.

Para Schleiermacher, no processo de compreensão de um texto, ter-se-ia, i) análise do aspecto gramatical-linguístico; ii) análise da intenção do autor, ou seja, uma imersão na sua psicologia. Este segundo aspecto, fonte de polêmicas irresolúveis, sobretudo com acentuada crítica de Gadamer, denominou-se ‘divinatório’, porque marcadamente subjetivo e com vistas à busca da ‘alma do autor’ o que possibilitaria, nesse ‘psicologismo’ por meio da interpretação, uma ‘recriação’ da obra em estudo pelo intérprete.

Assim, além do processo gramatical-linguístico na análise hermenêutica, claramente impessoal, portanto, somar-se-ia outro, subjetivo e pessoal (psicologista) que demandaria uma congenialidade, traduzida num compartilhamento de ‘sentimentos entre autor e intérprete’, como afirmado por Brito: “A proposta de Schleiermacher afirma a possibilidade de reconstruir na compreensão a determinação original de uma obra. Assim, poderíamos reconstruir o sentido de uma obra de arte ou literária transmitida do passado e que, por isso, nos chega desenraizada de seu mundo original’.[65]

Essa ‘fusão de almas’ proposta por Schleiermacher, na verdade, essa possibilidade de imersão na psicologia do autor, profundamente subjetiva, em que pese – como será visto adiante – encontrar algum paralelo com a abordagem gadameriana de contato entre autor e intérprete, mesmo considerando a distância temporal, é refutada de maneira muito enfática por Gadamer, ao não admitir o alcance da ‘dimensão psíquica’ do autor e a (re)construção da sua obra original, em razão, segundo Gadamer, de que o

[65] BRITO, Evandro Oliveira de. Consciência histórica e hermenêutica: considerações de Gadamer acerca da teoria da história de Dilthey. Revista Trans/Form/Ação [online]. São Paulo, nº2, volume 28, p 11

entendimento de um autor ultrapassaria as suas intenções e o sentido mesmo da produção em dado contexto pensado pelo autor.

É que em Gadamer, não seria possível o desprezo a historicidade mesma do intérprete, posto que sempre inserido numa realidade prévia que é já em si mesma condicionante do seu entendimento, nem tampouco seria válida a desconsideração da chamada 'consciência histórica', uma vez que toda interpretação é indissociável da sua própria ambiência política, cultural e social.

É por isso, também, que o entendimento hermenêutico, como sustenta Gadamer, não prescinde da abordagem dialógica e interativa, cuja deficiência acusa em Schleiermacher, e que representaria, no próprio 'círculo hermenêutico' a ausência de diálogo entre o 'todo e as partes'.

Mas se com esses dois autores, Dilthey e Schleiermacher, brevemente visitados, as 'hermenêuticas' ainda não haviam sido de todo inseridas na 'virada linguística' do que viria a se tornar o novo paradigma em meados do século XX - não obstante sua notável contribuição para o entendimento das 'ciências humanas', avanço maior que só não foi possível em razão de estarem ainda 'presos nas teias oitocentistas' **-** o início do grande salto, da viragem propriamente dita e da elevação da hermenêutica, então método de entendimento, para o *status* de hermenêutica filosófica, calcada, como iniciou Dilthey, na compreensão e relegando a segundo plano a mera 'explicação causal', viria a acontecer no âmbito de uma 'fenomenologia existencial', ou mais precisamente, pelas tintas pinceladas na 'floresta negra' por obra e engenho de Martin Heidegger e sua categoria existencial do dasein na chamada hermenêutica da facticidade.

2.2 Da Filosofia Hermenêutica à hermenêutica filosófica: De método à compreensão fenomenológica

Dentro já de uma nova perspectiva de abordagem hermenêutica, buscando o isolamento e distanciamento com a matriz positivista-normativista, herdeira do paradigma da filosofia da consciência e sua estrutura lógico-formal, fundada numa pretensa 'razão suficiente' como vimos no capítulo anterior deste trabalho, surge, dos escombros e ruínas daquele modelo epistemológico, ainda que em muitas vertentes ainda resistam edifícios

inteiros, uma invasão pela Filosofia orquestrada pela linguagem e o papel central do homem no ‘fazer conhecimento’ a partir de uma abertura existencial como ‘ser-no-mundo’ e ‘ser-aí’*(Dasein),* onde a linguagem, agora, se eleva da simples condição de ‘terceira coisa’ interposta entre sujeito e objeto para assumir o status de constitutiva e condição de possibilidade do conhecimento.

No ambiente dessa ‘*revolução linguística*’ Martin Heidegger foi o responsável pela abertura da hermenêutica,[66] antes presa pela tradição a um caráter metodológico, introduzindo-a num horizonte universal, de abertura para a fundamentação última pelo espaço da linguagem, enraizando a hermenêutica numa estrutura agora da ‘vida fática’ (ou facticidade) e busca – eis o seu projeto fundamental – trazer à tona a pergunta pela questão do “ser’ então encoberto pela metafísica tradicional voltada que estava para a questão do ‘ente’, fazendo emergir a figura do *Dasein (ser-aí, ser-no-mundo, pre-sença),* comumente entendido como nossa própria ‘condição humana’ e sua inescapável finitude. E isso deixaria marcas indeléveis na sua filosofia.

E isso se deu, por conta de que Heidegger transcendeu a crítica ao positivismo e à metafísica por acreditar na necessidade de superação dos impasses que ambos (positivismo e metafísica) haviam colocado a Filosofia ocidental. O que o filósofo tencionou explicitar foi a necessidade do resgate de uma ‘filosofia (vida) autêntica’ para resgatar o pensamento de ‘desvelamento do ser’ – numa palavra, ‘o que é’.[67]

A denúncia heideggeriana encontrava eco no fato que história da filosofia, e por sua vez como história da metafísica, resumia-se a uma história de ‘encobrimento do ser’, cujo resultado, paradoxalmente, foi o aprisionamento, na Modernidade, em uma nova forma de metafísica representada agora pela ‘razão cartesiana e certeza do Cógito’.[68]

Após essa denúncia do ‘encobrimento do ser’ levado a última consequência pela metafísica moderna ancorada na razão cartesiana, para o filósofo alemão, supremo erro da tradição ocidental, buscando compreender o ‘ser’ do homem da mesma forma como

[66] STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. Op. cit., p.11
[67] GUIRALDELLI JR, Paulo. A aventura da filosofia. Op. cit., p. 16
[68] Ibidem, p. 17

se tratasse da ‘presença das coisas’[69], o próprio Heidegger nos dá uma ligeira exposição sobre a ‘autoevidência’ do ‘ser’ e seu encobrimento pela tradição:

> O “ser” é o conceito evidente por si mesmo. Em todo conhecimento, enunciado ou relacionamento com os entes e em todo relacionar-se consigo mesmo, faz-se uso de “ser” e, nesse uso, compreende-se a palavra “sem mais”. Todo mundo compreende: “ o céu *é* azul, “eu *sou* feliz”, etc. Mas essa compreensibilidade comum demonstra apenas a incompreensão. Revela que um enigma já está sempre inserido *a priori* em todo ater-se e ser para o ente como ente. Por vivermos sempre numa compreensão de ser e o sentido de ser estar, ao mesmo tempo, envolto em obscuridade, demonstra-se a necessidade de princípio de se retomar a questão sobre o sentido de “ser”.[70]

Ali fica clara a crítica e denúncia quanto ao ‘‘encobrimento do ‘ser’ – e que viria a revelar a função fundamental da hermenêutica, como veremos mais a frente – onde sua própria auto-evidência problematizar aquela incompreensão a que já aludimos, como explicita o próprio Heidegger, “no âmbito dos conceitos fundamentais da filosofia, e até com relação ao conceito de “ser”, é um procedimento duvidoso recorrer à evidência, uma vez que o “evidente”, isto é, “os juízos secretos da razão comum” (Kant), deve ser e permanecer o tema explícito da analítica (“o ofício dos filósofos”).[71]

Não buscaremos nesse trabalho, por razões a que o Heidegger, por certo, não aprovaria (a auto-evidência) imiscuir-nos na análise profunda do *dasein* e suas não menos profundas polêmicas e críticas pela tradição filosófica do século XX[72], mas essa elucidação se fez necessária para a (tentativa) de compreensão do papel que a ‘nova hermenêutica’ viria a desempenhar: o des-velar do que antes ‘evidente’ , mote primordial dessa abertura de clareira a que se chamaria ‘hermenêutica ontológica’, justo, pela abordagem do “ser’, da “essência” e da ênfase na questão ontológica, portanto, em detrimento aos primados ônticos - ligados às coisas e aos entes.

---

[69] KRELL, Andreas Joachim. A hermenêutica ontológica de Martin Heidegger, o seu uso da linguagem e sua importância para a área jurídica. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, nº 113. pp. 101-147. jul./dez.2016, p. 109

[70]HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Tradução de Márcia Sá Cavalcante. 10º edição Petrópolis: Editora Vozes, 2015, p.39

[71] Idem, p. 40

[72] A obra fundamental de Heidegger, Ser e Tempo, carrega o ‘fardo’ de ser uma das mais complicadas obras da filosofia mundial, posto se tratar ainda de um ‘fragmento’, uma vez que muitas das demais partes, como nos lembra Rüdiger Safranski, jamais foram publicadas, de modo que muito de sua bela recepção se deveu ao seu caráter por vezes obscuro, místico, e que bem calhou ao gosto do leitor burguês do início do século XX no período que se seguiu ao espanto da I Guerra Mundial. SAFRANSKI, Rüdiger. Heidegger: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. Tradução: Lya Luft. São Paulo: Geração Editorial, 2005, p. 187/193.

Nesse caminho, Heidegger fundamentou essa nova perspectiva pela primazia da ‘linguagem’ como marca determinante do homem, posto que seria pela linguagem, pois, que o sentido do ser se desvelaria enquanto verdade originária, no qual o ser viria à fala, numa verdadeira ‘interpretação do ser’, numa própria e original ‘ontologia hermenêutica do ser-aí’ em detrimento do paradigma científico dominante que via a linguagem como possível de apreensão racional pelo sujeito pensante.[73]

A marca dessa ‘revolução linguística’ na filosofia em geral, e na hermenêutica, em particular, está na suspensão, senão abandono, do ‘método’ como instrumento da racionalidade para o alcance da verdade, em substituição à ‘linguagem criadora do mundo’, na linguagem como ‘lugar de fala e acontecimento’ para a compreensão, numa simbiose com o tempo histórico (ou temporalidade) delimitando o próprio horizonte da compreensão. Essa ontologia é a característica indelével da compreensão, porque nesse horizonte existencial, ela a (compreensão) não se vê mais enredada num ente material ou espiritual, mas antes é constituinte do ser-aí*(dasein).*

E isso não foi pouca coisa no âmbito das ciências humanas, posto que essa visão, agora inundada de linguagem do homem com ‘ser-aí’ traz o influxo do entendimento para aquilo que em Heidegger é o ‘desde-já-sempre’, ou seja, a compreensão é fenômeno não buscado no procedimento alicerçado em método, ora psicologista (Schleiermacher) ou apenas histórico determinado por causas efeituais ou motivos (Dilthey) mas é um ‘acontecimento já no próprio homem’ enquanto ‘ser-no-mundo’, na sua facticidade.

Dessa situação que é já um ‘desde-já-sempre’ Martin Heidegger, como ensina Krell, apresentou o tempo como horizonte de toda a compreensão, por sua vez, enraizada na esfera da existência humana. Não por outra razão, a expressão fundamental ‘*dasein’* implicar um certo ‘jeito da existência humana’, ou, ainda, um tipo muito especial da experiência humana, mas que de qualquer modo (e sempre) inelutavelmente ligada à consciência da finitude, daí a afirmação em Heidegger de que ‘tempo seria o horizonte de toda a compreensão’.[74]

---

[73] KRELL, Andreas Joachim. Op. cit., p. 110

[74]De acordo com Paulo Ghiraldelli Jr, “a experiência fenomenológica, como Heidegger a toma, tem de ser capaz de deixar a linguagem nos fazer ouvi-la e isso não poderia ser alguma coisa difícil de aprender. É possível se preparar filosoficamente para a experiência originária, um passo decisivo para a experiência autêntica. A experiência fenomenológica mostra a um falante capacitado que ele cai na linguagem e que é ela quem fala por sua boca. Nada é visto se cada falante que observa o mundo pensa em enumerar e

Desse modo, portanto, os objetos são acessíveis apenas pela linguagem, aquela mesma que lhes confere sentido, e não mais ontologicamente "*em si*", e a antecipação de sentido pela consciência ocorre por meio de uma pré-compreensão, em cuja possibilidade de objetividade repousa na historicidade e finitude do *Dasein* (ser-aí, pre-sença).[75]

Assim, fica mais confortável percebermos a profunda transição de uma hermenêutica que antes na tradição era simples estrutura metódica (caminho, passo a passo para o saber) para um 'acontecer fenomenológico' da existência do 'ser no mundo' que é 'desde-já-sempre', como aponta Marco Aurélio Marrafon

> **Ora, se o mundo só existe enquanto consciência de mundo, o *Dasein (ser-aí, pre-sença),* entendido como ser humano que existe e "está aí' (ou seja, limitado, finito e temporal), é condição imprescindível para que os entes ganhem sentido, pois as coisas só comportam significado quando se inserem numa totalidade de significados que o Dasein já dispõe.**
> **Isso ocorre porque, em Heidegger, para que o homem compreenda e adquira consciência do mundo, é necessário que antes ele tenha um conjunto de valores e conhecimentos dados *a priori* (pré-compreensão), frutos de sua condição de "estar-no-mundo' e determinante do sentido existencial.[76]**

Dessa perspectiva 'existenciarista'[77] de Heidegger temos que a hermenêutica da facticidade implicaria numa apropriação da ideia de *compreensão* para situá-la na vida fática e não mais no plano teórico e abstrato, mas seria antes (e contudo) uma questão existencial, entendida como a concretização de possibilidade ontológica do *ser-aí,* de tal forma que ele não teria, vez ou outra, alguma compreensão, mas que nessa sua facticidade ele *é* fundamentalmente compreensão.

---

descrever, sem se dar conta de que o que efetivamente ocorre é linguagem falando. Então, é melhor prestar atenção nela e, com sorte, será possível ouvir *o que é* – o ser que se manifesta em sua morada, a linguagem. GHIRALDELLI JR, Paulo. A aventura da Filosofia: Op cit., p. 20

[75] Não se ignora, aqui, as diversas 'lutas interpretativas' travadas entorno da mais apropriada tradução filosófica do '*da-sein'* e que por sua vez constitui a própria essência da filosofia de Heidegger. Contudo, e em que pesem as tradicionais traduções vertidas ao português do *dasein* como 'ser-aí' ou 'ser-no-mundo', o que em nossa posição melhor enaltece o caráter ontológico-existencialista da hermenêutica da factiticidade, oportuno o esclarecimento da moderna e mais atual interpretação constante da 10º e última edição de 'Ser e Tempo', na tradução de Márcia Sá Cavalcante (2015) quanto à predileção pela tradução a partir do prefixo 'pre' tornando o dasein (des)substantivado como 'pre-sença'.

[76]MARRAFON, Marco Aurélio. Op. cit., p. 151

[77] O uso aqui da expressão 'existenciarista', em lugar do óbvio: 'existencialista', é uma referência explícita a posição sobre o termo cunhado por Luiz Fernando Coelho em passagens de sua obra: Fumaça do bom direito: Ensaios de filosofia e Teoria do direito. Curitiba:Bonijuris/JM Editoria, 1º edição, 2011

Isso nos autorizaria pensar que o '*da-sein'*, em que a partícula 'da' não assume exatamente uma definição própria, e tampouco uma delimitação ou dimensão espacial (nem lá, nem cá) mas antes seria uma função primária intensificação de 'avivamento', 'demarcação' do ser (sein) bem implicaria, na tradução latina, o prefixo 'pre' a indicar uma 'antecipação do ser' e que ao mesmo tempo lhe ultrapassa, em algo como 'um eu que é ao mesmo tempo um outro' num paradoxo que, para além de uma complicação conceitual, dar-nos-ia bem a dimensão do caráter existencial da temporalidade do 'ser' tematizado em 'Ser e Tempo'.[78]

Em Heidegger, portanto, temos os predicados teóricos para a superação da Filosofia da Consciência e abertura da Filosofia da Linguagem, e tal caminho se deu com o 'empréstimo' do método de Husserl mas agora para construção de uma teoria baseada na ontologia fundamental pela noção do *Dasein* (*ser-aí, pre-sença*), e na afirmação de que é o 'ser' que determinaria o 'ente como ente', dando a ele sentido, mas sendo dele diferenciado, resultando, assim, na concepção existencialista de que os objetos existiriam de forma separada e independente dos homens, porém, só adquirindo sentido e existência pela tomada de consciência que deles tomassem o sujeito.

Essa passagem, que nos revela uma certa 'transgressão' de Heidegger em relação à fenomenologia de Edmund Husserl estaria, a um só tempo, no cerne e na origem do posterior desenvolvimento da noção de 'facticidade', e como ponto de ruptura daquele método marcadamente idealista, como destaca Krell:

> Ao contrário de Husserl, para quem o conhecimento das coisas se deixa reduzir à intuição subjetiva individual ("consciência transcendental"), seu discípulo Heidegger entende que a compreensão do mundo se opera em função da facticidade de sua própria estrutura ontológica, isto é, da existência prática do homem (o *ser-aí).* Para ele, a fenomenologia é a pesquisa "daquilo que se mostra a partir de si mesmo" e que leva à recondução do olhar do ente para o *ser.* Como este, contudo, não se mostra, torna-se preciso empregar a hermenêutica para promover os motivos da sua ocultação.
> Assim, o pensar fenomenológico contrapõe ao conceito moderno de *método* a experiência pré-científica do homem em relação à vida real e ao mundo, erguendo-a como contraponto da filosofia metodologicamente orientada. [79]

Ao assumir a compreensão como uma postura fenomenológica, e não mais 'método para a interpretação', ou seja, naquela postura de uma 'ontologia fundamental'

[78] HEIDEGGER, Martin. Op. cit., p.27
[79] KRELL, Andreas Joachim. Op. cit., p.117

como já advertíramos anteriormente, esse processo se dá quando o ser (dasein) é colocado no seu próprio mundo, na sua finita possibilidade de existir, em sua própria e conhecida cotidianidade, exatamente porque aqui se vê confrontado com os seus valores, sua significância de mundo, porquanto a compreensão se dá sempre a partir de condições e situações prévias do homem no mundo[80].

Mais ainda do que isso, a 'ontologia fundamental' em Heidegger nos dá a dimensão de sua (tentativa) de ruptura com a modernidade racional, sobretudo, como já apontamos, com o 'cogito' cartesiano, porque ao colocar a compreensão na própria existência, no âmbito do ser-no-mundo como um desde-já-sempre, não mais método, mas um existencial, a viragem se revela, ainda que de modo discreto, pela superação, antes rigorosa, do sujeito e objeto.

E como ocorreria, no plano filosófico, essa superação que há tanto marcara o pensamento da modernidade? Em Heidegger, o mundo é a manifestação em cuja totalidade o homem já se encontra 'desde-sempre' mergulhado, e de tal maneira que mais do que compreendê-lo por meio das da captação ativa das entidades que nele se mostram, a existência se dá pela sensação deste mesmo mundo.

De tal sorte, portanto, que soa natural a radical contrariedade de Heidegger a separação promovida pelo sujeito cognoscente (o eu) e o mundo fenomênico (objeto), porquanto os objetos, o mundo mesmo, já faz 'desde sempre' parte do próprio sujeito (ser-no-mundo), logo, não haveria relação do tipo sujeito-objeto, mas sim no esquema sujeito-sujeito.[81]

E insistimos nesse ponto, com o risco da repetição *ad nauseam,* menos por vício discursivo e mais para bem delimitar o campo de abertura dessa ontologia para o exame posterior da hermenêutica e sua especial incidência sobre o Direito, o qual por sua vez, desde o positivismo ainda reinante (em quaisquer das suas modalidades), ainda resiste à viragem linguística, decerto, pela ainda igual incapacidade de promover a superação do esquema epistemológico moderno da relação sujeito-objeto.[82]

---

[80] HUPFFER, Maria Haide. Ensino Jurídico: um novo caminho a partir da Hermenêutica Filosófica. Viamão: Entremeios editora. 2008, p. 89

[81] PALMER, Richard "apud" Krell, Andreas Joachim. Op. cit., p. 114

[82] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10º edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 73/76

Neste sentido, e bem identificando esse caráter ontológico da obra de Heidegger sobre a análise da compreensão como um 'existencial', lembra-nos Falcão que "esta hermenêutica pretende superar a dicotomia entre sujeito e objeto, já que a compreensão nunca dependeria da interpretação individual de conceitos relacionados às coisas. Ao contrário, o *ser* dos entes se revelaria independentemente da consciência subjetiva de cada um'.[83]

Essa percepção e ao mesmo construção de uma hermenêutica imersa numa cotidianidade, reconhecendo que compreender é sempre um compreender-se', em outras palavras, a compreensão, num movimento circular – aquele mesmo já trabalhado por Schleiermacher – fazendo sempre o retorno ao 'pré-compreendido', ou seja, é uma circularidade que implica o reconhecimento de que no movimento de compreender, já se compreendeu aquilo que almeja interpretar.[84]

É por isso que a 'pré-compreensão' e a partir do 'si mesmo', daquele *dasein* traduzido como 'eu que é também um outro' estabelece uma relação fundamental na hermenêutica de Heidegger porque é no homem e sua finitude como existência que repousa a busca da causa primeira, porque o homem é 'ser-no-mundo', e essa condição é a que torna possível a busca pelo sentido do ser, logo, o fundamento da teoria do conhecimento.[85]

Dito ainda de outro modo, é que a questão fundamental da filosofia heideggeriana é a permanente busca do ponto de origem do local do conhecimento, sua gênese e onde se dá o desmembramento 'sujeito-objeto', sendo tal lugar, o '*ser-em'*, assim no gerúndio, porque o lugar da compreensão é um referencial não terminado, mas indicativo, e ele passa, fundamentalmente, pela verificação de que já existe um 'desde-já-sempre' em nós mesmos, traduzido como uma antecipação prévia de sentido que se revela na compreensão do ser.[86]

Essa 'movimentação circular da compreensão' será depois aprofundada numa perspectiva mais centralizada na questão do 'entendimento de qualquer fato do mundo'

---

[83] FALCÃO, Raimundo Bezerra. Hermenêutica. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 176
[84]Idem. p.89
[85] STEIN, Ernildo. Diferença e Metafísica: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre:EDIPUCRS, 2000. p.165
[86] Idem, p. 166

como será abordada em Gadamer, discípulo de Heidegger, é constitui o 'fio de ariadne' para a identificação de uma hermenêutica constitucional fincada na matriz do 'pluralismo jurídico' e das formas diretas ou tangenciais da Teoria Crítica do Direito e das correlatas epistemologias alternativas, haja vista que já soltas das amarras e arquétipos formalistas e 'assujeitadoras do objeto' aos moldes do 'positivismo-normativista', para encontrar possibilidades emancipadoras de 'buscas de sentidos' outros, numa 'circularidade que se fundamenta na vida cotidiana', algo como já definido, na hermenêutica constitucional, como a '*força normativa do fático'* passando pela linguagem dialógica com todos os fenômenos da existência, como veremos na segunda parte deste trabalho.

2.2.1 O salto da Hermenêutica ao horizonte filosófico: 'A Hermenêutica como coisa de Gadamer"

Retomando (e a partir) da fenomenologia como compreensão do mundo de Heidegger, Hans-George Gadamer promoveu uma hermenêutica para 'abertura e entendimento do mundo' por meio de linguagem, mas rompendo com a tradição hermenêutica anterior (Dilthey, Schleimacher, sobretudo) que a enxergava como simples método, ainda presa no esquema sujeito-objeto do paradigma da consciência.

A partir de Heidegger, portanto, Gadamer dirá que a linguagem é 'meio universal do entendimento', meio pelo qual se vive no mundo, ambiente no qual sempre se habitou, e ao mesmo tempo, representa o *médium* da experiência hermenêutica, no sentido de 'lugar, espaço, meio ambiente, circunstância, modo de algo ser e efetivar-se. Daí, que a intepretação e tradução (de textos) é uma experiência hermenêutica que ocorre 'pela linguagem', sendo a compreensão, desse modo, um processo linguístico onde a tradução seria exemplo de linguisticidade.[87]

Quando se trata de pensar a história, a hermenêutica no novo paradigma deixa de ser a ponte para permitir que o intérprete se coloque na ambiência histórica do objeto (texto, autor) para aí, reconhecendo que estamos inseridos no mundo, resgatar uma *com*-preensão, ao contrário do esquema de explicação próprio das ciências naturais, para

[87] HUPFFER, Haide Maria. Op. cit., p. 121

buscar ‘as causas’ ‘os motivos’, mas sendo, agora, também – por influência de Heidegger - um aberto e sublime exercício de imaginação, logo, existencialista.

Nesta nova perspectiva já embrenhada de uma anterior filosofia que não esconde sua origem fenomenológica-existencialista, o entendimento não mais estaria resumida a um ‘método’ – que antes dele era uma ponte para a ‘consciência histórica’ – resultado do entendimento, mas um ‘acontecimento existencial do ser’, parte da sua própria constituição.

E por quê? Ora, porquê somos integrados em uma comunidade na qual *somos o que somos*, cuja ligação só ocorre por meios linguísticos, de tal maneira que o entendimento se dá pelo *ser comunitário*, que é o próprio ambiente comunitário, o que permite o resgate da tradição e dos pré-conceitos, o que virá a ser fundamental na análise da hermenêutica constitucional e da resistência pelos movimentos sociais como será debatido na parte final deste trabalho.

Essa nova perspectiva de Gadamer, e aí mais uma vez se releva o seu caráter inovador, não tem aquele elemento de psicologização traduzida como ‘se colocar no mundo do outro’, mas sim a ambiência histórica e entendimento com o outro passa a se dar pela ‘fusão de horizontes’, outro conceito-chave na sua hermenêutica.

O ponto inicial é a fenomenologia de Edmund Husserl, de quem Heidegger viria a ser discípulo, estruturada numa forte reação ao positivismo e na crítica da ausência de unidade filosófica e na negligência de questões acerca da essência das coisas, o que o levou a uma renovação da noção de fenômeno, dando início assim à fenomenologia e, de consequência, permitindo a abertura da Filosofia da Consciência (ou do Sujeito) para a Hermenêutica filosófica, na qual o conhecimento seria constituído por uma cadeia de significações produzidas pela própria razão.[88]

Daí a construção de uma nova ontologia pelo existencialismo, nas palavras de Marilena Chauí

> Sem consciência não há mundo porque as coisas só existem na medida em que são percebidas e compreendidas por ela e, sem as coisas, sem o mundo, também não sobra nada, já que dessa maneira a consciência do sujeito, não sobrevivem. A nova ontologia parte da afirmação de que estamos no mundo e de que o mundo é mais velho do que nós (isto é, não esperou o sujeito de

[88]HUSSERL, Edmund. Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia. Tradução de Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001, pp. 20-23

> conhecimento para existir) mas, simultaneamente, de que somos capazes de dar sentido ao mundo, conhecê-lo, transformá-lo. Não somos consciência reflexiva pura, mas consciência encarnada num corpo.[89]

Desse modo, portanto, os objetos são acessíveis apenas pela linguagem, aquela mesma que lhes confere sentido e não mais ontologicamente "em si", e a antecipação de sentido pela consciência ocorre por meio de uma pré-compreensão, em cuja possibilidade de objetividade repousa na historicidade e finitude do Dasein (ser-aí).

Com Gadamer à hermenêutica da facticidade heideggeriana é acrescentado um novo sentido a partir da soma de outros ***elementos históricos e culturais*** que se fazem presentes no sujeito que já é, ele mesmo, sujeito histórico.[90] Essa historicidade da compreensão é alçada à condição de princípio hermenêutico, dos quais se destaca o 'círculo hermenêutico', cuja explicação de sua estrutura essencial mostra-se, neste ponto do trabalho, tarefa indispensável.

2.2.1.1 O círculo hermenêutico e a problematicidade dos 'preconceitos' como vício da Aufklärung

Pelo 'círculo hermenêutico' Gadamer prevê a reabilitação de 'preconceitos' que permitirão a compreensão dos textos por meio do hábito linguístico epocal e de seu autor.[91] Assim, a compreensão passará a exigir o 'reconhecimento do outro' como condição de que para a compreensão de um texto, é preciso antes deixar que o 'texto também lhe diga algo', restando possível o reconhecimento (pelo círculo hermenêutico) da coisa mesma, onde a objetividade estaria garantida pela distância tendo como resultado, ao final, o ponto médio como resultado do processo interpretativo.

O 'círculo hermenêutico', como vimos, já estava presente na 'metodologia hermenêutica' anterior, desde Schleiermacher e Dilthey, que por sua vez tinham-no

---

[89] CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. 9º edição. São Paulo: Ática, 1997, p. 241

[90] Segundo, Marco Aurélio Marrafon: "ao lado da ideia de experiência, outro conceito precioso a Gadamer é o de 'acontecer da verdade", expressão que contém o elemento da facticidade e denota obtenção da verdade num processo incompatível com o método lógico-analítico. Segundo Stein, essa elocução choca os lógicos, tornando-se uma questão delicada porque na filosofia analítica "a definição de verdade é feita metodicamente através da análise das proposições, das estruturas das posições, para ver se possuem a propriedade de verdade ou falsidade". MARRAFON, Marco Aurélio. Op. cit., p.174

[91] GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 4º edição. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 403

emprestado da ‘retórica clássica’, retomada por Heidegger, em Gadamer, a partir deste, eleva-a a um nível linguístico, aprofundando o entendimento sobre o círculo hermenêutico e sua relação com sentido interno e entre o ‘todo e as partes’, valendo-se da experiência como condição do ‘acontecer da verdade’.

Quanto a essa nova teorização da *circularidade hermenêutica,* deixemos que o próprio Gadamer nos explique que:

> A teoria tradicional do “círculo hermenêutico”, em particular, se apresenta sob novo aspecto e adquire importância fundamental. Não se trata somente da relação formal entre a antecipação do todo e a construção das partes, correspondente à regra de “decompor e recompor” que nos era ensinada nos cursos de latim – relação que de fato constitui a estrutura circular da compreensão dos textos. Ora, o círculo hermenêutico é um círculo rico em conteúdo (*inhaltlicherfüllt)* que reúne o intérprete e seu texto numa unidade interior a uma totalidade em movimento (*processual whole)*. A compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos. Assim, todo encontro significa “suspensão” de meus preconceitos, seja o encontro com uma pessoa com quem aprendo a minha natureza e os meus limites, seja uma obra de arte (“não há um lugar em que não possa ver-te, deves mudar a tua vida”) ou um texto; e é impossível contentar-se em “compreender o outro”, quer dizer, buscar e reconhecer a coerência imanente aos significados-exigências do outro. Um outro chamado está sempre subententido. Tal como uma ideia infinita, o que também está subentendido é uma exigência transcendental de coerência na qual tem lugar o ideal de verdade. Mas é ainda necessário que eu esteja disposto a reconhecer que o outro (humano ou não) tem razão e a consentir que ele prevaleça sobre mim.[92]

Tal experiência (diálogo, preconceitos) é sempre condicionada pela historicidade do intérprete e do próprio texto (fusão de horizontes), em cuja condição de possibilidade repousa toda a compreensão, resultando, de consequência, o caráter ontológico da circularidade hermenêutica, já que o sujeito estaria, inexoravelmente, enredado no processo de conhecimento e pensamento.[93]

Deixando ainda mais claro, o que Gadamer nos diz é que não há como se embrenhar num processo hermenêutico desconsiderando as estruturas prévias da compreensão da qual já ‘*fazemos parte desde sempre’*, ou seja, da nossa pré-compreensão do mundo fático (*ser-no-mundo*), de modo que é como se estivéssemos (desde sempre) condenados por uma tal ‘situação hermenêutica’ que é constitutiva mesma de nossa existência, daí sua afirmação de que ‘o ‘novo’ (interpretar) nasce e vem

---

[92] GADAMER, Hans-Georg. O problema da consciência histórica. FRUCHON, Pierre (Org.). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 3º edição. tradução de Paulo Cesar Duque Estrada. pp 13/14

[93] ROHDEN, Luiz. Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p. 166

à luz desse confronto pela mediação com o antigo'[94], de modo então que a hermenêutica deixa sua condição de método cientificista que lhe fora atribuída pelas etapas que lhe antecederam para assumir, de vez por todas, uma natureza ontológica.

Deduzimos, daí, que *compreender* e *interpretar* não são operações que se dão em processos subjetivos ou autônomos, mas que ocorrem – ao contrário da razão iluminista – conjuntamente e mediados pela *tradição*.

Exatamente isso. Gadamer e sua hermenêutica filosófica fazem como quê um *acerto de contas* com o pensamento iluminista (aufklärung) naquilo em que o movimento por meio do uso e defesa dos *pré-conceitos* legítimos atuando ao lado da *autoridade*, e ambos se prestam a refutar a autoridade (da) e a tradição – que talvez tivesse apoio numa questão menos de ordem filosófica que de política emancipadora da autoridade absolutista - restabelecendo-os como condições do acontecimento da compreensão e da verdade, ou numa palavra, da hermenêutica.

Gadamer faz um trabalho de reabilitação dos preconceitos atribuindo sua carga de negatividade ao 'método cartesiano' ainda estruturante da razão iluminista; porém, faz uma análise que considera, de início, a impossibilidade de superação dos 'juízos prévios', para daí sustentar a necessidade de suspensão de tais juízos para que se reconheça a 'opinião do texto', ou seja, para que se permita uma relação de *alteridade* com o texto interpretado, o que não implica, em absoluto, numa posição de neutralidade do intérprete, como escreve o próprio filósofo:

> Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio das próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e consequente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto.[95]

Nesta linha, portanto, não seria o 'preconceito' em si mesmo dotado de negatividade quanto à tarefa de compreensão de um texto, possivelmente pelo embotamento de visão daquilo a que o 'texto quer nos dizer', mas em Gadamer o problema estaria muito mais próximo daquela situação em que intérprete não se

94 GADAMER, Hans-Georg. O problema da consciência histórica. 3º edição. Tradução de Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 14

95 GADAMER, Verdade e Método I, op. cit., p.359

aperceba dos seus próprios ‘preconceitos’, estes sim, responsáveis pela ‘surdez’ para a coisa de que lhe fala a tradição, logo, não seria o ‘preconceito’ a sua falha em si mesmo, mas antes, portanto, o seu encobrimento involuntário pelo intérprete.

Nesta passagem em especial, fica ainda mais clara a ‘viragem linguística’ a partir da superação, desse modo, do paradigma da consciência e seu método lógico, quando Gadamer identifica o caráter negativo do ‘preconceito’ como coisa própria da razão iluminista, porquanto, continua ele, numa análise histórica do conceito, significa apenas um ‘juízo prévio, não definitivo’ quanto à ‘coisa em questão’, de maneira que poderia ainda ser valorado, de modo positivo ou negativo, muito diferente, portanto, da ‘condenação’ iluminista de seu caráter negativo, guiado pelo ‘princípio da dúvida metódica cartesiana’, de não aceitar nada sobre o que recaísse qualquer dúvida.[96]

A propósito, essa reabilitação da autoridade dos preconceitos e da tradição é questão essencial na hermenêutica gadameriana em razão, claríssima, da abordagem feita em relação àquilo a que o autor denominou de ‘fardo’ da nossa época: a consciência histórica. Diz o filósofo: “Entendemos por *consciência histórica* o privilégio do homem moderno de ter plena consciência da historicidade de todo presente e da relatividade de toda opinião.”[97]

Em Gadamer, e coerente com uma hermenêutica que além de existencial, tem sua base epistemológica mergulhada na *historicidade*, e portanto, método universal das ciências históricas, os preconceitos constituem elementos fundamentais para a compreensão do passado e da consciência histórica, como deixa bem claro:

> É verdade que os preconceitos que nos dominam frequentemente comprometem o nosso verdadeiro reconhecimento do passado histórico. Mas sem uma previa compreensão de si, que é neste sentido um preconceito, e sem a disposição para uma autocrítica, que é igualmente fundada na nossa autocompreensão, a compreensão histórica não seria possível nem teria sentido. Somente através dos outros é que adquirimos um verdadeiro conhecimento de nós mesmos. O que implica, entretanto, que o conhecimento histórico não conduz necessariamente à dissolução da tradição na qual vivemos; ele pode também enriquecer essa tradição, confirmá-la ou modificá-la, enfim, contribuir para descoberta de nossa própria identidade. A historiografia das diferentes nações constitui uma ampla prova disso.[98]

---

[96] Idem, pp. 360/361

[97] GADAMER, Hans-Georg. O problema da consciência histórica. 3º edição. Tradução de Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 17

[98] Idem, p. 12

O panorama revela, a toda evidência, como a reabilitação da autoridade dos ‘preconceitos’ está umbilicalmente ligada à epistemologia das ciências humanas, ou seja, da própria condição do entendimento e do processo hermenêutico. Isso porquê, a compreensão de si mesmo, com a superação dos preconceitos para entendimento do outro é condição inafastável para o exame da compreensão e aquisição do ‘sentido histórico’, ao mesmo tempo em que fornece as condições para uma postura reflexiva diante da tradição, o que pode ser traduzida numa palavra: interpretação.[99]

O problema desnudado pela crítica iluminista *(Aufklärung*) à tradição, repousa na ‘tradição da interpretação das Sagradas Escrituras’, cuja ‘verdade’ deveria estar submetida, sobretudo historicamente, ao ‘Tribunal da razão’, e não da tradição propriamente dita, logo, é aqui que repousaria, por via direta, o que Gadamer denominou de ‘preconceito contra os preconceitos’, muito embora na Alemanha tenham reconhecido os ‘preconceitos verdadeiros’ do cristianismo.[100]

Ora, é por isso que o ´método’ como padrão único de racionalidade do conhecimento formador da modernidade (e que resistiu à época do esclarecimento e galgou posição ainda mais prestigiada no positivismo do século XIX) é recusado por Gadamer, muito embora, imperioso que se diga, não foi de todo refutado no âmbito das ciências humanas, como deixa claro, a propósito, o próprio título de sua obra fundamental (Verdade e Método) em que o ‘método’ aparece ‘ao lado’ da verdade, mas não como sua condição de validade ou possibilidade.

Seguindo-se à crítica feita ao pensamento iluminista pela tradição que lhe seguiu, o romantismo, com sua inversão da noção de autoridade, com restabelecimento, de modo invertido, do ‘velho pelo velho’, da inversão da crença na perfectibilidade da razão pela ‘consciência mítica’, é que iria fornecer o cenário ideal para o surgimento da ‘consciência histórica’ no século XIX, promovendo uma análise, segundo Gadamer, do passado pelos seus valores passados e não mais com os padrões do presente, às vezes, até mesmo superiores àqueles, mas que no romantismo, todavia, também encontraria a mesma ‘crítica radical à tradição’, incorrendo no mesmo erro da razão iluminista, mas agora ainda

[99]GADAMER, Hans-Georg. O problema da consciência histórica. 3º edição. Tradução de Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 19
[100]GADAMER, Verdade e Método I, Op. cit., p.363

mais radicalizada, porquanto promoveu um conhecimento histórico demasiadamente distanciado, portanto, inválido como consciência histórica.[101]

Desse giro de análise feito em Verdade e Método (Gadamer) na identificação de resultado muito próximos entre a razão iluminista e seu sucessor, o Romantismo, em especial como validade para a *consciência histórica* é que surgiria o momento oportuno para a 'hermenêutica histórica', restabelecendo, portanto, a validade da tradição e de seus preconceitos legítimos (ou verdadeiros), à medida que o filósofo rejeita que estar numa situação de tradição significaria uma espécie de prisão a preconceitos limitadores da liberdade. Deixemos ele próprio explicar

> Será verdade que achar-se imerso em tradições significa em primeiro plano estar submetido a preconceitos e limitado em sua própria liberdade? O certo não será, antes, que toda existência humana, mesmo a mais livre, está limitada e condicionada de muitas maneiras? E se isso for correto então a ideia de uma razão absoluta não representa nenhuma possibilidade para a humanidade histórica. Para nós a razão somente existe como real e histórica, isto significa simplesmente: a razão não é dona de si mesma, pois está sempre referida ao dado na qual exerce sua ação.[102]

Assim, em Gadamer a tradição é fundamentalmente uma *tradição histórica* da qual já nos encontramos sempre imbricados, de maneira muito próxima ao *dasein* heideggeriano como *desde-já-sempre*, elemento que prepara as condições para uma hermenêutica, portanto, também profundamente histórica, de um intérprete que já se encontra inundado dos seus 'preconceitos' que ao mesmo tempo são eles mesmos sempre históricos.

Ao mesmo tempo, aqui fica nítida a distinção hermenêutica desse novo paradigma com o método hermenêutico tanto de Dilthey quanto Schleiermacher, como visto anteriormente, porque não basta a 'auto-reflexão' na investigação do entendimento hermenêutico, uma vez que as 'vivências iternas', na linguagem de Gadamer, seriam insuficientes para a construção das realidades históricas, porque antes, outras realidades históricas, como a sociedade ou Estado, já teriam determinado nossas vivências.

Essa 'hermenêutica histórica', assim, teria invertido o 'método investigativo' de suas epistemologias anteriores, para situar o homem, o intérprete, dentro de uma

---

[101] Ibidem, 366
[102] Ibidem, 367

historicidade que já lhe contempla, como afirma: "... *na verdade, não é a história que nos pertence mas somos nós que pertencemos a ela. Muito antes de nos compreendermos na reflexão sobre o passado, já nos compreendemos naturalmente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. (...) por isso, os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser*."[103]

O quadro na filosofia gadameriana é, pois, de reabilitação tanto da autoridade quanto da tradição, ambas condenadas na razão iluminista. Quanto à *autoridade*, em particular, ela não pode ser confundida com a 'aceitação cega' de elementos passados e como antagônica da razão e da liberdade, pois que ela é antes uma atribuição a pessoas em que a legitimidade (da autoridade) estaria na submissão pura e simples, mas em atos de reconhecimento e conhecimento quanto à superioridade de juízo de um outro, neste ponto, acima de nós mesmos, a quem se reconheceria, de modo consciente, uma visão mais acertada; logo, não haveria contrariedade com a razão e a liberdade, nem tampouco constituiriam conceitos excludentes.[104]

Deste modo, e estando bem assente essa ideia e defesa de Gadamer no tocante à legitimidade da *autoridade*, é que juntamente com o romantismo, neste ponto, também a *tradição* é reabilitada como verdadeira autoridade. Ou seja, a tradição também encontraria – ao contrário da repulsa por ela manifestada pelo iluminismo – legitimidade no reconhecimento de sua validez sempre presente em toda a atividade hermenêutica, posto que constitutiva do nosso 'ser histórico', ancorado no fato de que estamos, como já dissemos, sempre inseridos numa já dada tradição, e de tal modo, que essa inserção se faz de modo próprio, subjetivo, parte nossa 'constitutiva mesmo' a tal ponto de que nosso 'juízo histórico' mal percebe que a tradição já se fazia presente espontaneamente.

É por isso que o restabelecimento da *autoridade* e da *tradição* se constituem condições para a compreensão hermenêutica, para o ponto inicial de todo o problema hermenêutico, aí inseridos, evidentemente, os 'preconceitos' e a própria análise da consciência histórica, agora, não mais pensada em oposição à tradição, mas sim como indissociáveis, pois no dizer de Gadamer, *"o que satisfaz nossa consciência histórica é sempre uma pluralidade de vozes nas quais ressoa o passado. O passado só aparece*

[103] Ibidem, p. 368
[104] Ibidem, p. 371

*na diversidade dessas vozes. É isso que constitui a essência da tradição na qual participamos e queremos participa*r."[105]

Dito de modo ainda mais simples, é na comunhão desses elementos (*tradição, autoridade e preconceitos*) em Gadamer, devidamente reabilitados, que seria possível a compreensão a partir da consciência histórica e da consciência histórica dos seus efeitos, já que a compreensão dar-se-ia na estrita dependência de 'de fusão de horizontes' tanto linguísticos, por óbvio, mas igualmente históricos, dada a permanência do *ser* numa ambiência formadora dos preconceitos legítimos, sempre igualmente históricos, ou seja, dado o caráter existencial (ontológico) da compreensão no projeto da circularidade hermenêutica.[106]

Tanto assim o é, que a compreensão se dá como um acontecimento da verdade, o que dispensa (e não dialoga com) as regras metódicas das ciências da natureza, como demonstrou Gadamer através da linguagem da arte e da estética (faz analogia do jogo e a supressão da distância entre o jogado e o jogador, ou, ainda, do objeto da compreensão e do compreender), categorias a que recorre para ilustrar outras possibilidades desse 'acontecimento de verdade' (modo de saber) para além do método racionalista a que há pouco aludimos.[107]

Como efeito, ao se interpretar o texto, o sujeito atuaria sobre ele, recriando-o a cada volta num movimento incessante, implicando a recusa do tradicional processo subsuntivo ou dedutivo de aplicação, haja vista que a interpretação estaria sempre localizada no 'ponto médio'.[108]

Essa possibilidade de (re) criação do texto na tarefa interpretativa só é possível pela reabilitação da tradição, mas ao mesmo tempo, pelo reconhecimento de que há uma distância temporal entre a tradição mesma e o 'sentido de pertencimento' a essa tradição, o que se deu em virtude da experiência própria do dasein (pre-sença) heideggeriano, cuja

---

[105] Ibidem, p. 377

[106] 'Há uma circularidade 'eterna', uma inesgotabilidade de sentido, pois todo ato filosófico está determinado permanentemente pelo movimento antecipatório da pré-compreensão. Nossa tarefa consiste em 'descobrir as próprias prevenções e preconceitos e realizar a compreensão a partir da consciência histórica, de forma que detectar o historicamente diferente e a aplicação dos métodos históricos não se limitem a uma confirmação das próprias hipóteses ou antecipações.' A mera confirmação das próprias hipóteses com relação aos textos e ao outro denominamos círculo vicioso. (ROHDEN, Luiz. op. cit., p. 166).

[107]GADAMER, HANS-GEORG. Verdade e Método II. Complementos e índice. 6º edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2011, p. 565

[108]MARRAFON, Marco Aurélio. Op. cit., p. 178

possibilidade de ‘abertura existencial’ se renova no incessante movimento do ‘círculo hermenêutico’, daí afirmarmos de que a interpretação é sempre aberta, nunca definitiva, como marcas próprias do que gadamer intitulou de ‘história efeitual’, assim compreendida como a análise dos efeitos dos fenômenos históricos sobre as obras transmitidas e interpretadas.

Como diz o próprio Gadamer:

> É evidente que não se trata de uma exigência hermenêutica no sentido tradicional do conceito de hermenêutica. Pois a ideia não é que a investigação deva desenvolver um questionamento de história efeitual paralelo ao questionamento voltado diretamente à compreensão da obra. A exigência tem cunho teorético. A consciência histórica deve conscientizar-se de que, na suposta imediatez com que se orienta para a obra ou para a tradição, está sempre em jogo esse questionamento, ainda que de uma maneira despercebida e consequentemente incontrolada. Quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir de sua distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramo-nos sempre sob os efeitos dessa história efeitual. Ela determina de antemão o que se nos mostra questionável e se constitui em objeto de investigação. E, cada vez que tomamos o fenômeno imediato como toda a verdade, esquecemos praticamente a metade do que realmente é, ou melhor, esquecemos toda a verdade deste fenômeno.[109]

Quando se trata de pensar a história, a hermenêutica no novo paradigma deixa de ser a ponte para permitir que o intérprete se coloque na ambiência histórica do objeto (texto, autor) para aí, reconhecendo que o estamos inseridos no mundo, resgatar uma com-preensão, ao contrário do esquema de explicação próprio das ciências naturais, para buscar ‘as causas’ ‘os motivos’ sendo exercício também de imaginação.

Dessa forma, o entendimento não mais estaria resumido a um ‘método’ – que antes dele era uma ponte para a ‘consciência histórica’ – resultado do entendimento, mas um ‘acontecimento existencial do ser’, parte da sua própria constituição. E por quê? porque somos integrados em uma comunidade na qual *somos o que somos*, cuja ligação só ocorre por meios linguísticos, de modo que o entendimento se dá pelo *ser comunitário*, que é o próprio ambiente comunitário, o que permite o resgate da tradição e dos pré-conceitos.[110]

E isso se dá, porque para Gadamer, a inclusão da ‘fusão dos horizontes’ como elemento do ‘círculo hermenêutico’ se justifica pelo necessário alargamento do horizonte do *ser* como *ser-no-mundo* de modo a possibilitar um alcance do olhar sob uma

[109] GADAMER, HANS-GEORG. Verdade e Método I .2008. Op. cit., p. 397
[110] GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. A aventura da filosofia. Op.cit., p.45

perspectiva holística, mais ampla, com a integração de vários outros elementos, em cujo processo de compreensão a visão não mais restaria limitada ao que estivesse mais próximo, aí repousando a genuína compreensão histórica, ou seja, mais ampla e de pretensão universalista.[111]

Como nos lembra, a respeito dessa passagem em particular, Lenio Luiz Streck:

> Gadamer sempre nos ensinou que a compreensão implica uma pré-compreensão que, por sua vez, é pré-figurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus pré-juízos. Desse modo, o intérprete do Direito (jurista *lato sensu)* falará o Direito e do Direito a partir dos seus pré-juízos, enfim, de sua pré-compreensão. Falará, enfim, de sua situação hermenêutica (o conceito de situação caracteriza-se 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). Essa pré-compreensão é produto da relação intersubjetiva (sujeito-sujeito) que o intérprete tem no mundo.
>
> (...)
>
> Dito de outro modo, quando o operador do direito fala do Direito ou sobre o Direito, fala a partir do seu d*esde-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 quotidianamente). O mundo jurídico é, assim, pré-dado (e predado) por esse senso comum teórico.[112]

Da passagem acima temos como resultado a noção hermenêutica de que o interpretar, portanto, não se faz a partir de 'um grau zero', mas que o intérprete está sempre situado numa dada situação já constituída por um espaço de linguagem que ao mesmo tempo se faz na sua historicidade, ideia sem a qual o 'círculo hermenêutico' não faria qualquer sentido, ficando aqui ainda mais evidenciada a facticidade heideggeriana e seu 'ser-aí' (*dasein*) num encontro marcado com o 'ser-no-mundo' gadameriano: condição de possibilidade de abertura existencial e de com-preensão, o que também em Gadamer se dá pela categoria dialógica na díade sujeito-sujeito.[113]

---

[111] GADAMER, HANS-GEORG. Verdade e Método I.2008. Op. cit., p.456

[112] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). Volume I. Unisinos. janeiro-junho 2009, p. 71

[113] Mais uma vez, explica-nos Lenio Luiz Streck: O intérprete do Direito é um sujeito inserido/jogado, de forma inexorável, em um (meio) ambiente cultural-histórico, é dizer, em uma tradição. Quem interpreta é sempre um sujeito histórico concreto, mergulhado na tradição. Para ter acesso a um texto (e compreendê-lo), é impossível ao intérprete fazê-lo como se fosse uma mônada psíquica, utilizando o cogito herdado da filosofia da consciência. O intérprete é já, desde sempre, integrante de um mundo linguístico. (...) a linguagem não é em primeiro lugar aquilo que o indivíduo fala, e sim aquilo pelo qual o indivíduo é falado. (...) A tradição, diz Gadamer, não é algo que subjuga nossa mente, mas algo trazido à luz por nós mesmos, que participamos do acontecer na tradição e continuamos determinando-a desde nós mesmos. STRECK,

Então, o sujeito-intérprete passa a ter uma posição mais participativa na produção da norma no momento em que se debruça sobre o texto, na exata medida em que este (texto) nada mais é do que 'simples folha de papel impressa com tinta' antes da sua descoberta pelo intérprete, donde se extrai o seu conteúdo normativo, é dizer, donde se de*svela* a norma, situação essa impensável no paradigma exegético-positivista.

Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10º edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. pp. 330-331

PARTE SEGUNDA: Teoria do Direito e Hermenêutica constitucional

3. Hermenêutica constitucional e o impacto da *virada linguística*

No âmbito da epistemologia própria da filosofia da consciência (ou do sujeito), caudatária do positivismo-normativista, a interpretação ocorria pelo fenômeno lógico da subsunção. É dizer, aos fatos ocorridos, impunha-se, de modo automático, o seu 'enquadramento' na moldura já pronta da norma criada em abstrato. Ou seja, a subsunção ('enquadramento') ocorria porquê a norma (objeto) estava sempre pronta a esperar o sujeito (intérprete/aplicador) a lhe buscar o sentido, 'assujeitando-a' num modelo onde resulta evidente a relação sujeito-objeto próprio da postura objetiva das ciências naturais e seu prévio distanciamento entre ambos.

Neste processo, ao jurista caberia a 'busca de sentido verdadeiro' da norma, e ao aplicador (juiz) a elucidação desse sentido no momento mesmo de resolução do conflito no caso concreto, tudo numa 'moldura geometrizada' sem participação criativa alguma dos seus operadores, tão somente lhes cabendo assegurar a vontade suprema e soberana do parlamento – único irradiador dos comandos normativos primários (leis).[114]

Aliás, é desse panorama jusfilosófico que decorreu as formas e métodos de interpretação conhecidos como: i) gramatical, lógico e sistemático, todos concentrados na análise do texto, e também, ii) histórico, sociológico, centrados no contexto, e por fim, iii) teleológico, axiológico e evolutivo, denominados meta-normativos. Esse o modelo ainda reinante, de modo (quase) hegemônico na nossa tradição e cultura jurídicas e que ainda inunda os manuais e o 'senso comum dos juristas'.

Uma vez aberta a 'clareira' pelo acontecer hermenêutico[115], agora elevado à condição de 'arte do entendimento humano', a interpretação jurídica, e em especial, da Constituição, em sua gênese, texto político e aglutinador da vontade fundante do Estado

---

[114] Segundo explica Guilherme Roman Borges: Interpretar um texto normativo e, então, um exercício lógico de descoberta, a partir das regras de inferência (cap. 1) da não-contradição, do terceiro excluído e da identidade do "verdadeiro" sentido existente no texto. A interpretação é, então, a busca de verdades fundantes e imanentes que existem nas coisas, e, em especial, na legislação posta pelo Estado. (BORGES, Gilherme Roman. Filosofia e Teoria do Direito. Op. cit., p. 460)

[115] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m)crise. Op. cit., p. 341

Social de Direito (aqui falamos já na tradição da Constituinte de 1988) é que o 'acontecer constitucional' se mostra possível, sendo já, e a um só tempo, possibilidade daquela emancipação sonhada pelas 'luzes oitocentistas' e a libertação daquelas 'vozes silenciadas' pela tradição liberal-burguesa reinante na esfera jurídica e acobertada pelo véu do positivismo normativista.

Essa visão ainda dominante no campo das "hermenêuticas" estaria muito mais ligada a uma visão aristotélica, ainda que emprestada de forma inadvertida, da noção de *técne* em detrimento ao saber ético. Ou seja, como lembrado por Gadamer, importa fazermos uma distinção entre saber ético e saber técnico. Este (técne) seria aquele próprio do artesão que conhece o material de trabalho e está já em condições de alterá-lo para obtenção do produto desejado.[116]

Por outro lado, o 'saber ético' (da *phronesis*) estaria melhor representado pelo 'saber-para-si' que é um saber do homem enquanto tal e que não é objetivo nem tampouco pode ser objetificado, mas representa um 'bem' que está ligado à atividade humana. Logo, ao contrário do saber técnico, o sujeito da *phronesis,* o homem, está desde sempre numa dada situação concreta, de modo que a sua ação diante de cada situação já estará sempre vinculada a um saber ético.

É claro que esse 'átomo em potência', à maneira aristotélica, não se faz sem um percurso e método que seja inteiramente compatível com a 'vontade de constituição' e sua pretensão emancipatória, exigências que encontram sólido apoio na epistemologia avassaladora da 'Teoria Crítica do Direito' e sua 'dialética da participação', e que por sua vez, mãos dadas com as categorias que lhe são próprias (ideologia, práxis e alienação) irão propiciar o diálogo com novos atores personificados nos 'movimentos coletivos e sociais' e de tal maneira que essa construção (ato) é ela mesma a raiz de um estatuto jurídico do 'direito de resistência' (potência) fulgurando no horizonte sempre dinâmico e fértil das exigências sociais.

Esse novo cenário, essa 'abertura hermenêutica' só foi possível no interior da Filosofia da Linguagem e na estrutura linguística centrada no esquema 'sujeito-sujeito', é dizer, só se permite esse 'diálogo ou dialogicidade' quando se reconhece na linguagem não mais aquele instrumento de ligação entre sujeito-objeto, simples forma de

[116] O problema da consciência histórica. Op. cit., p. 50

comunicação, mas, a partir do positivismo lógico do Círculo de Viena, modo de acesso a todo o saber humano.

Dito ainda de modo mais claro, não olvidando que o tema, por extremamente sensível a este trabalho, já foi abordado (nunca exaustivamente) no capítulo 1, de que a linguagem e seu paradigma, não se constituem mais em simples 'racionalidade epistemológica', como diz Guilherme Roman Borges, mas uma condição para a 'racionalidade prática'.[117]

3.1 Interpretar é preciso, viver não é preciso: A Hermenêutica como possibilidade de Resistência Constitucional

3.1.1 A matriz normativo-positivista: ainda enredada na Filosofia da Consciência

Somos todos filhos, em certa medida, da revolução cientificista do século XVI, onde, segundo consenso geral, nossa 'consciência moderna' foi parida do ventre da razão cartesiana, como vimos de maneira breve no capítulo em que esboçamos as noções dos paradigmas filosóficos.

O pensador das Meditações e do Discurso do Método concebeu, na ruptura com o pensamento aristotélico, a dualidade entre mente (alma) e corpo (matéria) – respectivamente, *res cogitans* e *res extensa* – enaltecendo a razão como fonte criadora de todo conhecimento como um dado '*a priori*', conhecimento inato e imanente ao homem, anterior mesmo a qualquer tipo de experiência sensível. Eis, assim, fundada a racionalidade moderna que iria impactar profundamente as ciências e nela o pensamento jurídico.

Na elaboração de seu Método – forma de se buscar a verdade de maneira segura e absoluta – e a partir da máxima '*cogito ergo sum*', se há um sujeito que existe e essa verdade é revelada pelo 'pensamento que pensa o sujeito pensante' conferindo-lhe, pois, existência, de modo a não ser mais possível recusar a própria existência, à subjetividade (autoconsciência do sujeito) é atribuída a fundamentação de toda certeza, caminho seguro para a verdade a partir de um sujeito racional para o qual a 'realidade do real' é

[117] Idem, op. cit., p. 466

manifesta para o sujeito representador e cuja fundamentação estaria ancorada no *intelecto*, traduzida como a capacidade individual do sujeito-pensante e racional, postulados firmes para a fixação do paradigma da consciência.

Mas e como se daria o processo do Método cartesiano? Noutras palavras, quais seriam os passos fundamentais e observáveis a palmilhar a trilha segura do conhecimento que se colocasse acima de toda e qualquer dúvida?[118]

Descartes estabeleceu quatro proposições básicas: i) aceitar como verdadeiro o que fosse possível de se conhecer como tal, assim, ficaria inaugurada a dúvida metódica como critério de verdade para as ideias que pudessem resistir a todo e qualquer questionamento ; ii) decomposição do todo em partes, para o ao fim, por meio de uma operação racional e lógica, se pudesse novamente compreendê-lo pela reunião das partes; iii) o pensamento deveria ser ordenado a partir dos elementos mais simples em direção aos compostos; iv) e ao fim, efetuar relações metódicas de tal completude que não se omitissem nenhum dos elementos que compuseram a análise.[119]

Dessa maneira metódica, em que a dúvida é lançada como critério inaugural da busca de todo conhecimento válido, se chega a uma primeira certeza: para duvidar, há um sujeito pensante que duvida, há um sujeito, pois, que existe, como ensina Celso Ludwig: ”*Do cogito como fundante deve-se compreender, num processo de dedução, todo o resto. O mundo, as coisas, são compreendidas essencialmente como ideias; o pensamento (fundante) pensa ideias e não coisas. O cogito é tudo, ponto de partida e de chegada*”[120]

Essa é, amiúde, quintessência da metafísica cartesiana, que voltada para a busca da verdade última da ‘coisa em si’, com o deslocamento da certeza do fundamento do objeto (ser) para o sujeito (consciência), de tal maneira, acabou por permitir o

---

[118]A consequência imediata dessa guinada epistemológica é que a metafísica se eleva à teoria do conhecimento superando o então ‘paradigma do ser’ em que a busca da ‘coisa em si’, substância última dos entes no mundo empírico abandona a perspectiva objetiva e objetiva migrando para o ‘mundo das ideias’ e das ‘representações’ do sujeito, ao mesmo tempo em que desloca a questão ‘o que é o ser?’para uma nova dúvida ‘o que é conhecer?’ no que se vê, aí, ainda reminiscências de um platonismo. LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação. Op cit., p. 57

[119]DESCARTES, René. Discurso do Método. As paixões da alma. Meditações. Tradução. Enrico Corvisieri.Coleção Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p.49

[120] LUDWIG, Celso Luiz. A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir de Enrique Dussel. Curitiba, 1995, Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, UFPR. p. 27

encobrimento do próprio ser, e em linhas gerais, permite-nos assinalar que para a formação do chamado 'espírito da modernidade', repita-se, do qual o Direito na sua matriz positivista ainda se vê enredado, foi constituído pela concepção da realidade a partir da dualidade consciência/matéria, pensamento/mundo, crença na garantia de conhecimento a partir de um método analítico e fundado na visão mecânica da natureza e, por fim, tendo o *cogito* como fundamento último e ponto de partida para uma visão algo reducionista do mundo e da epistemologia, onde a complexidade da existência humana estaria reduzida à razão.[121]

A crítica ao pensamento cartesiano, profundamente racional, como vimos, veio sobretudo das escolas empiristas, especialmente com John Locke e David Hume, que recusavam uma possibilidade de conhecimento '*a priori*' pela razão inata sem contato ou interferência da experiência sensível para a formação das ideias (que poderiam advir das sensações, portanto, percepções externas, ou, da reflexão e estados psíquicos, portanto, internas), elemento indispensável sem o qual o conhecimento seria simples 'folha em branco', filosofia que também não se mostraria hábil a elaboração das leis em virtude de sua 'dependência' da experiência sensível, em regra, de natureza particular, o que viria a conflitar com a universalidade e abstração própria das leis.[122]

Mas nessa quadra do pensamento filosófico, em que a verdade é dada pelo sujeito que assujeita (subordina) o objeto (de conhecimento), no sentido de que o saber é construído pelo sujeito a partir de categorias idealistas (subjetivação máxima), daí a relação esquemática sujeito-objeto da qual ainda não se libertou o pensamento jurídico, a linguagem teria papel meramente instrumental, é dizer, de ligação, terceira coisa interposta entre sujeito-objeto, muito longe, portanto, de condição de possibilidade do conhecimento.

O resultado desse paradigma da racionalidade moderna deságua no positivismo (século XIX) para imprimir ao Direito uma visão e uma forma de interpretação que é, por herança epistemológica necessária, baseada numa racionalidade lógico-dedutiva,q que por sua vez traz algumas consequências práticas, a saber: i) pretensão de validade formal e universal da norma, onde o Direito é visto como saber *a-histórico* e escorado em

[121]Ibidem, página 29
[122]MARÍAS, Julián. História da Filosofia. Op. cit., p.277

definitividades de verdade; ii) esquema sujeito-objeto, entendida como teoria e prática; iii) defesa do dualismo questão-de-direito e questão-de-fato; iv) afastamento do 'ser' do Direito; v) identificação do Direito com a lei.

Essa repercussão do paradigma liberal-individualista, que ainda no século XVIII foi de forma mais profunda desenvolvida pelo criticismo kantiano e seu sujeito transcendental, conferiu sólida ênfase no centralidade do indivíduo e em dois pilares sobejamente liberais: a propriedade e a liberdade, que inevitavelmente encontrou no positivismo uma estrutura arquetípica de racionalidade eficiente na construção e manutenção de tais 'valores' pela dogmática jurídica, em cuja lógica instrumental, por sua vez, não se apequenou diante da tarefa de legitimação desses mesmos postulados (autonomia do sujeito, liberdade e propriedade) ao lado da pretensa 'neutralidade' científica, chegando mesmo a se revestir de verdadeira ideologia enquanto esquema de pensamento (sujeito) e mundo (fato), como identificado por Boaventura de Souza Santos:

> "a 'realidade' enquanto dotada de exterioridade; o conhecimento enquanto representação do real; a aversão à metafísica e o caráter parasitário da filosofia em relação à ciência; a dualidade entre fatos e valores com a implicação de que o conhecimento empírico é logicamente discrepante do prosseguimento de objetos morais ou da observação de regras éticas; a noção de 'unidade da ciência', nos termos da qual as ciências sociais e as ciências naturais partilham a mesma fundamentação lógica e até metodológica;"[123]

E é assim, diante desse quadro ideológico, porém em busca de uma cientificidade jurídica, que o positivismo irá exigir a demonstrabilidade e comprovabilidade empírica do conhecimento o que só se mostraria possível por uso de um afastamento, portanto, de valorações outras tais quais morais, religiosas, políticas, por meio de uma metodologia rigorosa, formal e distante de toda e qualquer metafísica, como bem recomenda os 'saberes científicos.

Elucidativa, no tocante à demonstração dos efeitos teóricos (sem descurar da repercussão prática) da matriz positivista no pensamento jurídico contemporâneo, é a constatação feita por António Castanheira Neves quanto à dicotomia 'questão-de-fato' e 'questão-de-direito', marca significativa desse paradigma, onde 'fato' e 'norma' estariam cindidos, de modo que apenas 'existiria' a norma, pressuposto então do Direito,

[123]SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução a uma ciência pós-moderna. 3º edição. Rio de Janeiro: Graal, 2000, p. 52

resultando num grave problema no momento de sua aplicação e com reflexos na juridicidade.[124]

Ou seja, a denúncia feita por Antônio Castanheira Neves reside no ponto em que a distinção entre 'fato' e 'norma' não foi pensada exatamente em termos aporéticos, vale dizer, como um problema, mas antes como um postulado, como sendo '*fato em si*' e '*direito em si*' promovendo assim uma exclusão recíproca, sem se dar conta, todavia, de que são dois momentos de um mesmo conteúdo, ou seja, do mesmo 'todo', ou seja, "só seriam expressões metodologicamente análogas, como estariam ainda fundidos na unidade intencional de uma mesma perspectiva gnosiológica, não sendo aí nada mais do momentos redutíveis em último termo a uma idêntica intencionalidade constitutiva'.[125]

Assim, identificado esse problema, repita-se, tradicionalmente visto como um postulado, um querer consciente e dirigido (distinção entre fato e norma) impõe-se a reconstrução do processo metodológico do qual ele foi resultante, mas não exatamente como um problema, exatamente, da 'ciência do direito', mas sim como problemas de juridicidade emergentes das situações sociais concretas e a serem resolvidas a partir delas, em razão da constatação da insuficiência da distinção, uma vez que o 'direito' não seria distinto do 'fato', mas antes seria uma 'síntese normativo-material em que o 'fato' é também elemento, aquela síntese que justamente a distinção da problemática criticamente prepara e fundamenta'.[126]

Resta-nos a constatação, desse modo, de que o positivismo afastou 'fato' e 'norma' e ainda promoveu a supervalorização desta última em detrimento àquele, ignorando que fato é sempre 'fato como fato', e que não fica à espera de uma norma para que lhe seja atribuído com algum sentido, porque fato é sempre único e não repetível, é síntese hermenêutica.[127]

Essa constatação revelar-se-á crucial para o escopo desse trabalho à medida em que a resistência, como veremos, pela interpretação constitucional (e de matriz filosófica)

---

[124] NEVES, Antonio Castanheira. Questão-de-fato-questão-de-Direito ou O problema método-lógico da juridicidade. Coimbra: Almedina, 1967, p. 102

[125] Ibidem, p. 425

[126] António Castanheira Neves *apud* Haide Maria Hupffer. Ensino Jurídico:Um novo caminho a partir da Hermenêutica Filosófica. Rio Grande do Sul: Entremeios Editora, 2008, p. 43

[127]STRECK, Lenio Luiz. Da Interpretação de textos à concretização de direitos; A incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica entre Texto e Norma. In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado 2005, volume 2. página 26

está profundamente imbricada no tecido social e na vida fática (facticidade), de modo que será inescapável ao labor hermenêutico a necessária consideração da superação da ruptura entre 'fato' e 'norma', inclusive, como saída de superação da matriz positivista em razão da crise aqui apontada, cuja causa (não exclusiva) se revela na supervalorização da norma (lei) em detrimentos dos fatos e situações concretas do 'mundo da vida', como nos lembra, aliás, Lenio Luiz Streck:

> "O positivismo que resiste ao neoconstitucionalismo assenta-se na idéia de que é possível reduzir toda realidade jurídica ao direito positivo e a sua 'correta' aplicação. Para tanto, constrói-se um repositório de conceitos que pretendem abarcar as diversas situações de aplicabilidade, como se fosse possível 'armazenar' na generalidade da lei (e de seus conceitos, produtos de sua interpretação) todas as situações particulares".[128]

Os apontamentos aqui referidos, embora não exaustivos, nos dão bem a dimensão da limitação do campo hermenêutico na matriz positivista porquanto a experiência jurídica é um dado formal, esquemático e idealizado, de modo que os métodos de interpretação estariam exauridos no próprio conteúdo formal da norma (centro de gravidade absoluto da experiência jurídica) e assim, muito aquém da abertura existencial-fenomenológica propiciada, como mais adiante veremos, pela Filosofia da linguagem, onde fica muito mais evidente que o Direito é sempre um 'acontecimento existencial', porque enraizado na 'vida mesma'.

É neste ponto da pesquisa, após a denúncia da ainda renitente manutenção da visão cartesiana moderna, também, no universo do Direito e da hermenêutica, que podemos esboçar a influência da 'viragem linguística' e da ontologia fundamental hermenêutica (Heidegger e Gadamer) como já trabalhamos, com a aplicação sobre os enunciados da Constituição e a possibilidade de resistência protagonizados pelos 'novos atores sociais' mas agora no paradigma da vida concreta, ou, da Transmodernidade, justamente ali onde repousam as chamadas 'utopias factíveis'.[129]

3.2 O NOVO CONSTITUCIONALISMO: A Constituição como acontecimento

[128]STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) Constitucionalismo. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica; Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado/São Leopoldo: Edunisinos, 2005, p. 181

[129] LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação. Op.cit., p. 223

A *viragem linguística* nos permite uma avaliação a partir da relação sujeito-sujeito em que a hermenêutica, não mais epistemológica, mas agora ontológica (Heidegger) , como vimos anteriormente, propicia meios de compreensão que se dá por 'pré-conceitos' que nada mais seriam do que os elementos que formam a constelação de valores do intérprete e que são dados pela tradição. E é assim, que 'compreender' pela fusão dos horizontes, passa a ser anterior a interpretação e aplicação, sendo possível a 'explicação do todo pela parte e da parte pelo todo' ante a existência de uma antecipação de sentido (dada pela tradição ao intérprete).

Se tal procedimento ocorre porque a compreensão de 'algo como algo' é, já vimos, existencial-fenomenológico (e não epistemológico), posto que quem interpreta, já o faz de dentro de uma 'situação hermenêutica', e no dizer o Direito, o fará a partir de uma dada 'situação linguística', ou seja, dos seus próprios 'pré-conceitos'.

Como nos diz Lenio Luiz Streck

> O Direito possui uma especificidade, que reside na relevante circunstância de que a interpretação de um texto normativo – que sempre ex-surgirá como norma – depende de sua conformidade com um texto de validade superior. Trata-se da Constituição, que mais do que um texto, que é condição de possibilidade de outro texto, é um fenômeno construído historicamente como produto de um pacto constituinte, enquanto explicitação do contrato social'. [130]

Aqui temos a noção gadameriana de 'antecipação de sentido' no pré-compreender, realçando a 'situação hermenêutica' do intérprete frente à própria Constituição, e hoje, essa situação nos dirá que ela é programática, dirigente, principiológica e detentora de força normativa.[131]

Em suma, será desse sentido de Constituição, forjado pela tradição que resultará o sentido (horizonte) dos demais textos que serão interpretados. Dito de outro modo, o sentido se fará diante dessa 'antecipação do sentido' do intérprete, preso a uma condição peculiar de facticidade e historicidade.

Essa nova abordagem existencial do fenômeno jurídico, repita-se, profundamente comprometido com o 'mundo fático' e influenciado com as repercussões sociais, políticas

---

[130] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). Volume I. Unisinos. janeiro-junho 2009.pp 74-75

[131] Ibidem, p. 77

e com a própria historicidade efeitual (tempo presente) inevitavelmente compôs um novo panorama, uma nova perspectiva de análise da Constituição, primeiro, como documento fundante do Estado (pacto constituinte originário), e depois, como arcabouço jurídico de primeira ordem, núcleo irradiador de normas (regras e princípios) a orientar a interpretação dos fatos da vida em sua juridicidade.

A ausência de superação, no âmbito jurídico, do paradigma da consciência manteve a tradição hermenêutica constitucional refém do esquema sujeito-objeto e sua formulação de tipo dedutiva-subsuntiva, o que acarreta uma mesma solução para as situações mais diversas, estando na raiz do problema da inefetividade social da Constituição.

Tal cenário impede a compreensão do texto como condição de *'ser-no-mundo'* indicado por Heidegger, permitindo, assim, a (falsa) ideia de possibilidade de uma neutralidade axiológica, aprisionando o aplicador a mero reprodutor da lei, em tudo, contrário à densidade necessária (e quista) pelo Estado democrático de direito, a qual exigiria uma construção real e prospectiva da realidade, por meio de uma nova Jurisdição Constitucional que compreenda o papel de facticidade e sujeição histórica do texto constitucional como abrigo de anseios e princípios socialmente exigidos, exigência essa que inspirou Friedrich Müller para quem

> Enquanto texto de norma, o 'constituir' deve abranger o instante histórico da instituição, em termos de princípios, dessa ordem a ser legitimada, constituída e limitada em termos de direito constitucional. (...) o 'constituir' no caso da constituinte – representativo do povo, embora inserido este como sujeito de atribuição, mas sem mediações no caso do plebiscito constituinte – não constitui para o Estado uma 'Constituição', mas 'constitui' o Estado *enquanto* Estado constitucional, constitui-o enquanto tal, *consititui* um Estado não apenas no sentido do detalhamento institucional, mas inicialmente no sentido de sua fundamentação.[132]

Essa é a marca do Estado Constitucional e que encontra parâmetro na facticidade fenomenológica a orientar o desvelar de sentido do texto constitucional, por meio daquela compreensão (Gadamer) que é já a antecipação de sentido pela situação hermenêutica dada pela tradição e permite os pré-conceitos autênticos.

Esse mecanismo, todavia, só pode se dar no reconhecimento da autonomia do Direito que é facilitado (e condicionado) pelo Estado democrático, enquanto validade

[132]MÜLLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.57

conferida pela *força normativa* da Constituição, porque produzida democraticamente, e que irá liberar o intérprete das influências de outros elementos externos como a Moral, a Economia e, sobretudo, da Política.[133]

Ora, e é nesse ponto que podemos afirmar que pela hermenêutica que tenha por lastro a antecipação de sentido e uma unidade de aplicação (o ato de interpretar é sempre compreensivo), que se pode falar em resposta hermeneuticamente adequada, posto que o ato de compreender é, agora, existencial, é algo que ocorre, é fenomenológico, portanto, e aí se dá o 'acontecimento constitucional'. Eis o cenário do chamado 'novo constitucionalismo'.

Neste 'novo' do constitucionalismo, temos como condição anterior de possibilidade o paradigma da linguagem como já abordamos na primeira parte deste trabalho, o que nos leva a uma dimensão da abordagem constitucional a partir de uma matriz existencial, fática, linguística e vinculada às estruturas sociais e especialmente históricas, como leciona Luiz Fernando Coelho:

> Do ponto de vista crítico, pode-se concluir que os preconceitos, pressuposições e prejuízos identificados no processo hermenêutico formam a ideologia do intérprete, a qual passa a integrar a imagem geral que a sociedade tem de si mesma e do mundo. Essa ideologia, ínsita no inconsciente do intérprete e articulada com sua própria consciência das coisas do mundo, não é algo estanque mas é envolvida pela ideologia da sociedade. Na medida em que, pela atividade hermenêutica, ocorre o desvelamento dessa ideologia, a interpretação conduz ao processo psicológico individual e social de desalienação, que consiste em identificar a ideologia e afastar os obstáculos epistemológicos ao conhecimento da verdade.[134]

Na passagem lecionada pelo jusfilósofo paranaense temos um reconhecimento explícito do caráter 'desalienante' promovido pelo processo hermenêutico que por sua vez também reconhece o peso dos preconceitos que acompanham o intérprete, naquilo sentido mesmo de que nos falavam Heidegger e Gadamer, e assim, em vez da ocorrência de um engessamento esquemático da hermenêutica, o que surge é uma possibilidade de 'libertação' para novos horizontes, como diz o autor, ao 'conhecimento da verdade'.

O processo hermenêutico se perfaz de maneira muito mais complexa, porque fática, em relação ao que ocorria ao modo positivista e seu arquétipo formal-subsuntivo,

---

[133]STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do direito. Op. cit., 67-77

[134] COELHO, Luiz Fernando. Fumaça do bom direito: ensaios de filosofia e teoria do direito. Curitiba:Bonisjuris/JM Editora, 2011, p. 212

porque a partir da ‘viragem linguística’ a integração e aplicação, além de ocorrerem numa mesma etapa, não se dão mais apartadas das ‘condições históricas’ em que o intérprete se vê mergulhado, e é essa tomada de consciência, desalienadora, que vai propiciar um caráter constitutivo do conhecimento no ato de interpretação, no processo hermenêutico.

Isto quer dizer, que há um ganho de não pouca relevância na tarefa hermenêutica (filosófica) no que diz respeito a uma proximidade mais íntima com as necessidades sempre cambiantes da realidade social, mesmo mantendo-se presentes os enfoques textualistas, substancialistas ou procedimentalistas, já que criam as condições para absorver as necessidades próprias do complexo combate que ocorre no interior do jogo democrático, sobretudo no papel da atividade jurisdicional (aplicação) constitucional, uma vez que há se de reconhecer que o papel de interpretar traz ínsita também a possibilidade de reformar a constituição – sempre com vistas ao horizonte da concretização dos seus próprios valores e diretrizes – refreando o dogma da exclusividade do poder constituinte originário, desde que a isso se observe a exigência de fundamentação adequada à luz do princípios de direito, e em prudente repulsa às atitudes meramente solipsistas (individualistas).[135]

Essa nova postura frente ao interpretar constitucional, de que é tributária, como vimos, da fenomenologia e da ontologia fundamental (Heidegger e Gadamer) e justo no seu papel ‘des-velador’ das experiências e das realidades sociais é que vai configurar uma constituição material (substancial) a permitir a proteção e o reconhecimento de novos atores sociais no momento mesmo que demandas não atendidas sejam devidamente reivindicadas num cenário de crescente descaso com os compromissos já assumidos pela autoridade constitucional, numa postura própria do movimento da alternatividade jurídica.

E isso fica claro porque é possível identificar nesse ‘novo constitucionalismo’, por sua vez amparado na hermenêutica filosófica, uma (re)aproximação com a Moral que se mostrou uma exigência imperativa no período do pós-guerra do século XX, reacendendo o debate entre jusnaturalistas e juspositivistas, mas conferindo, ao final, o rompimento do ‘ciclo de longa duração braudeliana’ daquele constitucionalismo formal e tipicamente burguês, no que guardava de conceito e anteparo à proteção das revoluções liberais,

[135]Ibidem, p. 213

para agora também abarcar o tema dos ‘valores’ e a permitir novos modos de controle de constitucionalidade pelas Cortes superiores, além de atribuição de *força normativa* a esses controles jurisdicionais.[136]

3.2.1 A Hermenêutica como Resistência emancipatória

Questão de ordem: a Constituição no pós-guerra assumiu papel de *status* supremo no ordenamento de todas as democracias constitucionais, antes, foi elevada ao patamar de verdadeiro fundamento de existência e validade dos Estados contemporâneos, por isso, Estados constitucionais. E o reflexo (ainda que tardio) foi o fenômeno de constitucionalização do direito e, de consequência, das relações sociais e políticas nas suas mais diversas instâncias e singularidades, assumindo a interpretação, portanto, o papel outrora outorgado a demiurgos mais afetos a questões voltadas ao exercício explícito do poder, em seu caráter notadamente político.

É bem verdade que a Constituição mantenha, na sua origem, um fundamento político, de tal sorte ilimitado e talvez mesmo incondicionado (se aceitarmos a visão positivista da Teoria Constitucional no trato do Poder Constituinte Originário), porém, a sua permanência enquanto documento fundante do Estado democrático de direito, e sob condição mesma de manutenção dessa posição, dá-se no espaço do jurídico ou da sua juridicidade, ou seja, da norma enquanto arremate entre o ‘fato’, o ‘social’, ‘o político’, o cultural’, o ‘econômico’ e o Direito. É dizermos, a Constituição de que tratamos, cotidianamente, é aquela de que nos ocupamos enquanto fenômeno essencialmente jurídico.

Mas se essa concepção - e aqui assumimos expressamente a Constituição como condição de autonomia do Direito para regulação da vida em suas manifestações mais comezinhas, correndo, conscienciosamente os riscos inerente a tal escolha – for tratada com a dignidade e seriedade necessárias, temos que o texto constitucional e sua primazia no ordenamento jurídico (princípio da supremacia) deve ser vista já sob o edifício epistemológico da ‘viragem linguística’ a que aludimos nos tópicos anteriores, liberta, pois, dos grilhões do positivismo-liberal-normativista, condição sem a qual, a captura do

[136] BORGES, Guilherme Roman. Filosofia e Teoria do Direito: breves apontamentos, op. cit., p. 483

'mundo da vida'[137] pelo 'sistema', para usarmos a expressão habermasiana, seria uma constante indesejada, cujo efeito imediato, nessa ordem de ideias, o esvaziamento dos seus preceitos e valores aliada a uma impotência quanto à legitimação das transformações sociais que ocorrem velocidades acentuadamente maiores e imprevisíveis no contexto da modernidade tardia.

Ora, é da verificação de que as promessas formalmente impressas no texto constitucional ainda não lograram sua efetividade material, mesmo quando seu déficit de concreção dos direitos é objeto de (legítima) postulação judicial, é que se mostra a urgência de uma vivificação constitucional por meio da 'pré-compreensão' que dela temos, mergulhado na tradição do intérprete por meio de sua '*co*-pertença' ao contrato social explicitado no pacto constituinte originário, o que legitimaria o discurso da resistência hermenêutica, resistência a sua condição de inefetividade material, de 'folha de papel em branco', revelada pelo aprisionamento renitente do paradigma liberal-positivista.

De outro modo, a vida constitucional continuará a dormir candidamente no berço do modelo oitocentista de supervalorização da norma e do enrijecimento da função hermenêutica, daí nosso título do presente trabalho quanto à necessidade de interpretação maior que a vida, como dito por Lenio Streck:

> Se a Constituição é o fundamento de validade de todo o sistema jurídico – e essa é a especificidade maior da ciência jurídica – é de sua interpretação/aplicação (adequada ou não) que exsurgirá a sua (in)efetividade. Por isso, calham as palavras de Hesse (1991), para quem 'resulta de fundamental importância para a preservação e a consolidação da força normativa da Constituição a interpretação constitucional, a qual se encontra necessariamente submetida ao mandato de otimização do texto constitucional'. Trata-se, pois, de problema fundamentalmente hermenêutico.
> (...)
> Com as devidas advertências relacionadas aos limites entre democracia e constitucionalismo, entendo que a justiça constitucional pode e deve assumir uma postura intervencionista nessa quadra da história, para além da postura absenteísta próprio do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira. Quando estou falando de uma função intervencionista do Poder Judiciário, não estou propondo uma (simplista) judicialização da política e das relações sociais (e nem a morte da política).
> Quando falo em intervencionismo, refiro-me sim a um 'intervencionismo substancialista' destinado a garantir o cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos

[137] Trata-se de expressão usada por Jürgen Habermas como conceito complementar da "ação comunicativa", onde procura reconstruir o conceito fenomenológico de mundo da vida no nível da ação comunicativa. LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação. Op. cit., p.116

> Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988.[138]

Esse conjunto de fatores reclama uma postura ativa, dinâmica e agressiva em face da leitura constitucional, o que se mostraria mais indicado (e necessário) por meio da sua imersão na ontologia fundamental da hermenêutica filosófica (viragem linguística).

Todavia, e rompendo de forma algo revolucionária com a visão tradicional do modelo piramidal da teoria kelseniana, em que a Constituição ocuparia o cume do sistema normativo, Luiz Fernando Coelho, fazendo uso de uma análise interdisciplinar do direito positivo com considerações sociológicas e filosóficas, empresta a noção de autopoiese de Luhmann para identificar a articulação de grupos micro e macrossociais na luta por condições satisfatórias aos membros de cada qual, por meio da reprodução das próprias condições individuais, sociais e ambientais, valendo-se, sobretudo do pluralismo jurídico.[139]

Nessa perspectiva, e aqui o seu caráter revolucionário no contexto da tradição constitucional, vai cunhar a expressão '*Constituição horizontal*' para diagnosticar que as relações entre as normas, muito mais que hierárquicas, são antes de natureza sociológica, e o desenho da sociedade estaria então configurada por uma intersecção de forma ovaladas (e não piramidal) com destaque para a interpretação constitucional a desempenhar papel de fundamental relevância nesse novo *design* jurídico-social. Deixemos o próprio autor falar:

> Como existem interesses conflitantes e interesses prevalecentes em cada grupo, estes se esforçam para impor seu direito aos restantes. Daí a caracterização de uma *ordem jurídica horizontal*, onde as relações entre as normas não são lógicas, de subordinação hierárquica, mas sociológicas, de coordenação e conflito.
>
> (...)
>
> A interpretação constitucional não foge à regra, à medida que não temos uma ordem jurídica única, estatal, racional e legítima, mas diversas micro-ordens normativas à disposição dos respectivos membros de cada grupo. Como cada microssistema é composto de indivíduos com características próprias, na maioria das vezes diversas das características de indivíduos de outros microssistemas, estes, cada um por si ou em articulação com outros, tendem a impor-se aos demais, o que está na gênese dos conflitos interindividuais, classistas, religiosos, políticos etc, numa escala avassaladora que leva aos grandes conflitos identificados nas revoluções e nas guerras.[140]

---

[138]STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito, Op. cit., p. 73

[139] COELHO, Luiz Fernando. A Constituição horizontal. (In) A Fumaça do bom direito: ensaio de filosofia e teoria do direito. 1º edição. Curitiba: Bonijuris, 2011, p. 280

[140] Ibidem, p. 286

Deste modo, o paradigma da *viragem linguística*, superando o esquema 'sujeito-objeto', nos dá uma hermenêutica concretizadora, ontológica, abrindo flanco para uma recepção material para a norma, agora não mais distanciada dos fatos, e é justamente aqui que poderemos vislumbrar as condições mínimas para a resistência, por exemplo, por uma interpretação constitutiva das aspirações, anseios e necessidades dos mais diversos grupos e atores sociais, democraticamente instalados no processo civilizatório, a título exemplificativo, pelos movimentos sociais e demais atores coletivos (os novos sujeitos históricos).

Ou seja, a interpretação, desde que distante da matriz positivista-normativista, mas já inserida na hermenêutica filosófica e em seu conteúdo fundamentalmente existencial, no que Heidegger chamou de 'hermenêutica da facticidade' e com Gadamer integrando compreensão, interpretação e aplicação com 'fusão dos horizontes' e do diálogo intersubjetivo (sujeito a sujeito) agora como elementos unitários do 'acontecer hermenêutico', habilita-se a promover a *resistência* necessária para garantir, a um só tempo, a possibilidade de efetividade da Constituição, e a ainda, a concretização dos valores que racionalmente foram nela inseridos como condição de superação da inércia dogmática tradicional e a abertura da clareira para as transformações políticas e sociais que uma sociedade ainda em déficit com as camadas mais oprimidas e alijadas do processo político (horizontalmente considerado) jazem a aguardar nesse primeiro quarto de século.

Em conclusão derradeira, vem a calhar o 'grito' hermenêutico de Lenio Luiz Streck:

> É nesse sentido que proponho a resistência por meio da hermenêutica, apostando na Constituição (Direito produzido democraticamente) como instância da autonomia do Direito para limitar a transformação das relações jurídico-institucionais em um constante estado de exceção. Disso tudo, é possível dizer que, tanto o velho discricionarismo positivista, quanto o pragmatismo fundado no declínio do direito, têm algo em comum: o déficit democrático.[141]

A resistência nessa quadra da História, portanto, dar-se-á pela (e a partir) da própria Constituição subtraída do processo hermenêutico, resistência compreendida

---

[141]STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. op. cit.,p. 79

como mergulho do '*ser-aí'* nas potencialidades do 'mundo da vida' fazendo da transformação social exigida pela (re)construção do pacto social o seu eterno e permanente devir.

Assim, diante desse panorama, vislumbra-se a pertinência de uma reflexão, mais aprofundada, tanto quanto possível, sobre o tema proposto no meio acadêmico, assumindo-o como atual e de especial relevo no Estado brasileiro, no momento mesmo em que o Supremo Tribunal Federal, aos olhos da nação, figura como personagem protagonista na tomada de decisões que definem novos e importantes rumos na sociedade brasileira, conferindo um novo panorama e relevância da Jurisdição Constitucional.

Sob essa perspectiva, o tema ganha relevo e atualidade prementes, após as chamadas '**Jornadas de Junho de 2013'** que talvez tenham inaugurado uma inédita agenda permanente de reivindicações políticas e sociais, cujos desdobramentos já podemos sentir num novo quadro político-jurídico-cultural na realidade do país, o que traz a lume o direito de resistência como saída, ou, verdadeiro problema constitucional, como observado pela doutrina:

> O problema constitucional do direito de resistência está na garantia de autodefesa da sociedade, na garantia dos direitos fundamentais e no controle dos atos públicos, bem como na manutenção do contrato constitucional por parte do governante. O direito de resistência, entendido como garantia individual ou coletiva regida pelo direito constitucional, está a serviço da proteção da liberdade, da democracia e também das transformações sociais, na medida em que o governantes e governados estão sujeitos ao Direito e, sendo assim, ambas as partes só estão obrigadas enquanto cumprirem o contrato, conforme leciona Locke.[142]

Diante desse cenário, ainda que de forma tímida, se revelam as possibilidades de resistência constitucional manifesta em vários momentos e segmentos, como: *lutas pela liberdade de expressão, reforma agrária (a legitimidade de atores, exemplificativamente, como Movimento dos Trabalhadores sem Terra), movimentos grevistas, objeção de consciência, autodeterminação, mecanismos de democracia participativa*, o que encontra sustentação teórica a partir dos mecanismos de reconhecimento do *pluralismo jurídico* como fonte e fundamento da referida resistência.

---

[142]BUZANELLO, José Carlos. **Direito de Resistência Constitucional.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 168.

Esse cenário a que nos referimos, guarda intrínseca relação com a temática da "resistência constitucional", podendo esta ser compreendida como "espaço jurídico-político" de embate dos temas mais caros à sociedade, sobretudo nesse momento da realidade nacional em que pululam iniciativas de 'criminalização dos movimentos sociais'[143], tanto pelas opiniões de mídia, como pela existência de propostas legislativas em idêntico sentido. A esse respeito, é a opinião de Clèmerson Merlin Clève:

> As lutas não estão ausentes da esfera das relações de produção – o que o economicismo parece esquecer – também atravessam o estado em sua materialidade institucional, manifestando-se de igual modo na instância jurídica. Tratamos desse tema em outro lugar, embora sem termos detectado, ainda a especificidade do jurídico, de sorte que este, facilmente, se diluía no político. O que fazíamos naquele espaço de enfoque crítico da questão política do direito era procurar um fundamento de juridicidade nas lutas diretas que se travavam entre as classes e frações delas. Hoje, a partir da constatação do direito como sistema formal de enunciados normativos, onde a presença do estado é indispensável enquanto agente tutelador-sancionador, percebemos que aquele entendimento era insuficiente. É que as lutas estão presentes o domínio jurídico, não de maneira direta, mas de modo mediatizado. Neste caso não será nas lutas que encontraremos a juridicidade, senão que as lutas a atravessam constituindo-a e ultrapassando-as ao mesmo tempo.[144]

Deste modo, justifica-se a resistência constitucional como reconhecimento de que a juridicidade, ela mesma, se transforma em espaço de existência e difusão das tensões sociais, a um só tempo, própria e necessária aos regimes democráticos. É assim, o Direito de resistência, verdadeiro espaço de luta com vistas às transformações jurídico-sociais.

Tomando como fio de ilustração o caso do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST)[145], porque mais visível e popular, na sua clara identificação enquanto movimento social que busca um certo protagonismo na reivindicação pela luta entorno da questão fundiária, é a opinião da doutrina especializada:

> O lema ocupar, resistir e produzir, sem dúvida está intimamente ligado a um Direito Fundamental de Resistência e a uma configuração de Desobediência Civil legal a uma odem preestabelecida, sendo plenamente legitimada pela final do lema, que destaca o caráter produtivo do ato de

[143]Tratam-se de iniciativas parlamentares visam à alteração da Lei 13.260/2016 (Lei Antiterrorismo) para ampliar seu alcance normativo e atingir procedimentos próprios dos movimentos sociais.
[144]CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos.** São Paulo: Acadêmica, 1998, p. 124-125

[145] Movimento social classificado por Luiz Fernando Coelho como 'juridicamente marginalizado', ainda que se possa considerá-lo legítimo em função dos valores comuns da coletividade e da eficácia que subjaz as suas ações, como a defesa da reforma agrária . (In 'A fumaça do bom direito: Ensaios de filosofia e Teoria do Direito', Bonijuris: Curitiba, 2011, p. 282)

> ocupação e resistência...o movimento não restringe as ações de resistência à ocupação de terras, mas também promove a ocupação de ruas, praças e repartições públicas, visando mostrar, através da mobilização, seu poder organizativo e o quanto é legítima a sua reivindicação".[146]

O atual momento, no qual vivenciamos mais uma fissura da "normalidade democrática", com o segundo impedimento de um mandatário desde a redemocratização, não sem amplo e profundo debate vivenciado, não somente perante autoridades formais, instituições, intelectuais, imprensa (principalmente), mas, de forma robusta, também nas ruas, esquinas, e nos mais diversos espaços públicos, acentuando um caráter de vivência real com essa experiência, refletir o "Direito de resistência" à luz do ordenamento jurídico-constitucional e dos métodos hermenêuticos envoltos nessa temática, agora, na proposta da Hermenêutica filosófica.

Essa ampla participação popular, com debates produzidos "para além" dos intérpretes oficiais, como mencionado, em certo sentido como manifesta "resistência", já insinua, em si mesma, uma possibilidade de interpretação constitucional aberta, como pensado pelo jurista alemão Peter Häberle:

> [...] no processo de interpretação constitucional, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição [...] A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.[147]

Assim, a Hermenêutica, hoje, desprendendo-se dos seus métodos clássicos e, oxalá, superados (eis nossa hipótese), reclama uma maior participação na concretização dos direitos e promessas de transformação social pela concretude constitucional, sendo a marca distintiva do Estado Democrático de Direito, cabendo tal função, fundamentalmente, ao Poder Judiciário, no dizer de Lenio Luiz Streck:

---

[146] TAVARES, Geovani de Oliveira. Desobediência Civil e Direito de Resistência política.Dissertação apresentada à Coordenação do Mestrado em Direito da UFCE: mimeo, 1999

[147] HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997, p.13.

> [...] já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Dito de outro modo, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco de poder/tensão passou para o Executivo,no Estado Democrático de Direito há uma modificação desse perfil. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. [148]

Neste diapasão, imperiosa se torna a análise e o diálogo das novas formas de interpretação constitucional com a concepção clássica e tradicional, sobretudo no ordenamento pátrio, o qual se serve de um mote hierárquico no interior do sistema jurídico, para deduzir que interpretação jurídica é sempre interpretação sistemática, na lição da clássica e bem recepcionada obra de Juarez Freitas, para quem

> A interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em pretender atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando as antinomias a partir da concatenação teleológica dos mesmos, tendo como escopo a solução de casos concretos.[149]

A abordagem do Direito de resistência poderia ser feita, conforme literatura especializada, utilizando-se como referencial teórico e epistemológico, por exemplo, o materialismo histórico (Marx), o utilitarismo (Bentham e Mill), o contratualismo (Hobbes, Locke, Rosseau), no entanto, e por mais coerente com a proposta de investigação da participação dos movimentos sociais, e já nessa quadra da história, a escolha se dará pela hipótese da tradição democrática, como arcabouço que oferece os melhores meios e recursos para garantir que as demandas e contrademandas políticas passem pelo teste da verdade na arena pública e garantam as aspirações cidadãs.[150]

Daí, que as formas de interpretação (hermenêutica) jurídica devem abrir-se ao mundo, de modo buscar nas normas (direitos fundamentais) a plenitude da realização concreta dos anseios sociais, mas no reconhecimento da função contramajoritária que é exigência primeira do paradigma do Estado democrático de direito. Esta é a função

---

[148] STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) crise. Op. cit., p.44
[149] FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 175.
[150] SHAPIRO, Ian. Os fundamentos morais da política. 1º edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006

precípua da hermenêutica, funcionando qual uma ‘clareira’ que se revele como instrumento/meio de desvelamento do Direito, tornando-o visível.[151]

Logo, o paradigma após a *viragem linguística*, superando o esquema ‘sujeito-objeto’, nos dá uma hermenêutica concretizadora, ontológica, abrindo flanco para uma recepção material para a norma, e é justamente aqui que poderemos vislumbrar as condições mínimas para a resistência e os movimentos sociais como veremos nos capítulos ulteriores dessa pesquisa.

3.2.1 Regras especiais de interpretação constitucional

Nesse tópico, serão confrontados os métodos clássicos de interpretação constitucional, ainda herdeiros da Filosofia da Consciência e de cunho privatístico, com a nova jurisdição constitucional já inclusa no paradigma da ‘viragem linguística’ e do acontecimento fenomenológico, para daí se vislumbrar as possibilidades de desvelamento da resistência constitucional.

Ainda no âmbito do positivismo e sua metodologia amparada no distanciamento do sujeito em relação ao objeto, tributário direto das chamadas ‘ciências do espírito’, ao intérprete caberia buscar o ‘sentido da norma’, por meio de métodos que ainda hoje prevalecem no âmbito jurídico, sobretudo jurisdicional.

Ainda de natureza privada, pois devemos considerar que a ‘constitucionalização do direito’ é fenômeno sobretudo datado da segunda metade do século XX**,** a intepretação constitucional obedecia, em síntese, aos seguintes métodos, que antes podem ser pensados em termos de 3 (três) categorias[152], tendo como parâmetro: i) o próprio texto, aqui teríamos os métodos gramatical, lógico e sistemático, respectivamente, seriam aqueles concentrados no exame da língua na sintaxe (gramatical), ora, no uso de raciocínio lógico e seu instrumental próprio da lógica formal, amparados no chamado critério do ‘terceiro excluído’ e ‘não contradição’ (lógico), e por fim, aquele que não perderia a norma do ponto de vista de sua inclusão no ordenamento

[151]STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 265 e 266.
[152] BORGES, Guilherme Roman. Filosofia e teoria do direito. Op cit., p. 462

jurídico, buscando identidades com outras normas, devidamente concatenadas e evitando-se lacunas e contradições (sistemático).

A segunda categoria, seria pensada a partir do *contexto,* dividindo-se entre o método histórico, por sua vez, amparado no tempo de formação da norma, das circunstâncias de sua elaboração e permitindo a investigação acerca da dicotomia entre a *vontade da lei* e a *vontade do legislador,* e por fim o método sociológico, que buscaria na própria sociedade as causas subjacentes à formação da norma, e sua relação com os conflitos e os mais amplos interesses sociais.

A terceira (e derradeira) categoria, denominada meta-intepretativa, pensada a partir da vinculação da norma com interpretada com o contexto fático que daria suporte, estaria alicerçada em 3 (três) métodos: i) evolutiva, levando em consideração as transformações ocorridas, quer nos sentidos, quer no entendimento e rupturas hermenêuticas, ii) teleológica, buscando mais profundamente o *telos*, ou seja, fim (ou objetivo) buscado pela norma, o resultado direto almejado, e iii) axiológico, concentrando-se nos valores e visões do mundo.

Esses métodos acima elencados, feitos propositalmente de maneira muito breve, estão diretamente enredados no paradigma do sujeito, superados pela ‘viragem linguística’ ainda que encontrem resiliência no ambiente jurídico contemporâneo, mas estão, todavia, marcados pela lógica formal, presas naquele ‘esquadro geométrico’ de absoluto rigor formal, buscando, sempre de modo objetivo, a ‘essência’ do texto normativo para uma sempre já dada situação normada, ficando evidente a primazia da anterioridade de uma abstrata previsão legal à espera da situação vindoura, sendo daqui derivada a clássica expressa (da Escola da Exegese) de que o juiz seria tão somente ‘a boca da lei’.

Ora, mas é contra esse método de origem privatista que se erguem as novas metodologias de interpretação constitucional já herdeiras da revolução operada pela linguagem, como vimos nos capítulos anteriores, e que resultaram na ‘nova hermenêutica’.

4. Da Teoria Crítica ao Pluralismo jurídico

Quando se toma o estudo de movimentos surgidos no próprio tecido social, por meio de uma dinâmica fática e real, pensamos que a dialética da Teoria Crítica se mostra mais acertada e producente para a compreensão dos fenômenos sociais no que eles têm de movimento, haja vista que as categorias do pensamento crítico interpretam a realidade fazendo parte dessa mesma realidade, com ela interagindo como categorias transformadoras: sociedade, ideologia, alienação e práxis.

Segundo Luiz Fernando Coelho, "o projeto fundamental da Teoria Crítica do Direito é pensá-lo em função da dialeticidade do social (concreção), mas num profundo compromisso ético e político, muito mais acentuado daquele firmado, formalmente, pelo positivismo."

4.1 A Teoria Crítica do Direito

De crítica da sociedade e suas instituições, volta-se a Escola Crítica para o direito já nos anos 60 como fruto de trabalhos e estudos de pensadores europeus e, além do 'grupo de Frankfurt' e seu novo marxismo heterodoxo, foi também o período das influências das teses arqueológicas de Foucault sobre o poder, a releitura de Gramsci da teoria marxista e, poucos anos depois, pelos professores universitários franceses e magistrados italianos antipositivistas que viriam a ser os precursores do chamado 'uso alternativo do direito'.[153]

Nos chamados países de capitalismo periférico, aqui Brasil incluído, ganha relevo a Teoria Crítica do Direito nos anos 80, a partir do esforço intelectual ainda de um número reduzido de professores, dentre os quais, Tércio Sampaio Ferraz Jr, Roberto Lyra Filho, Luiz Alberto Warat e Luiz Fernando Coelho, cujos trabalhos foram ampliados no tocante à abordagem epistêmica para promover uma contundente crítica não só do positivismo, fiéis à origem da teoria, mas igualmente ao jusnaturalismo, ambas encaradas como

[153] WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico. 3º. edição. São Paulo:Saraiva, 2001, p.16.

doutrinas formalistas e idealistas que serviam de instrumentos para escamotear as (reais) funções do Estado e do Direito na reprodução dos ideais capitalistas.[154]

Disso resulta que a proposta do *pensamento crítico* é de ruptura radical com os modelos estanques e excessivamente formais (como o positivismo) voltada para um tipo metodológico-teórico que promova transformações na realidade sensível, ou, pra usarmos uma expressão kantiana – sem ignorarmos também seu formalismo – nos fenômenos, aqui compreendidos como a própria concretude da vida, traduzida no elemento da práxis social de tipo marxiana. Em linhas mais exatas:

> O projeto basilar de um Teoria Crítica do Direito trata, em suma, de pensar o direito em função da sua dialeticidade do social, mas envolvendo um compromisso ético e político muito mais profundo do que o simples acatamento às leis e às instituições que através dela se consolidaram, o que transcende em muito o quadro de uma teoria do direito positivo. Além disso, muito mais do que uma interdisciplinariedade do saber jurídico articulado com os diversos planos das ciências da sociedade, a teoria crítica se constitui numa transdiciplinariedade, isto, em função de sua própria lógica dialética.[155]

Essa dialeticidade reclamada pela Teoria crítica vai se constituir, então, no seu *método científico* por excelência, posto que não renunciando ao caráter gnoseológico de tipo marxista, do qual é herdeiro direto, só fará sentido numa 'dialética do social', própria assim do materialismo histórico que, invertendo a dialética hegeliana, essa de tipo idealista, estará 'condenada' a repensar o real a partir dele mesmo, culminando em consequência na quebra do paradigma tradicional cujas bases estão assentes na separação entre teoria e práxis. Não! Na perspectiva teórico-metodológica do pensamento crítico essa cisão não terá espaço.[156]

Nessa nova episteme, qual seja, da simbiose entre teoria e prática, numa versão diretamente marxista, *tese-antítese*, ousaríamos dizer, revela-se o ponto fulcral da teoria crítica, o substrato essencial da sua matriz e proposta teórica, pois

> A formulação teórico-prática que se revela sob a forma do exercício reflexivo capaz de questionar e de romper com o que está disciplinarmente ordenado e oficialmente consagrado (no conhecimento, no discurso e no comportamento) em dada formação social e a possibilidade de conceber e operacionalizar outras formas diferenciadas, não repressivas e emancipadoras, de prática jurídica.[157]

---

[154] Ibidem, pp. 16/17
[155] COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 10
[156] Idem, p. 11
[157] WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit., 2001, p. 18

O resultado imediato desse novo instrumental metodológico, portanto, foi o de abrir frentes inesgotáveis que permitam a superação, ou minimização das contradições sociais inerentes às sociedades complexificadas pela estrutura e modo de produção capitalistas, para além de um mero caráter denuncista. Ao contrário abre horizontes para criar condições reais de emancipação e desbravando caminhos para superação das condições cruéis e propiciando a formação de novas categorias que ensejem um modo de pensar inteiramente prospectivo, ao mesmo tempo que colocaria a filosofia do direito política num patamar de engajamento político dinâmico, relegando ao passado, desse modo, a outra (até aqui insuperável) autonomia entre a dogmática jurídica e a política jurídica, o que reflete, na verdade, a permanente superação entre saber jurídico, atuação do jurista e a práxis ligada ao fenômeno social da juridicidade. [158]

E para que não fiquemos, também, enredados numa trama conceitual e de caráter formal-ideal-abstrato, o que seria de todo incoerente nessa pesquisa, posto que é exatamente esse fantasma que a teoria crítica objetiva exorcizar, os mecanismos ou meios para se 'desbravar novas categorias de superação das condições cruéis da realidade social', como acima fora mencionado, poder-se-ia realizar por meio de práticas alternativas oficiais e, oxalá, extra-oficiais de resolução de conflitos e emancipação ainda no âmbito da juridicidade legítima: o *pluralismo jurídico*.

Uma vez que rompida, enquanto discurso, a interpretação de tipo positivista, ancorada na validade e vigência (formais) para enfrentar, por meio da ponderação, a relação do justo/injusto do caso concreto, ou seja, da facticidade, vindo assim de encontro a recusa de acatamento às leis injustas, porquanto 'qualquer lei injusta, ofensiva aos *standards* definidos pelo constituinte, será lei inconstitucional'.[159]

O pensamento crítico conforme dispusemos anteriormente, tributário da crítica da sociedade levada a efeito pelos pensadores de Frankfurt e que no direito se revelou como uma proposta de derrocada do positivismo e seu racionalismo mistificador dos ideais de uma classe dominante, poderia - e essa é a hipótese que destacamos mui

[158] COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., 2003, p. 13

[159]CLÈVE, Clemerson Merlin. Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito). São Paulo:Acadêmica, 1993, p. 46

modestamente nessa breve pesquisa – ser apontada como a parteira da proposta de um paradigma de pluralismo jurídico.

Empreitada já evidenciada, e até facilitada, pela identidade de um 'adversário em comum' que lhe deu fôlego nas suas investidas e propostas metodológicas, qual seja, a reação dirigida à dogmática de tipo positivo-normativista que predomina no cenário jurídico desde o século XIX.

Mas não é só! O pluralismo jurídico ao dialogar com outras fontes jurídicas para o fim de conferir-lhes, na verdade, idêntica juridicidade tais quais às normas estatais (monismo) buscando assim assimilar e trazer para o processo de consenso dialógico outras esferas e agentes sociais, que passariam a reproduzir as ditas fontes, encontra perfeita consonância com a matriz teórica do pensamento crítico, qualquer que seja a sua vertente (sistêmica, semiológica, psicanalítica ou dialética), pois teria também o intento de busca da produção jurídica na mesma inspiração do pensamento crítico: a realidade concreta, arena onde se desenvolvem os conflitos e contradições sociais, políticas, culturais e econômicas. Verdadeiro paradigma da cotidianidade.[160]

Ora, a questão do método da Teoria crítica é justamente a dialeticidade, nascida da constatação da ineficácia do purismo metodológico do positivismo, em especial de tipo kelseniano, marcado pela separação ôntica do direito com as formas de experiência social, queremos dizer, da separação abrupta entre a produção jurídica, de pretensa cientificidade, e a *práxis* social, resultando numa delicada aporia: um impasse metodológico configurado como a impossibilidade de construção de uma estatuto jurídico e teórico voltado ao direito como verdadeira experiência, pelo paradigma positivista.[161]

Ora, o impasse é o mesmo, portanto, que impulsiona o pluralismo jurídico, só que neste já se reconhece a necessidade de integração de outros sujeitos, retirados no mesmo campo de experiência referido pelo pensamento crítico para a construção das condições metodológicas que este último também se impõe como tarefa epistêmica.

Mas em que consiste, então, o método da Teoria Crítica?

Como já insinuado, ainda que de modo muito tímido nos capítulos anteriores, a proposta metodológica do pensamento crítico é o da dialeticidade, ou, mais

[160]LUDWIG, Celso Luiz. Op. cit., p.196-198
[161]COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito. Op.cit., 2003, pp.3-5

precisamente, da '*dialética da participação*[162]', assim referida pela elaboração teórica de Luiz Fernando Coelho, tendo como fim último a inserção do direito e seus pressupostos na práxis social.

E de que forma? Em toda a teoria do conhecimento, são três os elementos indispensáveis: sujeito, objeto e conceito. A tradição racionalista de tipo cartesiana, como vimos, promoveu a separação do sujeito-objeto, numa atitude chamada dogmática, porque tem seus princípios imanentes (o *eu* que pensa, que conhece, e que não pode ao mesmo tempo *'ser e não ser'*) donde constrói seu edifício epistemológico; em sentido oposto a corrente empirista vai deduzir o conhecimento, primeiro, da experiência sensível, da realidade (Locke, Hume, Stuart Mill). Fica claro nessa dicotomia, dentro do que nos interessa, que o traço distintivo no labor da 'teoria do conhecimento', portanto, será a prevalência, ora do sujeito (racionalismo), ora do objeto (empirismo).

Somente quando a filosofia kantiana (formal e idealista), na chamada 'revolução copernicana' se superou essa dicotomia das prevalências (sujeito/objeto) para se buscar uma 'conciliação necessária' entre os dois elementos, se estabelecendo a evidência da existência de categorias *'a priori'(sujeito)* responsáveis pelos dados da experiência (objeto), eis, em síntese, a base do criticismo kantiano, donde se origina, aliás, o termo 'crítica' nas ciências sociais.

A esta altura, poderíamos indagar: e a teoria crítica e o pluralismo com isso?

É que depois daquele modelo kantiano, buscou uma 'essência universal' para o direito no núcleo das pesquisas filosóficas, alimentando, inclusive, correntes outras de pensamento que, embora dali derivadas, tiveram por intento superar a outra dicotomia: a da separação entre essência (que em Kant era de alcance impossível=noumenon) e aparência real (fenômeno=*phaenomenon*), dentre essas correntes, a fenomenologia (estudo da estrutura da consciência) de Edmund Husserl.

Das correntes fenomenológicas, que agora passaram a encarar além da essência, como em Kant, também as estruturas objetivas da realidade (categoria),

[162] A estrutura ontológica na qual o autor desenvolve tal método é retirada da fenomenologia de Edmund Husserl, mais precisamente, das '***Investigações lógicas. Sexta Investigação. Elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento.***

surgindo a noção de *a priori material* como estrutura objetiva[163], é possível a identificação do objeto do conhecimento como aqueles com *existência em si,* e outros que são *criados pelo homem*, como produtos da cultura (corrente culturalista, tendo como expoente Miguel Reale e sua teoria tridimensional do direito) aí incluído o direito.

Logo, passando-se a admitir o direito, nessa perspectiva científica como produto da cultura, posto que criação do homem, resta inseparável – à maneira positivista – o sujeito do objeto, uma vez que no processo de conhecimento, ter-se-ia a fusão entre consciência e o conteúdo, sendo o processo ontológico igual ao processo gnoseológico, respectivamente, o ponto de vista da essência (ser) do conhecimento (gnose).

Dessa estrutura epistemológica, portanto, que fará coincidir sujeito/objeto, aliado ao reconhecimento de estatuto científico do direito como fenômeno cultural (e isso porquê a ciência há de abarcar também fenômenos e instâncias sociais) é que estará aberto o caminho para a vivência da Teoria crítica com o pluralismo jurídico, já que ambos possuem (necessária) interconexão com a realidade e a práxis social.[164]

4.2 Pluralismo jurídico: A proposta emancipatória como condição democrática

A hipótese aqui trabalhada nesta pesquisa é a da urgência epistemológica de construção do pluralismo jurídico, em especial diante da realidade fragmentada latino-americana, cuja essência repousa também numa diversidade de atores sociais e coletivos e de reconhecimentos normativos 'para além da fonte estatal'.

Nesse sentido, a necessidade, ainda que muito breve, de trazermos a raiz histórica e filosófica que propiciou o surgimento da Teoria Crítica do Direito, mais precisamente, na Alemanha do período entre-guerras (1919-1938) com os trabalhos dos

---

[163] REGO, Pedro Costa. Kant: A revolução copernicana na filosofia. *In*: FIGUEIREDO, Vinícius de (Org).Seis Filósofos na sala de aula. São Paulo: Berlendis&Vertecchia Editores, 2006. pp.167/168

[164]A Ciência do Direito é apreendida na realidade cultural, e a norma é entendida como o resultado da tensão dialética entre o fato e o valor. Em síntese, trata-se de compreender que o entendimento da norma pressupõe o estudo dos fatos e valores, sob pena de um reducionismo do fenômeno jurídico: qualquer teoria, para Reale, é improdutiva à explicação do fenômeno jurídico quando permite uma investigação apartada dos seus três elementos indissociáveis – o fato, o valor e a norma. GRUBA, Leilane Serratine. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O tridimensionalismo de Reale e a cientificidade do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), Unisinos,volume 5, pp-48-64, jan-jun 2013)

teóricos da Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt, ou, mais conhecida, Escola de Frankfurt.

Os estudiosos da Escola de Frankfurt (Horkheimer, Walter Benjamin, Marcuse, Adorno e Habermas) assumidamente de matriz neomarxista, empreenderam um novo verniz no estudo das ciências sociais, compromisso deliberado numa metodologia, num primeiro momento, de 'crítica da ciência', levando-os em seguida à expansão de suas investigações para a chamada indústria cultural e o papel do Estado na constituição das sociedades e, especialmente, uma investigação acerca da questão da sua legitimidade.[165]

É que o objeto de estudo dos frankfurtianos não era, essencialmente, o direito, mas sim empreender uma teoria crítica em relação à própria sociedade e suas instituições, de modo a reconstruí-la com base nas premissas (heterodoxas) da filosofia marxiana.[166]

Na abordagem específica em relação ao direito, a Escola de Frankfurt concentrou sua abordagem crítica contra o positivismo jurídico e sua mistificação dogmática legalista que, como já vimos, encobria o caráter ideológico do direito, travestindo-se numa pretensa cientificidade amparada na desvinculação – e aqui o grito maior da crítica – com a práxis e a ética social, sendo a Teoria Crítica:

> O instrumental pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes e mitificados uma tomada de consciência, desencadeando processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antifogmática, participativa e transformadora. Trata-se de proposta que não parte de abstrações, de um *a priori* dado, da elaboração mental pura e simples, mas da experiência histórico-concreta, da prática cotidiana insurgente, dos conflitos e das interações sociais e das necessidades humanas essenciais.[167]

---

[165]FREITAG, Bárbara. A Teoria Crítica: ontem e hoje, 4. edição. São Paulo:Brasiliense, 1986, p. 8

[166]Conforme ensina o historiador do direito, Antônio Manuel Hespanha: "No plano mais especificamente político, a Escola de Frankfurt procurou identificar as raízes mais profundas do modelo ocidental das relações sociais e políticas, as categorias impensadas da convivência, tais como os sistemas básicos com os quais apreendemos e valoramos o mundo da vida, as palavras com que falamos disso, as modalidades de comunicação, os modos de produção do saber, a geometria dos afetos interpessoais, a organização familiar, o sistema escolar, o sistema do gosto, os lugares-comuns sobre a felicidade, a vida boa, a justiça, os direitos e os deveres, etc. HESPANHA, Antônio Manuel. Cultura Jurídica Européia: Síntese de um milênio. Coimbra:Almedina, 2005, 2012. p. 495

[167]WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit., 2001, p. 5

Se se reclama um pluralismo jurídico, por certo, é porque temos antes o seu modelo antagônico – o monismo jurídico. Podemos compreendê-lo, de forma breve, como o modelo vigente desde a formação dos estados modernos absolutistas, aqueles mesmo de inspiração hobbesiana como já fizemos alusão em momento anterior, em que a produção normativa estaria concentrada, e de forma monopolizada no ente estatal, não se reconhecendo, assim, qualquer outra fonte produtora de direito.

Para uma compreensão mais acurada, vamos a Norberto Bobbio:

> O Estado moderno foi formado através da eliminação ou absorção dos ordenamentos jurídicos superiores e inferiores pela sociedade nacional por meio de um processo que se poderia chamar de *monopolização da produção jurídica.* Se por poder entendêssemos a capacidade que têm certos grupos sociais de emanar normas de conduta válidas para a totalidade dos membros daquela comunidade, e fazê-las respeitadas recorrendo até mesmo a força (o considerado poder coativo), a formação do Estado moderno caminahria lado a lado com a formação de um poder coativo sempre mais centralizado e, portanto, com a gradual supressão so centros de poder a ele inferiores e superiores, o que gerou como consequência a eliminação de todo centro de produção jurídica que não fosse o próprio Estado. Se hoje persiste ainda uma tendência em identificar o direito com o direito estatal, essa é a consequência histórica do processo de centralização do poder normativo e coativo que caracterizou o surgimento do Estado nacional moderno.[168]

Fenômeno moderno, o monismo é o modelo monopolizado de um Estado também monopolista, onde a soberania do Príncipe, legitimado numa ordem de natureza divina, estendia-se sobre tudo e todos, desde as propriedades às liberdades individuais (termo ainda não alcançado pelo direito) e as relações sociais e econômicas. o Monismo era a forma racional, portanto, de um estatuto jurídico derivado de uma eticidade tradicional no sentido de harmonia unívoca de mundo, cujo epicentro era uma ordem pronta de conformação política e social que tinha no monarca e nos dogmas de um cristianismo uniforme (e absoluto) ao seu ancoradouro definitivo.[169]

Esse panorama moderno dos Estados centralizadores foi ‘bagunçado’ pela agitação política e cultural do século XVIII iluminista, sendo transformado no seio de uma

---

[168]BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. São Paulo: Edipro, 5º edição, 2014, p. 33

[169]A passagem para a modernidade coincidiu com o surgimento de conflitos entre eticidades diversas, muitas vezes incompatíveis entre si e inconciliáveis em suas pretensões de dirigir a vida cotidiana de indivíduos e comunidades. Essa transformação social profunda foi explicada pelos sociólogos de diversas maneiras. Mas também a filosofia política moderna, de seu lado, procurou responder a essa novidade histórica. (NOBRE, Marcos. TERRA, Ricardo. Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas (org). São Paulo: Malheiros, 2008, p.17)

revolução que, desde o seu início, se pretendeu 'universal'[170] e constitutiva de uma nova ordem que iria agora conviver com uma diversidade de grupos e elementos que lutariam pela conquista de espaço e protagonismo nas disputas políticas motivadas, sobretudo, pelas relações de trocas econômicas, numa palavra, burguesa. Porém, ainda assim, é o monismo (jurídico) quem define 'as regras do jogo' do ponto de vista formal dogmático, mas essa centralidade, desde a agitação oitocentista viria, dois séculos depois, sofre forte confrontação diante da complexidade (cultural, política, econômica e social) que marcou o século XX e da qual ainda estamos profundamente mergulhados.

Eis assim o cenário para uma alternativa diversificada de produção jurídica, antes, pressionada pelas alterações vivenciadas no modo de produção capitalista (passagem de um modelo industrial para um monopólio organizado), consolidação de políticas sociais de tipo distributivas de inspiração do economista inglês John Maynards Keynes (ou keynesianismo), além, ainda, dos trabalhos do dogmatismo normativista da Escola de Viena e de Hans Kelsen e já mais recentemente, a intensificação dos processos de globalização econômica, seus efeitos, crises e o abalo no chamado Estado de Bem Estar Social, em que tudo somado viria a exigir um novo sistema ético-jurídico, abrem-se as cortinas para o pluralismo jurídico.[171]

E como se articulou essa exigência pluralista?

Pois bem! Trabalhando com as noções de crise no interior do pensamento habermasiano[172] (*de legitimação, motivação, econômica e de racionalidade*) e com o conceito de crise de 'paradigma', conforme Thomas Khun, como impossibilidade de o modelo vigente, no caso, a dogmática positivista e o monismo jurídico, solucionar os

---

[170]Justificam-se as 'àspas' em razão da consagrada opinião no pensamento crítico aludido, que esse 'universal' da Revolução francesa foi limitado ao 'universo' dos interesses da classe burguesa, assim como os modelos jurídicos ali propostos, desde o binômio legalidade/Estado de direito até a fórmula, já clássica, da separação de poderes ainda vigente. (Cf. Neumannn, Franz. A mudança de função social da lei no direito da sociedade burguesa. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, nº 109, pp-13-87, jul./dez. 2014)

[171]WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico. Op. cit., 2001, p.171

[172]Como lembra Antonio Manuel Hespanha, há uma forte identificação da teoria pluralista do direito com o a 'Teoria da Ação comunicativa' de Habermas, na medida em que esta também encontra apoio num diálogo consensual entre grupos em esfera distintas, sobretudo aquela da 'esfera pública' surgida a a partir do advento da imprensa, dos *salons,* etc., sendo esse o modelo que moldou o modo de decidir típico dos estados democráticos, tendo havido, posteriormente, em razão da diversidade das sociedade e da complexificação das esferas comunicativas, uma inadequação para que se continuasse a reproduzir esses 'diálogos', propiciando assim que o Estado perdesse a capacidade de refletir esses 'diálogos comunitários', passando então a colonizá-los de forma artificial e autoritária. HESPANHA, A.M. Op. cit., 2012, pp-551/552.

problemas e desafios do novo contexto como acima apontamos, sendo, em verdade, essa mesma dogmática tradicional de herança iluminista ela própria parte dessa deficiência.

Antonio Carlos Wolkmer vai identificar a necessidade natural de busca de um modelo referencial (epistemológico) alternativo ao projeto estatal hegemônico (monismo) capaz de reconhecer e legitimar normatividade extra e infra-estatais a partir das carências dos sujeitos coletivos recentes, precarizados no âmbito das sociedades subalternas do Capitalismo periférico forjadas por estruturas precárias e pulverizadas numa ambiência de espaços de conflitos permanentes; desse modo, toma cuidado o autor citado de destacar a diferença desse *pluralismo jurídico-liberador*, daquele outro político de tipo conservador, que em verdade representa muito mais os interesses dos mesmos grupos econômicos dominantes, escamoteados pelos mesmos interesses hegemônicos.[173]

Assim, se a Teoria Crítica seria a denúncia da falência da promessa iluminista de emancipação, houve avanço da técnica mas não logrou a libertação dos homens, a razão que se manifesta na ciência era repressiva ainda, pela crítica a razão estaria vinculada ao processo histórico e social.

A Teoria Crítica vai explicar as 'coisas como são', mas sob a perspectiva de como 'deveria ser'. Assim, a factibilidade, tratando das coisas a partir das suas potencialidades.

Para isso, a necessidade de se colocar, numa dinâmica dialética, no conjunto da história, na concreção histórica; levando-nos a 'dialética da participação'!!

4.3 A crítica ao positivismo pela via da alternatividade: Condições do Direito Alternativo

Embora não constituam a mesma coisa, o Teoria Crítica de revela como substrato teórico para o movimento do chamado Direito Alternativo (não confundir com o 'uso alternativo do direito, este, oriundo do movimento europeu dos anos 70 vinculado a uma atuação dos operadores do direito: magistratura, essencialmente) fomentada pela premissa que considera o positivismo como grande modelo (ideologia) jurídico dominante

[173]WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico.Op cit., pp. 80/81

desde o século XIX, e que não obstante suas diversas matizes e sutilezas, ora práticas, ora teóricas, sofreu resistência nas últimas décadas donde o terreno fértil para novas aspirações epistemológicas no enfrentamento do Direito, porquanto tem como certo, segundo Michel Troper, a sua separação abrupta entre direito e moral.[174]

E é aí, dessa separação como marca fundamental, e na defesa da ordem estabelecida, quer pensemos o positivismo na sua vertente normativista (Kelsen) ou na variante do realismo jurídico, novos modelos foram reclamados, e aqui encontramos alternatividade jurídica, ou, o direito alternativo.

A proposta, ou visão, de uma ética fundada na *alteridade concreta* estabelece relação direta com a necessidade de um novo *ethos jurídico*[175], como exigência da democracia agora compreendida numa dimensão não somente satisfeita com uma retórica formal, mas antes, que dê vazão substantiva aos anseios de uma sociedade pluralista e ainda marcadamente desigual, com fissuras no seu tecido social que são, tradicionalmente, ignoradas pela aliança do poder político com o poder econômico.

Mas em que consistiria conceitualmente essa ética concreta da alteridade?

> Numa ética antropológica da solidariedade que parte das necessidades dos segmentos humanos marginalizados e se propõe gerar uma prática pedagógica libertadora, capaz de emancipar sujeitos históricos oprimidos, injustiçados, expropriados e excluídos. Por ser uma ética que traduz os valores emancipatórios de novas identidades coletivas que vão afirmando e refletindo uma práxis concreta comprometida com a dignidade do 'outro', encontra seus subsídios teóricos não só nas práticas sociais cotidianas e nas necessidades históricas reais, mas igualmente em alguns pressupostos epistemológicos da chamada Filosofia da Libertação. Sendo assim, há que se ter presente, ainda que brevemente, certos marcos referencias na obra de Enrique D. Dussel, o teórico por excelência da mais bem elaborada e consistente proposta de uma ética filosófica libertadora sob a óptica da periferia latino-americana.[176]

Ao tratar dos desafios de democracias de 'baixa intensidade' como é o caso brasileiro, revela-se um quadro que faz urgir, no 'espírito do tempo' mecanismos dinâmicos quê, reconhecendo a insuficiência de atendimento das demandas sociais, promova novas possibilidades éticas mas que não se distanciem, antes, atendam, a necessária factibilidade. Eis, assim, que esse cenário colocará como imperativo formas

---

[174]TROPPER, Michel. A filosofia do direito. Martins Fontes: São Paulo, 2008. p. 27

[175]ARRUDA JR, Edmundo de Lima.Direito Alternativo. Notas sobre as condições de possibilidade. São Paulo: Acadêmica, 1991, p.94

[176]WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit., p. 314

pluralistas, tanto no campo político como jurídico, como referenciais comprometidos com a satisfação das necessidades humanas essenciais (fundamentos materiais) e com as múltiplas identidades/singularidades sociais (legitimidade dos atores) e, mais urgente, com o processo político democrático de descentralização, participação e controle comunitário.[177]

No que tange aos fundamentos de 'efetividade material' o primeiro deles diz respeito ao surgimento de novos atores sociais, reconhecidos como 'sujeitos coletivos', agora, diverso do sujeito individual (sujeito em si) da tradição cartesiana e do subjetivismo kantiano, antes corporificado numa abstração formalista e ideológica, mas sujeito ativo, vivo e atuante até o limite da modificação da mundialidade do processo histórico social, que já estava presente em diversas etapas das lutas e denúncias sociais, ora sendo o proletário (Marx), ora os marginalizados da sociedade industrial (Marcuse), dos condenados da terra (F.Fanon) até o 'povo oprimido' dos filósofos e teólogos latino-americanos (Gustavo Gutiérrez, Enrique Dussel, e etc). [178]

Essa proposta, por certo, vai também buscar, no âmbito jurídico, dilapidar as estruturas formais do positivismo-liberal e seu arquétipo de uma racionalidade que se mostrou incapaz de dialogar com o centro de gravidade fundamental, a própria sociedade e suas demandas permanentes.

É falar já de democracia, para além da ideologia jurídica que se contentou em se legitimar numa (velha) ordem oitocentista de manutenção da cultura de um poder a serviço de reproduções de privilégios, o que se faz sentir muito acentuadamente nas periferias globais, locais, por excelência, de radicalização dos conflitos sociais gerados pela contradição do modo de produção capitalista.[179]

É assim que essa constatação, da emergência periférica, fez sentir a toda evidência, que a impossibilidade de um 'direito único' ou 'supraclasses', verificando assim o esgotamento da ideologia jurídica dominante, a partir das lutas sociais e das conquistas (tímidas) dos movimentos, por exemplo, de trabalhadores no contexto das democracias de bem estar social, expondo as fraturas e a crise de legitimação do capitalismo global.

---

[177] Ibidem, p. 275
[178] Ibidem., p. 278

[179] ARRUDA JR, Edmundo de lima. Op. cit, p. 76

Daí, que o projeto de sociedade vai exigir, no âmbito do direito, que o 'eixo normativo' esteja não mais ancorado numa ideação de tipo universal-abstrata, mas naquilo que já apontamos como 'paradigma da vida concreta' agora traduzida como normatização vinculada aos desafios e promessas democráticas, e isso implica mitigar o 'mito da Justiça e Direito' burgueses, pela via que será aberta pelo pluralismo jurídico.[180]

Todo o estatuto epistemológico, portanto, da 'Teoria Crítica', passa a ser compreendido como uma vertente essencialmente revolucionária, no sentido da busca de emancipação dos sujeitos históricos e, em última análise, promovendo a passagem para a 'juridicidade alternativa',[181] que por sua vez, estará umbilicalmente ligado a um 'novo Direito', no que o 'novo' estaria num pluralismo (emancipatório e participativo) capaz de reconstruir um direito verdadeiramente justo e (obrigatoriamente) democrático.

Esse caráter democrático, em verdade, ao mesmo tempo uma necessidade e condição de surgimento do Direito Alternativo, é o elemento que, em nosso sentir, lhe dá a legitimidade suficiente diante do monismo de tipo formal-liberal, porquanto alternativa de construção das condições mínimas para o resgate, no plano discursivo, num primeiro momento, do caráter instituinte de novas formas de inclusão de outros atores sociais e suas correlatas exigências e reivindicações, como bem assinalado por Tarso Genro:

> O direito alternativo não é, pois, o não-direito, muito menos um direito inventado ou simplesmente intuído na tradição do bom juiz Magnaud. Ele é sempre a melhor possibilidade de um sistema jurídico, dada pelos conflitos sociais e individuais que o geraram, pela sua história e pela cultura da sociedade em que ele emerge. Não é o arbítrio do indivíduo-Juiz, nem sua simples vontade política perante a crise de um sistema; mas é um ato de construção e desenvolvimento de valores que já estão postos pela própria história de afirmação da liberdade humana, do direito à vida, da luta pela repartição do produto social, pela redução da desigualdade e pela defesa do futuro, preservando-lhe o ambiente e a natureza.[182]

Ora, e é aí, em razão do reconhecimento dos conflitos sociais permanentes – a exigir o método da dialética da participação – que a Teoria Crítica exsurge como instrumental teórico que vai possibilitar pensar o direito a partir de um 'novo sujeito histórico', libertando-o da condição de alienado, ao mesmo tempo em que promove a

---

[180] Ibidem. p. 97

[181] WOLKMER, Antonio Carlos. Contribuição para o projeto de juridicidade alternativa. *In* ARRUDA JR, Edmundo de Lima (Org).Direito Alternativo. Notas sobre as condições de possibilidade. São Paulo: Acadêmica, 1991

[182] GENRO, Tarso Fernando. Os juízes contra a lei. In ARRUDA JR, Edmundo de Lima (Org). Direito Alternativo. Notas sobre as condições de possibilidade. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 26

autoconsciência do agentes e movimentos sociais em franca desvantagem no tecido social e alijados dos processos 'normalizadores' dos sistemas de privilégios, desigualdades e injustiças, criando, assim, as condições para o esclarecimento e emancipação dos oprimidos.

4.3.1 A Dialética da Participação: Método do pensamento crítico

O processo ou método dialético é comum na história da filosofia desde os pré-socráticos, com os movimentos do pré-socrático Heráclito (célebre Fragmento 91)[183], chegando a Hegel e sua totalidade da história e, num grau de maior assimilação no interior de uma filosofia voltada à transformação do real, com materialismo histórico marxista**.**

Podemos entendê-la, de forma muito rápida, como 'a própria mundividência que, pressupondo o movimento imanente do ser, considera o ente em sua totalidade, a qual se volta para si mesma como individualidade total e se projeta no mundo como implicação total. (...) o pensamento dialético vislumbra, portanto, os objetos do conhecimento do ponto de vista da sua dinamicidade."[184]

A dialética é a forma absoluta do movimento, dos contrários, do 'eterno devir', e por isso mesmo, do entrechoque permanente das instâncias, das ideias e das contradições. No plano social, essas características ficam ainda mais visíveis. Toda a teoria marxista (lembremo-nos, o ponto de partida dos frankfurtianos) e seu materialismo histórico[185] estão calcados nessa dialética, à maneira invertida do hegelianismo ideal, sendo, no caso do objeto da nossa pesquisa, na realidade pluralista das condições e estruturas sociais em toda sua dinamicidade.

---

[183]Conforme Heráclito de Éfeso: 'É impossível alguém entrar duas vezes no mesmo rio, já que no segundo momento teríamos tanto um novo rio como um novo homem'. BARROS, José D'assunção. Teoria da História: Os paradigmas revolucionários. Volume III. 3º edição. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 37

183 COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., 2003, p. 27

[185]A história e as mudanças na vida humana são sempre impulsionadas a partir de sua base material, isto é, das condições objetivas e concretas por meio das quais os homens em sociedade reproduzem sua própria existência (materialismo). As transformações dão-se a partir do desenvolvimento das contradições, isto é, de inúmeras forças sociais e produtivas que terminam por se confrontar reciprocamente, gerando um movimento dialético. Tudo é histórico. BARROS, José D'assunção. Op. cit, 2013, p. 32

O ponto de contato é inegável, pois no dizer de Wolkmer “diante da insuficiência das fontes formais clássicas do modelo jurídico liberal e monocultural, os movimentos sociais como novos sujeitos históricos tornam-se portadores privilegiados do pluralismo político e jurídico transformador que nasce das lutas e das reivindicações em torno de carências, aspirações desejadas e necessidades humanas fundamentais.”[186]

Fecha-se esse ponto de contato referido na proposta metodológica da ‘dialética da participação’ como mencionávamos, na razão direta de que ela traz para o seu campo específico o ‘ser social’ como área privilegiada do pensamento dialético, porém, mediante uma exigência de tomada de *ações reais* para além do mero esforço de descrição de causalidade e funcionalidade, ou seja, seu estatuto epistemológico (e científico) repousa na transformação da concreção do real, por isso, participativa.[187]

Quando se analisam os objetivos, por sua vez, do pluralismo jurídico, depara-se com a pretensão de se alcançar uma totalidade do direito (e que não só isso) enaltecendo o direito estatal como apenas uma das inúmeras possibilidades para dar vazão às estruturas e demandas sociais, posto que teria o mérito de demonstrar, ainda que de modo abrangente, a força e autenticidade prático-teórica das diversas manifestações normativas não estatais, surgidas do interior de condições materiais, das lutas sociais e contradições classistas, servindo como ‘voz de denúncia’ das necessidades de reivindicações derivadas das privações que marcam o espaço social periférico em processo de descolonização.[188]

Não é outro o postulado do pensamento crítico:

> “Penso assim, que uma teoria crítica do direito deve ir além da simples denúncia das contradições sociais, do mero estudo das manipulações a que estão sujeitas as estruturas sociais em proveito de grupos privilegiados, da desmistificação das aparências e fantasmas que os elementos dominantes procuram incutir no inconsciente dos cidadãos, para elidir-lhes a opressão social a que estão sujeitos; (...) fica assim definido o contexto da teoria crítica do direito como a união dialetizadaenre a teoria e a experiência, na realização do direito como espaço de luta e conquista com vistas à autonomia dos indivíduos e à emancipação das sociedades.”[189]

---

[186] WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico. Op. cit., 256
[187]COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., 2003, p. 40
[188] WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico. Op. cit., 2015, p. 261
[189] COELHO, Luiz Fernando. Op. cit, 2003, p. 13/14

Como já assinalado anteriormente, a Teoria do Conhecimento tem sempre três elementos (no mínimo): *sujeito, objeto* e *conceito*. No caso da teoria crítica na forma como aqui desenvolvida, o terceiro elemento, conceito, repousaria nas chamadas '*categorias críticas'*, não perdendo de vista que categoria seria a representação intelectual do objeto enquanto integrado na dialética do conhecimento que une o sujeito com seu objeto gnósico; mas aqui, em sendo *crítica* essa categoria – que no pensamento do autor compreende: ideologia, sociedade, alienação e práxis – ela estaria fazendo a 'ponte cognoscitiva' entre o fazer e o saber, amoldando assim o conhecimento no âmbito do referido processo dialético.[190]

O método, portanto, desta teoria crítica, a dialética da participação

> É assim uma proposta metodológica às exigências de uma práxis transformadora, o que pressupõe também a dimensão política. E ao novo estatuto justamente repugna a separação entre a teoria e a práxis, consideradas não mais como entidades separadas no plano teórico, mas apenas o epistemológico de princípios da única realidade, o ser humano individual e social cuja ontologia, esta sim, pode servir de fundamento a qualquer teorização.
>
> Por isso a dialética da participação pressupõe a interdisciplinariedade do social, que não é a incorporação em visão unitária dos resultados de diversas ciências, ou seja, a incorporação da crítica à ciência da sociedade realizada desde fora. Deve-se entender a interdisciplinariedade como interação de regiões teóricas, realizando-se no plano epistemológico a tarefa que a dialética culturalista já realizara no plano ontológico, a exemplo do conceito de tridimensionalidade específica em Reale, sem o alcance, embora, que a dialética da participação propõe, ao substituir a ontologia do direito pela ontologia do ser social.[191]

Assim, evidencia-se, para além de qualquer dúvida razoável, a íntima relação entre o pluralismo jurídico e seus postulados, fundamentos e objetivos, com a teoria crítica do direito que, por sua vez, não sustentaria o seu edifício epistemológico enquanto mecanismo de emancipação das condições sociais estruturais deficitárias, sem um método que lhe fosse próprio, valendo-se da *dialética da participação*, suspendendo, assim, o clássico binômio dedutivo-indutivo de raiz cartesiana e sua separação sujeito-objeto que marcou, a um só tempo, o jusnaturalismo moderno e o positivismo dogmático que lhe sucedera nos dois últimos séculos.

---

[190] Ibidem, p.47
[191] Ibidem, p. 45

5. Direito de Resistência

"O direito de resistência é o tipo mais perfeito de sanção inorganizada do estatuto do poder no Estado'

Georges Burdeau

É possível resistir ao governo nos limites do Estado de Direito? Há espaço de possibilidade para o direito de resistência no constitucionalismo brasileiro? Mas que "coisa" é exatamente essa, de "Direito de resistência"? Seria um tipo sofisticado, travestido já com as cores da modernidade tardia, de "desobediência civil"? E a relação de tal fenômeno com os processos de densificação democrática, notadamente, pelos movimentos sociais. É possível?[192]

Debruçar-se sobre essas questões, investigando a origem, os contornos, definições, espécies, momentos históricos, assim como os seus limites, alcance e aplicação empírica (fato social e pluralismo jurídico) é o objeto do presente capítulo, mas mantendo como 'fio condutor' a abertura da resistência legitimada pela hermenêutica constitucional a que fizemos alusão nos capítulos anteriores.

É que o Direito de resistência, embora tema clássico na Filosofia e Ciência políticas, não tem o mesmo tratamento de investigação e preocupação na Teoria do Direito, sendo muito pouco investigado.

Essa problematização parte da noção de que o pensamento jurídico, estando ainda refém da concepção formal-abstrata do positivismo normativista, herdeiro de uma concepção *estandardizada* de interpretação jurídica, em virtude da ainda letárgica recepção da chamada '*viragem linguística'*, mantém, ainda, a sua técnica de interpretação no âmbito dos modelos subsuntivos (fato e norma) do paradigma da aristotélico-tomista, não conseguindo superar o esquema 'sujeito-objeto' e o modo, ainda

[192] Segundo aponta Alexandre Correia, "é questão controvertida, já há séculos, a de saber-se se devem os súditos obediência a um poder civil que, exorbitando das suas funções constitucionais, se torna despótico e tirânico, alheando-se do *bem comum,* que tem por dever promover e realizar. Contra uma tirania, individual ou oligárquica, que busca unicamente o bem próprio, em detrimento do bem social e dos direitos do cidadão, será lícito reagir. (Ensaios políticos e filosóficos. São Paulo: Editora da USP, 1994, p. 323

buscando sempre a solução pela processo de subsunção do fatos à norma, ignorando a ruptura promovida pela superação da Filosofia da Consciência e de consequência a maior autonomia do Direito e principalmente da Jurisdição Constitucional nesta quadra da História, deixando como resultado, a separação entre sociedade, Direito e sua função social (de transformação real), e esse problema estaria, talvez, na raiz da baixa efetividade dos valores constitucionais.[193]

E é aí, nesse não reconhecimento paradigmático (Filosofia da linguagem e Hermenêutica) que nos parece mais urgente o estudo do estatuto jurídico do "Direito de resistência", pois, ainda que pouco explorado, já encontrava manifestação na Grécia Antiga, como documentado em Antígona[194], de Sófocles, como uma reação ao poder e arbítrio estatais no âmbito da concepção jusnaturalista.

Assim, o problema cujas possíveis respostas e evoluções buscaremos pesquisar é a questão da insurgência de indivíduos ou grupos sociais quanto às ordens e manifestações do aparelho estatal (ente político e jurídico) que se mostrem contrárias às liberdades civis, aos direitos sociais e representem, assim, uma ameaça aos postulados democráticos, ensejando, assim, uma pesquisa no espaço da Jurisdição Constitucional e seus temas correlatos.

Nessa esteira e em superação ao Estado liberal, surgido em fins do século XIX, o Estado Democrático de Direito, positivado no texto constitucional, tem como sua viga mestra os chamados Direitos Fundamentais, que consolidam as condições mínimas de garantia a uma existência plena aos cidadãos, no reconhecimento da supremacia da vida humana, e no dever de o Estado, por meio de seus aparelhos oficiais, conferir as condições necessárias para o exercício das diversas espécies de liberdade, afirmando, assim, os valores democráticos.

---

[193]STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. (RECHTD). Volume I (65-77).2009

[194] Polinice e Etéocles, ambos irmãos de Antígona, perecerem em combate pelo controle de Tebas, e como Édipo, pai deles todos, já havia também perecido, o trono fica com Creonte, parente mais próximo dos mortos. Etéocles recebe sepultura digna, glorificado. Já Polinice, acusado de ataque à pátria e aos deuses, é proibido por Creonte de ser sepultado, sendo determinado que seu corpo permanecesse insepulto, pasto para aves e cães. Antígona insurge-se contra a ordem de Creonte e, em nome das leis naturais e divinas, superiores às leis terrenas, sepulta o corpo de Polinice, submetendo-se às possíveis sanções advindas dessa atitude. (SÓFOCLES,

Daí, que diante dessa nova realidade político-jurídica percebe-se um movimento mais acentuado de 'constitucionalização' das normas legais, de modo que a aplicação dos princípios e normas da Carta Fundamental, desde a produção legislativa até a tomada de políticas públicas, balizando e dando novos contornos à sociedade brasileira, torna-se um imperativo indeclinável.

A aplicação das normas constitucionais, especialmente àquelas que tocam mais intimamente aos Direitos Fundamentais, passa então a merecer especial análise, o que reclama o tema da Hermenêutica, grosso modo, ao campo da interpretação das normas, de forma a se buscar o seu mais real e detido alcance, possibilitando, de consequência, a sua maior efetividade e aplicabilidade, tornando, *in concreto*, real a transformação da sociedade, das instituições, e do próprio Estado brasileiro.

Ora, é que o processo de concretização constitucional reclama a interpretação jurídica, feita de caso a caso, partindo-se de um enunciado linguístico, conjugado com fatores extraconstitucionais e advindos da realidade social e das relações estatais, é a 'força normativa do fático', como diz João Maurício Adeodato: "A concretização normativa constitui-se, por um lado, da interpretação do texto da norma, por outro, de elementos que compõem o âmbito da norma, isto é, teorias, técnicas hermenêuticas dogmáticas, elementos ideológicos."[195]

Hoje, no panorama da modernidade tardia, com as demandas e movimentos contínuos de uma sociedade pluralista e mais organizada, percebe-se, também, em face à precária resposta dada pelos legisladores àquelas demandas, um movimento de 'judicialização das normas', cenário em que o Poder Judiciário – no que se convencionou, até aqui, chamar de ativismo judicial – preenche o vazio deixado pelo legislador por meio da aplicação, quando provocado, das normas constitucionais, o que o faz, todavia, por meio de uma interpretação que busca efetivar os Direitos Fundamentais, donde o tema ser merecedor de estudo mais aprofundado, sobretudo no que diz respeito à aplicabilidade das normas programáticas por meio de uma hermenêutica que possibilite a sua efetividade.

---

[195]ADEOADATO, João Maurício. A concretização Constitucional de Friedrich Müller". Direito Constitucional. (Coordenador: José Janguiê Bezerra Diniz). Brasília: Consulex, 1998, p. 25

Constituindo elemento essencial dessa pesquisa, o direito de resistência é figura conhecida na Teoria e Filosofia Política, assumindo, no curso das épocas, modalidades diversas, figuras e mesmo conceitos, porém, mantendo a característica de modelar (nas suas mais diversas variações) a ambiência política, social e cultural em todos os lugares em que se tenha manifestado, fazendo surgirem dali novas formas de organização social. E aqui, a história é ela mesma o acervo vivo e pujante a sustentar essa afirmação.

Fenômeno, portanto, bastante antigo, sendo recorrente na literatura especializada a tragédia grega Antígona, a resistência e suas variantes, semânticas ou ônticas, que serão desenvolvidas mais adiante, é objeto de estudo mais acentuado no campo da Filosofia e da Ciência Política, sendo menos prodigiosa sua investigação enquanto fenômeno jurídico ou normativo, sendo esse 'vácuo', portanto, nossa maior inspiração para a consecução desse trabalho.

E é assim, pois, que para o bom desempenho de tal intento, tentando, de quando em quando, a supressão de lacunas e outras vaguezas, sem perdermos de vista as fragilidades próprias que envolvem essa pretensão, achamos necessária a elaboração de alguns conceitos mínimos acerca do fenômeno da resistência.

O chamado *direito de resistência* é figura clássica no campo das ciências políticas e especialmente da Filosofia política, tema ligado à abordagem e investigação dos fundamentos do poder estatal e de seu correlato direito à insurgência pelos súditos em caso de desvios de poder, quer sob a forma do excesso ou do abuso.[196]

Ou seja, se trata de perscrutar os limites de obediência de um povo a um governo quando não mais satisfeitas as exigências e demandas que formam o pacto social e seu fundamento ético calcado na realização do bem comum e do pleno desenvolvimento da sociedade integrante do contrato, sendo forma (legítima ou não) de profundas transformações na estrutura das sociedades e do poder vigente.

Algumas respostas e teorizações quanto à natureza e legitimidade do *direito de resistência* são encontradas em algumas clássicas escolas de pensamento político-filosófico, a título de exemplo, como na visão da tradição grega presente em Antígona (teológica), no jusnaturalismo (direito universal e imutável), no materialismo histórico

[196] BUZANELLO, José Carlos. Direito de resistência constitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 09

(marxista) e mesmo no liberalismo que deu origem ao contratualismo, em pensadores como Locke, Rousseau e Hobbes, evidentemente, com nuances e perspectivas variadas, mas não encontra terreno igualmente fértil quanto a uma abordagem acerca da sua juridicidade e força jurídico-normativa.

Na visão do liberalismo (ou teoria liberal) que consagra a prevalência do indivíduo e seus direitos naturais (propriedade e liberdade econômica, principalmente), calcado numa igualdade que se revelou puramente formal e abstrata – donde decorreria o positivismo jurídico – o direito de resistência é visto como uma condição de equilíbrio e restauração da ordem, mas fundamentalmente, é um direito de defesa do próprio indivíduo. Ou seja, o liberalismo na modernidade concebeu um arcabouço teórico que admitia o *direito de resistência*, dúvidas quanto a isso não persistem, o que pode ser inferido da obra de seus mais importantes pensadores. [197]

De maneira geral, os contratualistas, com manifestações peculiares, admitiram o *direito de resistência*, firmes na ideia de que a formação do Estado moderno não era decorrência de uma associação natural, imperativa, mas sim, de um acordo expresso, marcado pela voluntariedade de criar, por meio do pacto, as bases de um ente que pudesse assegurar o desenvolvimento da vida humana com segurança e liberdade.

Porém, na visão do liberalismo, o *direito de resistência* não alcançaria outras camadas da população, uma vez que aqueles despojados do poder econômico também não teriam condições de exercício pleno dos poderes políticos e nem tampouco de alteração do establishment, e isso é reforçado na ideia de proteção do indivíduo mesmo, e não da coletividade, o que revela o fato de que a resistência seria muito mais contra um sentimento de injustiça, perpetrado de modo contrário ao direito natural (base do

[197] Em Hobbes, por exemplo, em que pesem algumas divergências no campo da literatura da filosofia política especializada, é admitido o direito de resistência, mesmo num Estado absoluto, do qual o pensador é o grande teórico, naquelas situações em que a ordem do soberano fosse contrária às finalidades para os quais foi ele (soberano) instituído: paz social e segurança; de maneira ainda mais evidente e muito menos controversa, é o reconhecimento do mesmo direito em John Locke, cuja admissão seria um instrumento do povo contra os abusos do Estado e do governo, e ainda para uso contra os titulares dos poderes políticos que tenham sido investidos ilegitimamente, ou seja, sem observância das regras de delegação criadas quando da elaboração do pacto social para garantia dos direitos naturais. MONTEIRO, Maurício Gil. O Direito de Resistência na Ordem Jurídica Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 41-49

racionalismo moderno pré-positivista) do que a própria ordem tirânica ou à autoridade estatal.[198]

Neste particular, é ilustrativa a passagem explícita de John Locke:

> Podem então sofrer oposição as ordens de um príncipe? Pode-se resistir-lhe tantas vezes quantas um se julgar agravado, somente por imaginar não lhe ter sido feita justiça? Desse modo se desarranja e subverte toda forma de governo, e, ao invés de governo e ordem, nada mais ficará de pé senão anarquia e confusão? A isto respondo que não se deve opor a força senão à injusta e ilegal; quem quer que se faça oposição em qualquer outro caso atrai sobre si justa condenação tanto de Deus como do homem; e assim não resultarão perigo e confusão, como frequentemente sugerem.[199]

Ainda que o liberalismo tenha, portanto, admitido enquanto doutrina filosófica, o direito de resistência, é para nós bastante claro que assim como se deu no positivismo, esse modelo é insuficiente para dar conta de fundamentar, tanto do ponto de vista teórico como da *práxis*, as possibilidades de insurgência contra violações aos direitos fundamentais e aos postulados de cidadania próprios da complexa estrutura social da periferia do capitalismo do século XXI, ademais, mostra-se ainda mais distante da necessidade emancipatória quando se observa que a teoria liberal sustenta a tese que de direito justo não prescinde, sempre, a completa submissão ao direito positivo, mesmo quando injusto, já que nesse paradigma não se combinam sempre, justiça e segurança jurídica – o que também não se harmoniza com a proposta emancipatória da alternatividade jurídica e da hermenêutica existencial aqui trabalhadas.

Desse modo, ainda que presente na formulação do liberalismo clássico, o *direito de resistência* ancorado nessa (importante) corrente de pensamento oitocentista não responderia aos anseios e desafios na contemporaneidade, quer pela excessiva ênfase dada ao indivíduo, num mundo muito então mais homogêneo no que toca à conformação do tecido social e da representatividade política (proprietários burgueses), quer ainda por sua correspondência, no plano jurídico, ao modelo positivista-legalista, também insatisfatório e em profunda crise, como acentuamos nas passagens anteriores.

Outra possibilidade de fundamentação teórica do *direito de resistência*, e que não à toa, desenvolveu-se no percurso histórico seguinte ao liberalismo clássico, foi aquela representada pelo repertório socialista, já no ambiente do século XIX e do avanço da

---

[198] BUZANELLO, José Carlos. Direito de resistência constitucional. Op. cit.,p. 18

[199] LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Instituto Brasileiro de Difusão Cultural S/A, 1963, p. 130

Revolução Industrial, mais precisamente pelo conceito e método do materialismo histórico marxista,[200] e cuja revelação no âmbito da práxis, enquanto ação coletiva para transformação da realidade – desafio expresso da teoria marxiana – foi melhor desenhada na chamada aos trabalhadores a uma união universal constante do Manifesto Comunista, contra as agruras e a hegemonia do sistema capitalista.

Nesse contexto, podemos sintetizar o *direito de resistência* de tipo socialista nas modalidades de i) demonstração pública de força aliada à resistência; ii) luta pela igualdade social por meio da organização de movimento social; e iii) pensamento e ação revolucionários contra a burguesia e direito à revolução.[201]

A questão social e o espírito revolucionário, portanto, são elementos-chave no que poderíamos chamar de *direito de resistência* socialista, entendendo na questão social a crítica pelo estado de injustiças e desigualdades endêmicas ao modo de produção de capitalista, num modelo em que a sociedade civil e suas relações de produção econômicas (base da infraestrutura) determinariam as demais instâncias da racionalidade e seria causa justificadora de criação e existência do próprio Estado, numa importante inversão do modelo desenvolvido por Hegel – em que o Estado fundaria a sociedade civil.[202]

Assim, no âmbito e seguindo os passos do método do materialismo histórico, após a tomada do poder político pelo proletariado, o fim último seria a extinção do próprio Estado após a transição pela etapa socialista, esta por sua vez, encarregada de colocar 'nas mãos do proletariado' os meios de produção privados até a supressão das diferenças de classes, com a consagração final do comunismo.

Contudo, o naufrágio das experiências do 'socialismo real' no leste europeu durante o século XX expuseram erros e desvios do método do materialismo histórico

---

[200] De acordo com Geoff Boucher.: "No cerne da visão marxista está a ideia de que as lutas do proletariado representam potencialmente uma nova base ética para a sociedade humana além do capitalismo. Mas não podemos compreender este compromisso político fora do aspecto social científico da teoria de Marx, que, entre outras coisas, se supõe determinar o que é realisticamente possível. Para formular a posição materialista histórica sobre a sociedade, Marx usou a filosofia dialética, de modo a reunir três tópicos. Estes são os seguintes: uma compreensão do processo histórico como dirigido pela luta de classes para atingir formas cada vez mais elevadas de sociedade, uma teoria do terreno da luta de classes em termos de como a estrutura social é moldada pelos fatores econômicos, e um conceito de raízes da luta de classes como localizada na relação fundamental entre humanidade e natureza, no processo de trabalho". (Marxismo. Tradução de Noéli Correia de Melo Sobrinho. Petrópolis: Editora Vozes, 2015. pp.17-18).

[201] BUZANELLO, José Carlos. Op. cit., p. 21

[202] Ibid, p. 23

(ainda que evidentemente não tenha significado o fim do ideário e da validade das teorias socialistas), sobretudo na sua incapacidade de se ajustar aos desafios contemporâneos, como o avanço tecnológico e das novas formas de informatização dos meios de produção, da redução da classe trabalhadora, decorrente daquele mesmo avanço, da evolução da sociedade de serviços, do fenômeno da 'dessindicalização' das sociedades capitalistas[203], dentre outros inúmeros fatores, não nos permite a aceitação do direito de resistência com base nessa perspectiva, muito embora se reconheça, como já fizemos, que a fundamentação da Teoria Crítica do Direito e a alternatividade jurídica, assim como o pluralismo jurídico, tenham origem nesse modelo epistemológico.

A escolha do modelo teórico onde o fenômeno da resistência, todavia, encontraria 'porto seguro', lugar mais confortável para sua estável acomodação, como veremos mais a frente, é o da ambiência democrática, nos processos legítimos de acomodação das tensões próprias entre a *ordem política* e a *ordem jurídica,* exatamente naquele local em que a contemporaneidade, sobretudo no período pós-guerra (1945), buscou criar e garantir as condições de harmonia entre os Poderes, pleno desenvolvimento dos povos, sufrágio universal como instrumento de escolha soberana do povo, direitos humanos como cláusula inerente ao processo civilizatório e sobretudo, a universalidade dos direitos do homem pautados no reconhecimento da 'dignidade humana' - agora elevada a princípio fundante da ordem constitucional inaugurada pelo pacto constituinte originário.

Essa 'escolha' como aqui apontamos não se faz de modo aleatório e nem tampouco por predileção à determinada corrente político-filosófica, ou simples recusa idiossincrática às formulações do teóricas do liberalismo – ainda que nele também esteja a gênese das democracias modernas - mas antes encontra esteio no fato de que deste modelo, como vimos anteriormente, decorre a perspectiva jurídica do positivismo formal cujas bases foram objeto de críticas e contestações, quer pelo existencialismo e a hermenêutica de Heidegger-Gadamer, quer ainda pela Teoria Crítica do Direito e a alternatividade jurídica, de tal maneira que assim ficará mais compreensível a análise do direito de resistência no ambiente dessa crítica geral que fornecerá também os elementos para a chamada 'nova hermenêutica' como vimos no capítulo anterior.

---

[203] Ibidem, p. 24

5.1 Dos Fundamentos ético-jurídicos do Direito de Resistência

Investigar e encontrar os fundamentos da resistência no ordenamento jurídico é tarefa que exige esforço de análise de uma ordem política e jurídica, sem a previsão explícita de sua recepção pelo Estado brasileiro, sem que haja literalidade acomodada no texto constitucional. Não por outra razão, a sua investigação demandar uma interdisciplinaridade com categorias para além do positivismo jurídico e sua promessa de segurança jurídica.

Ou seja, dito de modo mais direto: nossa constituição republicana não contempla, de modo expresso, o direito de resistência entre sua enorme cártula de direitos fundamentais, ao contrário de outras grandes nações democráticas[204]; o que justificaria, assim, a abordagem do tema mediante a consideração de outras epistemologias e da hermenêutica constitucional, exatamente como procedemos nos capítulos anteriores.

É bem verdade, porém, que a Constituição brasileira traz expressamente algumas figuras que, como vimos, estão situadas como categorias de resistência, como são os casos da 'objeção de consciência' (artigos 5º, VIII, e 143, §1º) e do 'direito de greve' (artigo 9º), mas o direito de resistência propriamente dito, fenômeno que seria motivado em casos de arbítrio, abuso ou omissão de poder, edição de leis injustas ou violação de direitos fundamentais, protagonizados pelo Estado é uma lacuna no texto constitucional.

É evidente que se pode recorrer, como já apontamos, ao fundamento ético jusnaturalista, a exemplo dos teóricos do liberalismo clássico, cuja origem estaria nos direitos naturais, ainda que depois necessitasse da conformação à ordem jurídica posta, ou mesmo no atual direito positivo, por meio dos esquemas interpretativos hauridos no

---

[204] Importa registrarmos, a título exemplificativo, os casos da República Federativa da Alemanha, cuja Lei Fundamental (1949), dispõe: "Não havendo outra alternativa, todos os alemães têm o direito de resistir contra quem tentar subverter a ordem'.Disponível em https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf, acessado em 04.10.2019; ou ainda da Constituição portuguesa, em dois momentos: No artigo 7º."Portugal reconhece o direito dos povos à autodeterminação e independência e ao desenvolvimento, bem como o direito à insurreição contra todas as formas de opressão" e no artigo 21: 'Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública".Disponível em https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublicaportuguesa.aspx, acessado em 04.10.2019. na América Latina, é também o caso da Constituição argentina: (...) Todos os cidadãos têm o direito de resistência contra quem executar os atos de força enunciados neste artigo (...)'. Disponível em http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/8, acessado em 04.10.2019.

interior do próprio positivismo, mas seria uma opção, todavia, que não interessaria nessa quadra da história em que o pós-positivismo e a 'nova hermenêutica' são marcas indeléveis da crise e insuficiência daquele paradigma, o que nos remete a buscar fundamentos outros.

Então, se o texto constitucional é silente quanto ao *direito de resistência* é preciso buscá-lo na Constituição mesma, naquilo que está não-escrito, naquilo que resulta ocultado, o que não significa, porém, que 'não esteja à espera de seu '(des)ocultamento, como vimos possível pela hermenêutica da 'virada linguística', ou seja, na busca do sentido do ser do ente (texto constitucional) cuja essência (ser) seria tarefa hermenêutica.

Mas esse percurso pode ser feito, em primeiro plano, no reconhecimento da necessidade de superação do positivismo jurídico, terreno já preparado nos capítulos anteriores, e isso porquê, se se pretender o direito reduzido à lei escrita, restaria prejudicado o (des)velamento do fenômeno da resistência, pela via jurídica, diante da ausência da previsão normativa expressa, de modo que os esquemas arquetípicos formais e abstratos do positivismo frustrariam tal empreendimento.

Note-se, uma vez mais, que o problema ora enfrentado não diz respeito à legitimidade ou investigação do direito de resistência enquanto fenômeno político (de poder) o que já constitui objeto exaustivo da filosofia política, mas aqui se trata mais exatamente de encontrá-lo no texto constitucional a partir de uma metodologia jurídica, de paradigma jurídico, e pelas mãos da hermenêutica.

Ora, nesse percurso é fundamental a base fornecida pela Teoria Crítica do Direito e do pluralismo jurídico, no entendimento de que o Direito, em geral, e o fenômeno jurídico, em especial, devem ser situados e interpretados no plano mais amplo da cultura e dos fenômenos sociais, ou mais precisamente, na realidade concreta, no 'mundo da vida', como diz Habermas, numa palavra, na facticidade.

Essa realidade, própria da complexidade e riqueza das estruturas sociais, políticas e culturas contemporâneas, de intensa velocidade e transformações de toda a ordem, tem no pluralismo jurídico, condição inexorável da consolidação do tecido democrático, na exata medida em que reconhece a legitimidade de fontes não-estatais, plurais, diversas e originadas de vários segmentos da sociedade civil (como no caso dos movimentos sociais) no reconhecimento do que anteriormente denominamos de 'força

normativa do fático', que em nosso entendimento, é a variante jurídico-política da facticidade existencial da filosofia heideggeriana.

O pluralismo jurídico, assim, refletindo as lutas sociais, os espaços de conflitos próprios do tecido democrático, e aqui falamos de uma democracia substancial, portanto, constitui-se como grande campo de fundamentação jurídica do direito de resistência, ainda que não tivéssemos o princípio da soberania popular insculpido no artigo 1º da Constituição da República, convidando-nos a reconhecermos o povo como soberano último do Estado brasileiro, daí, Estado democrático de direito, como já tivemos oportunidade de registrarmos em outra passagem.

Agora especificamente no âmbito constitucional, entre o rol dos direitos fundamentais, há previsão expressa da abertura de 'novos direitos' que podem ser incorporados na ordem jurídica brasileira, como se infere do artigo 5º, § 2º, CR, por meio de tratados ou convenções internacionais. À toda sorte, o pluralismo jurídico revela-se já fonte do direito constitucionalizado porque encontra no constitucionalismo contemporâneo sua fundamentação, eis a contribuição da Teoria Crítica do Direito e a sua dialética da participação, convidativa, inclusive, dos movimentos sociais[205] como agentes protagonistas nesse campo de lutas e demandas.

Ademais, o pluralismo não elimina a autoridade estatal pretendida pelo monismo (Estado como fonte exclusiva da produção do direito) mas vai reconhecer outras fontes que possam dialogar com o direito posto, e vê neste uma das formas possíveis na sociedade, como ensina, em tese de doutoramento, José Carlos Buzanello:

> Pluralismo e monismo não são, em tese, movimentos excludentes, mas concorrentes e conciliáveis dentro do projeto democrático. Eles guardam similitudes pois as fontes formais e materiais estão nas forças vivas da sociedade, e não a visão generalista de que o pluralismo jurídico seria uma postura estática em contraposição ao monismo jurídico. Pluralismo no Estado e direitos em processo de positivação constituem tendências, em tese, não excludentes. A ordem jurídica produz e reproduz o espaço público, através não da negação das manifestações de juridicidades emergentes. O direito de resistência não é ilimitado, circunscreve-se à preservação do direito individual tendo em vista à ampliação do espaço público.[206]

---

[205] De acordo com valiosa lição de José Geraldo de Souza Júnior: "A emergência do sujeito coletivo de direitos opera num processo pelo qual a carência social é percebida como a negação de um direito que provoca uma luta para conquistá-lo: 'a consciência de seus direitos'". (Movimentos Sociais - emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito. In: ARRUDA Jr., Edmundo Lima de (org.). Lições de Direito Alternativo. Vol. 1. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 136

[206] BUZANELLO, José Carlos. Op.cit., p. 105

Enquanto fundamento ético e jurídico, o pluralismo jurídico, como já vimos, não se sobrepõe às normas postas pelo monismo jurídico, nem tampouco se constitui num elemento de ‘anarquia jurídica’ com a desconsideração completa do ordenamento vigente; ao contrário, se o pluralismo se mostra com uma possibilidade antropológica de reconhecimento de novas ferramentas e instrumentos jurídicos, igualmente manejados por novos atores, como no exemplo nosso, os movimentos sociais, o *direito de resistência* há de nele encontrar uma morada segura, porque também é compreendido como forma de corrigir ‘desvios de rota’ do Estado democrático de direito, na busca do equilíbrio entre o poder vigente (exercido politicamente) e os direitos da sociedade, em cujo domínio e interesse repousa o fundamento do próprio Estado.

Mas se o pluralismo jurídico é valioso fundamento do *direito de resistência*, não se pode simplesmente aceitar que aí se esgote toda a problemática da sua busca de legitimidade, porque corremos o perigo de, mesmo cautelosos quanto à juridicidade do pluralismo no ambiente do regime democrático, isoladamente, dissolvermos toda sua fundamentação na captura do elemento jurídico pelo fático, numa diluição completa das conquistas da racionalidade jurídica moderna e contemporânea, porque como vimos há pouco, pluralismo e monismo não são antitéticos excludentes.

Daí, que nessa busca de fundamentação e legitimidade jurídica, revelar-se o papel da hermenêutica da ‘virada linguística’ trabalhada na primeira parte desse trabalho de pesquisa, mas antes, algumas palavras são ainda oportunas antes daquele diálogo.

O direito de resistência, como não se confunde com a revolução ou rebelião (como adiante será explicitado), posto que objetiva ‘correção de desvios’ que descambem em práticas arbitrárias com violação de direitos fundamentais (quer por ação ou omissão) há de encontrar seu fundamento de validade, por óbvio, também nos limites dos valores constitucionais, no justo reconhecimento de que é a mesma Constituição o fundamento de dever de observância do poder constituído aos direitos fundamentais dos membros da sociedade, o que revela, portanto, uma reciprocidade de fundamento, ou seja, sempre se está a falar de valores e princípios constitucionais, sendo diretos e explícitos, ou mesmo implícitos.

Tal reconhecimento só ocorre, porque o cidadão também é signatário, ainda que tácito, de um 'contrato social' que lhe impõe deveres perante a sociedade desde o seu nascimento, ideia-base em que repousa a noção de obrigação jurídica. Mas não é somente em termos de direitos e obrigações individuais que se opõe a resistência. É que no Estado democrático de direito, é também possível se falar *direito de resistência*, igualmente no plano coletivo, mais precisamente quando demandas e reivindicações de minorias não são atendidas ou satisfeitas.

Essas observações são relevantes, uma vez que o paradigma que traçamos na primeira parte desse trabalho, no âmbito da filosofia, ser aquele da superação do sujeito cognoscente como o 'absoluto' na investigação epistemológica, ou seja, do sujeito racional apoiado no individualismo de tipo cartesiano que marcou a modernidade. Em absoluto, a 'virada linguística' na forma como a abordada, constituiu elemento de impulso a uma racionalidade que permitiu o desenvolvimento da Teoria Crítica da Escola de Frankfurt e da hermenêutica existencial de Heidegger e Gadamer para permitir o jogo dialógico de sujeitos que se entendem num 'círculo hermenêutico' que não se esquece da tradição e caminha no sentido da 'fusão dos horizontes', e isso não apenas para o trabalho de interpretação de textos, mas numa razão que 'que olha de frente' para a mundividência em que está inserida, para fazer dali as condições da dialética da participação e 'construir novos mundos'.

Disso, e imerso nos conflitos inevitáveis das tensões democráticas, da convivência de atores e instituições das mais diversas idiossincrasias, ideologias, perspectivas, culturas e expectativas no 'mundo da vida', é próprio do regime democrático constitucionalizado, e fundamentado na perspectiva da 'dignidade da pessoa humana', o reconhecimento do fenômeno da resistência como forma de defesa de grupos minoritários que, invariavelmente, são objeto de táticas de neutralização pelos grupos dominantes (majoritários ou não) que se sentem ameaçados no seu *status quo* político.[207]

[207] Ibidem, p. 108

5.2 Formas de Resistência

Uma primeira aporia que se coloca é o da colocação da resistência enquanto tipologia teórica, em especial, saber se se trata de um gênero a abarcar outras figuras análogas ou, antes, se seria espécie de conceito mais amplo.

Essa distinção de tipologia não é preocupação que comprometa o trabalho desta pesquisa, posto que o direito de resistência guarda, em última análise, elementos muito próximos com outras categorias, mais exatamente, porque são formas de manifestações que desafiam a uma dada ordem estabelecida – pelo direito positivo de tipo monista – quando confrontada com sentimentos de injustiça, abusos, arbitrariedades, violações de direitos ou mesmo descumprimento das próprias regras estatais, o que nos leva a deduzir, assim, que não só com fundamentos no paradigma jusnaturalista (como vimos no liberalismo clássico) mas a própria ordem vigente pode fundamentar a resistência.

Dito isto, e repita-se, embora não constitua preocupação essencial, a posição aqui adotada, e seguindo a posição mais corrente na literatura investigada, é a de se adotar o direito de resistência numa acepção mais ampla e que possibilite abarcar, por exemplo, o tema da desobediência civil como uma evolução da resistência.[208]

5.2.1 Desobediência civil e Revolução: algumas palavras

Algumas figuras se mostram de forma explícita entorno do tema, e até possuem maior apelo teórico e presença na literatura especializada, como é o caso da desobediência civil, comumente tomada no exato sentido de direito de resistência.

Como acima apontamos, filiamo-nos a noção de resistência num sentido mais amplo, e tomamos a desobediência civil como uma de suas formas, ou ainda uma sua manifestação, no legítimo reconhecimento do inegável ponto de contato mantido entre ambos: manifestações públicas contrárias a um estado de coisas que rompem a ordem jurídica (direito posto) ou o senso de justiça (jusnaturalismo), nesse sentido, para Celso

[208] É a posição adotada, por exemplo, pelo clássico “Teoria e realidade da desobediência civil. COSTA, Nelson Nery. 2º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000

Lafer, a “desobediência civil é uma transgressão à norma, tendo em vista o cumprimento de um dever ético do cidadão – dever que não pretende ter validez universal e absoluta, mas que se coloca como imperativo pessoal numa dada situação concreta e histórica.”[209]

Se tomarmos o conceito (de resistência), primeiramente, no seu sentido semântico-linguístico, nos parece que resistir, equivalendo a *‘reagir, insurgir, opor contrariedade*’ seria conceito mais adequado e geral, fazendo de outras contrariedades suas espécies.

É assim que se dá então com o conceito de desobediência civil, que no trabalho de Nelson Nery Costa, ao reconhecê-la como evolução teórica (e prática) da resistência sustenta que

> A desobediência civil originou-se do desenvolvimento do conceito do *direito de resistência*. Este consistia na resistência pela maioria ao governo, até a sua substituição, quando ele não se comportasse segundo o pacto social ou, posteriormente, às constituições escritas. Aquela, porém, poderia ser praticada por indivíduos isolados ou pela minoria sem, necessariamente, pretender derrubar o governo ou modificar o ordenamento jurídico. Assim a sua aplicação tornava-se mais fácil e mais frequente.[210]

Dentro da literatura ligada ao tema, alguns clássicos foram produzidos e outras importantes personalidades mundiais surgiram no século XX como notórias defensoras da desobediência civil como estratégia política de reivindicação de pautas e confirmação de direitos, ora pela liberdade e independência civil, caso de Mahatma Ghandi, na Índia, ora contra a discriminação racial e pela defesa dos direitos civis, caso de Martin Luther King, nos Estados Unidos da América.

Mundialmente celebrado como um clássico da desobediência civil, o estadunidense Henry David Thoreau se tornou um daqueles casos em que a própria vida esteve a serviço de uma ideia, de um propósito filosófico, o que foi registrado na sua obra máxima, um pequeno ensaio (A Desobediência Civil) escrita no período em que esteve preso sob a acusação de sonegação de impostos.

A recusa ao pagamento de impostos por Henry Thoreau foi racional e moralmente justificada dentro de uma visão desenvolvida entorno da desobediência civil como reação cidadã contra um governo que, no entendimento do autor, não representaria os legítimos

---

[209] LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 220
[210] COSTA, Nelson Nery. Op. cit., p. 47

interesses do povo, e que estaria a financiar uma guerra contra outra nação (México), considerada inoportuna e contrária aos reais interesses do povo americano[211], de tal modo que a negativa ao pagamento de impostos revestiu-se, portanto, de um forte componente político.

Thoreau não pretendia a eliminação do Estado, não era um anarquista na acepção filosófica do termo, mas pretendia com seus atos individuais uma correção dos atos do Governo, uma ressignificação da recusa ao cumprimento da lei (que instituía os impostos) por uma luta pacífica e que, embora individual, tivesse um alcance e repercussão sociais.

Quando não reconhece a validade da lei e seu dever de obediência, pela simples condição de se revestir de forma e caráter legal (direito positivo), Henry Thoreau nos dá uma dimensão ética do papel dos deveres perante o Estado, numa clara posição jusnaturalista, porquanto desmistifica o 'absolutismo' da norma-legal', o que fica claro que diz:

> "Penso que devemos ser homens em primeiro lugar, e depois súditos. Não é desejável cultivar pela lei o mesmo respeito que cultivamos pelo direito. A única obrigação que tenho o direito de assumir é a de fazer a qualquer tempo aquilo que considero direito. É com razão que se diz que uma corporação não tem consciência, mas uma corporação de homens conscientes é uma corporação com consciência. A lei jamais tornou os homens mais justos, e, por meio de seu respeito por ela, mesmo os mais bem intencionados transformam-se diariamente em agentes de injustiça. Um resultado comum e natural do indevido respeito pela lei é que se pode ver uma fila de soldados – coronel, capitão, cabo, soldados rasos etc – marchando em direção à guerra em ordem admirável através dos morros e vales, contra as suas vontades, ah! Contra suas consciências e seu bom senso, o que torna esta marcha bastante difícil, na verdade, e produz uma palpitação no coração. Eles não têm dúvida alguma de que estão envolvidos numa atividade condenável, pois todos têm inclinações pacíficas (...)".[212]

Da leitura da passagem nos fica clara a noção de que a desobediência civil não se dirige contra toda a entidade estatal, contra a sua existência mesma, mas como já assinalamos, ela se se faz pontualmente, por meio da identificação de elementos que ofendam a noção mais íntima de justiça e de dever perante o corpo social (na perspectiva jusnaturalista) mas não tem a dimensão de ruptura radical com a ordem vigente, como logo mais veremos, serem os casos da revolta e revolução.

---

[211] A certa altura, diz Henry Thoreau: "(...) Em outras palavras, quando um sexto da população de uma nação que se comprometeu a ser o abrigo da liberdade é formado por escravos, e um país inteiro é injustamente invadido e conquistado por um exército estrangeiro e submetido à lei militar, penso que não é demasiado cedo para os homens honestos se rebelarem e darem início a uma revolução. O que torna este dever ainda mais urgente é o fato de que o país invadido não é o nosso mas é nosso o exército invasor ...". A Desobediência Civil. Tradução de Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM Editores, 1997 (reimpressão 2007. p. 15

[212] Ibidem., p. 11

A desobediência civil pode ainda ser de tipo direta, quando a iniciativa é de desafio direto às leis do Estado, como na passagem de Henry Thoureau, e ainda quando a estratégia é feita mediante campanhas públicas abertas e pacíficas, como aquelas protagonizadas por Martin Luther King, Ghandi, e mesmo no Brasil no caso das Campanhas das Diretas Já (1984);ou de tipo indireta, quando estratégias do Estado desafiadas por meio de ataques a leis específicas, e com vistas à indução de mudanças de atitudes, políticas públicas ou revogação de leis, caso, exatamente, das estratégias utilizadas pelo Movimentos dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST).[213]

De maneira a situar a desobediência civil no enquanto Teoria do direito, é salutar a referência a sua admissão pela jusfilosofia de John Rawls, que não desenvolveu atos ou estratégias políticas e práticas de desobediência civil, mas como autor e professor não deixou de tratá-la em sua Teoria da Justiça defendendo que leis injustas são inevitáveis no seio das sociedades, pela razão simples de não haver sociedades idealmente justas e perfeitas, de maneira que mesmo a essas leis seria devida obediência, devendo-se, para tanto serem observados limites de injustiça.[214]

Quanto a tais limites de injustiça, segundo Rawls, de cujo excesso estaria autorizada a desobediência civil, a observância da 'regra da maioria' seria indicativa da transposição ou não desses limites, porém, desde e quando tal regra estivesse de acordo, a um só tempo, com o princípio de justiça e com as liberdades políticas, como condição indispensável para a sua aceitação.[215]

É que para John Rawls, estando o Estado de direito bem ordenado, entendido como um Estado com elevado grau de justiça moralidade, a desobediência civil seria desnecessária, o que imporia, desse modo, uma obrigação natural de obediência ao direito, só se justificando, portanto, quando do rompimento do contrato social pelo Estado, numa claríssima posição de aproximação de sua teoria com o jusnaturalismo da razão clássica liberal.[216]

---

[213] BUZANELLO, José Carlos. Op. cit., p. 148
[214] RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Tradução de Almiro Piseta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 389
[215] Ibidem, p. 395
[216] BUZANELLO, José Carlos. Op. cit., p. 149

Assim, John Rawls admitiria a desobediência civil em caso de flagrantes injustiças, como ocorre em situações de violações ao princípio da liberdade igual e do princípio da igualdade equitativa de oportunidades, o que o leva inclusive a propor uma definição de desobediência civil como: “um ato público, não-violento, consciente e político, contrário à lei, que visa mudar a lei ou o plano de governo.”[217]

Da definição da desobediência civil a partir da Teoria da Justiça fica evidenciada uma semelhança a outros elementos e características aqui já apontadas, com especial destaque para o seu caráter pacífico, e sua conotação política, e como lembrado por Maurício Gil Monteiro, ao dar especial atenção à ‘contrariedade à lei’ como elemento daquela definição:

> A desobediência civil apresenta-se, portanto, para John Rawls, como um instrumento da mais alta relevância, capaz de assegurar a estabilidade de um sistema constitucional justo. São também instrumentos estabilizadores as eleições livres e periódicas e um sistema judiciário independente com poderes de interpretação constitucional. Assim, embora a desobediência civil se pratique contra a lei, ‘ela serve para prevenir desvios da rota da justiça e para corrigi-los quando acontecem, sendo moralmente justificável e repousando unicamente sobre uma concepção de justiça. [218]

Esse caráter pacífico e de insurgência contra uma situação de flagrante injustiça, apontando para um desvio de rota, é crucial para a distinção com a ideia Revolução. Ora, ambos os fenômenos têm sua origem num estado de insatisfação com a ordem vigente incapaz de atender as demandas consideradas justas e legítimas, no entanto, é próprio da revolução a sua ruptura radical com a ordem vigente, no sentido exato de que promove a substituição completa do poder (governo) anterior por uma nova força política, normalmente pela força, e é por isso que em regra, a ordem jurídica não reconhece a revolução como fenômeno jurídico, mas sim político.

Desse modo, e aqui ao contrário da desobediência civil (forma de resistência) a revolução não traz a característica de tão somente se constituir como um momento efêmero de pura contestação, mas toma o lugar definitivo a partir das transformações que ela mesma impôs, normalmente, pelo caminho da violência.[219]

---

[217] RAWLS, John. Op. cit, p. 405
[218] MONTEIRO, Maurício Gil. Op cit., p. 75
[219] Ibidem, p. 84

Assim, a revolução também se legitima, enquanto estruturada em atos de força, pela insatisfação popular num tal estágio que se torna irresistível a necessidade um 'horizonte completamente novo', nesse tal cenário, como foi aquele descortinado na experiência da Revolução liberal-francesa (século XVIII), o povo revolucionário reserva o direito de esmagar as tiranias que espezinham suas liberdades até mesmo pela extrema violência.[220]

Interessante ainda é que a revolução não se dá ou não se fabrica num único instante, ou seja, aqui ela também é revolucionária na sua própria formação, uma vez que decorre de um contínuo processo histórico em movimento onde os pressupostos racionais e de racionalização estão amalgamados uns aos outros, de modo que e se revela o elemento histórico como fio condutor desse processo, pois na revolução, portanto, o presente é compreendido à luz do passado e do futuro.[221]

De tudo isso, podemos inferir que a revolução estaria muita mais próxima do conceito de poder, a propriamente de direito, donde se falar em 'poder revolucionário', na justa consideração de que ao contrário do direito de resistência, que mantêm viva a ordem constitucional, a revolução se revela num movimento para estabelecimento de uma nova ordem política (como é o caso do Poder Constituinte Originário)[222] que a partir dele, na etapa posterior (saída da ilegalidade) irá construir uma nova ordem jurídica, e a tal ponto radical, que o sistema jurídico ab-rogado e anterior será apenas entulho político-jurídico.

5.2.2 A Resistência na ordem jurídico-constitucional: O caminho pela hermenêutica

Realizada a investigação no entorno do direito de resistência, onde ficou acentuado seu caráter e essência pela filosofia política, embora não exclusivamente, agora a abordagem se faz pela juridicidade do fenômeno, ou seja, pela sua demonstração à luz do direito e da ordem jurídica.

---

[220] BUZANELLO, José Carlos. Op. cit., p. 156

[221] Idem, p. 156

[222] De acordo com Paulo Bonavides, "Do ponto de vista jurídico a revolução é essencialmente a quebra do princípio da legalidade, a queda de um ordenamento jurídico de direito público, sua substituição pela normatividade nova que advém da tomada do poder de implantação e exercício de um poder constituinte originário." BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10º edição. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 409

Essa abordagem, num estado constitucionalizado - marca fundamental do direito após a segunda metade do século passado – só poderia então buscar seu fundamento na própria ordem constitucional, uma vez que ali estão depositados os fundamentos da democracia contemporânea, assim como os valores e postulados que delimitam e definem o Estado democrático de direito, é essa (formalmente) a situação encontrada no Brasil, onde houve um despertar de um lugar inédito para a prestação jurisdicional e o surgimento de 'novos direitos' e demanda por justiça, culminando, inclusive, na judicialização de diversas questões políticas e sociais.[223]

Nessa mesma perspectiva, é que se encontra o pluralismo jurídico, como vimos, enquanto fenômeno de construção de uma democracia cujas fontes não se esgotam na produção estatal e encontram, nesse mesmo Estado democrático de direito, as possibilidades de sua legitimidade no porvir da plena realização dos direitos fundamentais.

O rompimento, embora não absoluto, com a ordem jurídica positiva, ou seja, com os postulados oitocentistas do positivismo jurídico, é condição primeira de uma hermenêutica que traga e ao mesmo tempo possa manter, uma legitimidade constitucional ao direito de resistência e, como veremos adiante, a defesa dos movimentos sociais enquanto atores e protagonistas das transformações necessárias no seio do tecido social que no Brasil, sempre mantiveram permanente coeficiente de exigências não atendidas.

Essa postura se justifica, em virtude da constatação de que a intepretação apoiada no esquema formal-abstrato e seus métodos clássicos do positivismo jurídico, manteve-se sempre alheio aos fatores extra-constitucionais, às transformações sociais e a dinâmica da realidade (mundo da vida) ficando refém da análise pura da norma jurídica.

Daí a hermenêutica como aqui já trabalhada, no horizonte da filosofia da linguagem e da facticidade existencial inaugurada por Martin Heidegger e elevada ao nível de hermenêutica filosófica por Hans-Georg Gadamer, ou seja, constata-se a insuficiência da interpretação positivista, vinculada ao paradigma do sujeito e na busca de 'sentido da norma' para atender a uma realidade social e constitucional dinâmica e de

[223] BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3º edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 407

intensa velocidade, onde outrora se contentava com a segurança jurídica, mas que hoje na pós-modernidade restou diluída e de difícil percepção e alcance.

A hermenêutica filosófica, portanto, aplicada à interpretação constitucional, exatamente porque trabalha com uma circularidade e fusão dos horizontes estabelecidos entre os intérpretes, que agora, a aceitar da proposta de sociedade aberta de Peter Häberle, ao mesmo tempo que não perde a fundamentação naquela 'tradição' de que Gadamer nos diz, como atenção e apoio dos pré-conceitos autênticos, é capaz de fazer extrair da norma inserta no artigo 1º da Constituição da República, especialmente nos seus fundamentos da cidadania (inciso II), dignidade da pessoa humana (III) e o pluralismo político (V), o descortinar de novas 'normas' extraídas da interpretação, a partir da linguagem constitutiva de mundo, sem qualquer necessidade de alteração e revisão constitucional, e ali ainda encontrar o direito de resistência.

Ora, a cidadania é um conceito histórico, assim como a *dignidade da pessoa humana,* posto que constituem fundamentos da República no exato sentido de que são conquistas que se produziram num percurso histórico dentro do constitucionalismo, firmando-se como verdadeiros 'pré-conceitos' constitucionais, herdados diretamente, pois, de uma tradição, à maneira gadameriana, que se consolidou como condição do conteúdo democrático que fundamenta o Estado constitucional.

Logo, a interpretação constitucional não se esquivará desses elementos enquanto realidades colocadas num contexto e panorama linguísticos que permitirão extrair do seu conteúdo a possibilidade de resistência popular enquanto fundamento da própria *cidadania* e da *dignidade da pessoa humana*, já que fins últimos da República e do princípio democrático.

Ou seja, a cidadania (CR, artigo 1º, II) – mas também a soberania popular – se revela em si mesmo um direito de defesa, ao lado das demais liberdades públicas que constam do rol dos direitos fundamentais (CR, artigo 5º), fundamentando o direito de resistência ao passo em que este personifica, como vimos, a própria possibilidade de manifestação, insurgência, reivindicação, em suma, de abertura de exigências várias.

A abertura da Constituição, aliás, é propiciada pela hermenêutica filosófica, pela hermenêutica sustenta na própria compreensão existencial do intérprete, e de um intérprete que já traz consigo a sua realidade de mundo fenomênico (facticidade) de

forma que ao interpretar o texto constitucional, seja a autoridade judiciária, administrativa, o próprio legislador ou, ainda, e para nós mais importante, a sociedade civil organizada, ele não partirá - como já vimos – de um 'grau zero de interpretação', ao mesmo tempo que em essa interpretação já implica compreensão mútua, e se a hermenêutica filosófica de tipo gadameriana representa a totalidade e consagração da finitude, ela se encerra nos pré-conceitos que hão de reclamar a materialização concreta da cidadania e dos demais direitos fundamentais constitucionalmente albergados.

Ora, e isso ocorre, porque a hermenêutica iniciada com o existencialismo de Heidegger e sua categoria do *ser-aí* fará a leitura saltar do plano meramente normativo em abstrato, para uma facticidade que já é ela mesma existência pura, uma vez que a hermenêutica, aqui, é abertura para compreensão do *ser* e assim aponta o caminho da existência para também fora do plano normativo, porquanto ao se perguntar pelo sentido do texto (constitucional), como nos ensina Lenio Luiz Streck, essa pergunta implica no modo como esse sentido (ser do ente) ocorre pelo intérprete que compreende esse mesmo sentido, donde a interpretação ser fenomenológica, existencial, vida, de onde, a propósito, sairá a norma – resultado dessa intepretação.[224]

No caso da Constituição brasileira, fundada que está no Estado democrático de direito (artigo 1º), em que o direito está qualificado pelo 'democrático' e que já é uma implicação de princípio a qualificar toda a ordem constitucional, a filosofia da linguagem e a hermenêutica existencial, como apontado em diversos momentos, é esclarecedora para entender seu conteúdo a partir de sua historicidade e tradição.

É assim que temos uma 'pré-compreensão' do termo Estado de direito, como aquele limitador do poder estabelecido, por meio de técnicas como a 'separação de poderes' e ' legalidade', revelando-se assim como 'governo das leis' originado na revolução liberal-burguesa, e que irá encontrar em outro termo conhecido da tradição – a democracia – numa *fusão de horizontes* desse intérprete (repita-se, plural) que já está 'desde-sempre' imerso num contexto democrático, ainda que formal, desde a promulgação da Constituição da República, de modo que dessa *com-preensão*, que é da vida fática, que irá extrair a possibilidade de transformação social, política e jurídica que

[224] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica. Op. cit., p. 353

marcam o direito de resistência, já albergado, assim, nos fundamentos do texto constitucional.

Ou seja, os fundamentos então positivados (CR, artigo 1º) permitem uma conclusão de sentido (ser do ente) do texto constitucional, para dali exsurgir a norma pela intepretação do intérprete mergulhado na sua condição de 'ser-no-mundo', ou seja, daquela categoria do *dasein* heideggeriano.

Essa vivência, essa busca de uma norma extraída da facticidade existencial encontra apoio na dinâmica mesma da democracia, uma dinâmica a tal ponto extraída da realidade fática, senão plena, mas perseguida pela vontade popular no seu 'processo de existir', que é contemporânea, *desde-sempre-já*, com o próprio conteúdo ou princípio democrático e que guarda íntima relação com a tradição, como se pode inferir das lições do J.J. Gome Canotilho, para quem:

> O processo democrático não se compadece com uma compreensão estática de democracia. Antes de mais, é um *processo de continuidade transpessoal,* irredutível a qualquer vinculação do processo político a determinadas pessoas. Por outro lado, a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e activa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade econômica, política e social (...). Neste sentido se podem interpretar os preceitos constitucionais que apontam para a transformação da República portuguesa numa sociedade livre, justa e solidária (art. 1º) para a realização da democracia econômica, social e cultural (art. 2º), para a promoção do bem estar e a qualidade de vida do povo e igual real entre os portugueses, bem como para a efectivação de direitos econômicos, sociais e culturais mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais (art. 9º/d).[225]

As lições do jurista português acentuam o caráter dinâmico da democracia e por consequência seu princípio democrático, cuja investigação se faz, sempre, e a despeito de sua presença no texto constitucional, pela realidade do 'mundo da vida', fora do simples esquadro formal e abstrato, assim como ao ensinar que tal conteúdo não está vinculado ao '*processo político de determinadas pessoas',* é dizer que a cláusula encontra apoio, antes, na tradição, essa mesma de que nos fala Hans-Georg Gadamer e que alimenta, positivamente, nos pré-conceitos autênticos, como já abordado.

Ora, e não poderia ser diferente, uma vez que a palavra 'democrático' ou 'democracia' enquanto símbolos linguísticos convencionais, pouco nos diriam sem o

---

[225] CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7º edição. Coimbra:Almedina, 2003, p. 289

exame do seu *ser,* de sua ontologia fundamental, a qual nos chega por meio da *com-preeensão* de sua historicidade para situá-la na exigência real, da vida cotidiana, de construção de um estado minimamente suficiente a garantir os direitos fundamentais, e como diz, novamente J.J. Gomes Canotilho, o '*direito de indignação'*[226] como poeticamente nomina aquela forma particularizada de resistência a que chamamos *desobediência civil*.

E o fato de o 'princípio democrático' constar de modo explícito no texto constitucional, é garantia da abertura para uma interpretação que seja concretizadora das experiências verificadas e exigidas no âmago das demandas sociais, e isso porque a Constituição representa o *topos* hermenêutico que guiará o entendimento (compreensão) de toda a realidade jurídica na razão direta de que representa a materialização, como nos diz Lenio Streck, da ordem jurídica do contrato social em que o Estado democrático de direito revela-se como marco definidor de um constitucionalismo que conjuga o regramento social com as promessas da modernidade.[227]

E esta a razão também pela qual a nova hermenêutica afasta a tipologia de normas programáticas (e princípios) como 'simples programas', como também não mais se conforma com a então clássica definição em normas de eficácia plena, limitada e contida, para assegurar, atualmente, caráter dirigente e vinculativo, além do resultado que o processo de produção de sentido intersubjetivamente estabelece.

O 'princípio democrático' e os fundamentos da elencados no mesmo artigo 1º da Constituição da República, sobretudo a cidadania (inciso II) e a dignidade da pessoa humana (inciso III) são condições suficientes para que se promova uma interpretação imersa nas reivindicações e demandas sociais (como pelos movimentos sociais de que adiante trataremos) e que ao mesmo tempo autorizem o direito de resistência como resultado de uma interação entre sujeito intérprete e comunidade.

Dessa interação no âmago do acontecimento constitucional, é que decorre, como Gadamer nos mostrou com a sua 'fusão de horizontes', já tratada, uma atividade interpretativa que é ao mesmo tempo criativa das possibilidades de conteúdo da norma,

---

[226] Ibidem, p. 328
[227] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) crise. Op cit., p. 312

porque já imerso na sua própria linguisticidade, sendo conveniente uma vez mais, lembrarmos com Lenio Streck que:

> O intérprete do Direito é um sujeito inserido/jogado, de forma inexorável, em um (meio) ambiente cultural-histórico, é dizer, em uma tradição. Quem interpreta é sempre um sujeito histórico concreto, mergulhado na tradição. Para ter acesso ao texto (e compreendê-lo), é impossível ao intérprete fazê-lo como se fosse uma mônada psíquica, utilizando o cogito herdado da filosofia da consciência. O intérprete é já, desde sempre, integrante do mundo linguístico.
> A hermenêutica é crítica porque é produtiva (Sinngebung) e não reprodutiva (como queria E. Betti), isto é, a tese gadameriana de que é impossível reproduzir o sentido do texto jurídico assenta-se em uma profunda dialética, como a reproduzir a máxima de Heráclito de que é impossível banhar-se duas vezes na mesma água do rio. Via hermenêutica, rompe-se com qualquer possibilidade de idealismo e realismo. O intérprete não está fora da histórica efectual.[228]

Ora, se o direito de resistência, é um direito de manifestação, inconformismo, reivindicação ou mesmo de indignação – retomando aqui a expressão de Canotilho – nos parece evidente que é um direito que acompanha a própria dinamicidade do jogo democrático, de modo que isso torna o intérprete, no conceito gadameriano de história efeitual, sempre apto a promover uma interpretação ontológico-fundamental do texto constitucional para dali, sujeito histórico que é, encontrar guarida hermenêutica num fenômeno (direito de resistência) que é igualmente dinâmico, como dinâmicas são as reivindicações e demandas sociais que lhe conferem motivação. Numa palavra: historicidade.

Essa historicidade não faz alusão ou referência ao passado, tão somente, mas ela é já fundamentalmente o tempo presente (é o sentido histórico que marca a contemporaneidade), é das condições atuais de luta por justiça social, por protagonismo no espaço público identificado como ‘arena de possibilidades e insurgências’ que deve ocorrer aquilo a que já nos referimos como ‘acontecer constitucional’, traduzido numa simbiose entre e o texto constitucional e a realidade social.

O direito de resistência, nessa toada de raciocínio jurídico fundamentado numa ‘existência do intérprete’ que possibilita a abertura constitucional, vem pelo caminho da *dialética da participação* – categoria da Teoria Crítica – encontrando morada segura nos postulados da *soberania popular*, *cidadania* e *dignidade da pessoa humana*, postulados constitucionais que irradiam efeitos vinculantes a toda a ordem jurídica e política.

---

[228] Ibidem, pp. 330/331

Quando se projeta o espaço de lutas sociais, de condições de emancipação – como é a proposta da Teoria Crítica – a leitura constitucional deve possibilitar o percurso jurídico para a tomada de decisão política, concreta e emergente da realidade social, essa é a postura que rompe com o dogmatismo da objetividade formal do positivismo, por sua vez, ancorado numa centralidade da norma pela 'simples norma'. Ao contrário, o modo hermenêutico da viragem ontolinguística torna visível o *ser* do ente (direito) criando as condições para que ele se manifeste como fenômeno, tarefa em que o *dasein (ser-aí)* do intérprete (homem) promova o seu (des)ocultamento.

É por isso que desse (des)ocultamento do texto constitucional emergirão as condições fáticas para manifestação dos espaços de lutas, para a realidade do *ser* na sua concretude e que dará visibilidade aos direitos políticos e civis por meio daqueles postulados: soberania popular, cidadania e dignidade da pessoa humana, não deixando lacunas quanto à juridicidade do direito de resistência, como diz José Carlos Buzanello:

> Significa dizer que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. Da mesma forma, o direito de resistência recupera os aspectos civis e políticos da cidadania. Em consonância com os direitos civis, possibilita a transformação do estado de natureza em sociedade política, mediante a noção jurídica de contrato. Os direitos provêm do processo histórico da modernidade, como tolerância, igualdade, liberdade, fraternidade e pluralismo, são promessas modernas que ainda não se completaram.
> (...)
> O que seguramente pode ser dito é que o direito de resistência inscreve-se no catálogo dos direitos fundamentais enquanto ponto de referência sistêmico, isto é, concebido para ser exercido no interesse público.[229]

Como constante do catálogo de direitos fundamentais, porquanto decorrentes do processo histórico da modernidade, a cidadania que levaria à efetividade dos comandos constitucionais mostra-se dependente daquele acontecer constitucional, entendida como a sua própria materialização no 'mundo da vida'; é dizer, o seu desvelamento (trazer o *ser* à luz) está na dependência direta da superação dos modos próprios de interpretação típicos da filosofia da consciência e daquela dependência de um sujeito que apenas se servia da linguagem como canal de comunicação com o objeto, e que acredita ser ele (sujeito) criador e fundamento do mundo.

---

[229] BUZANELLO, José Carlos. Op. cit, 189

5.2.3 Os Movimentos Sociais como elementos de resistência e alternatividade

A constituição da sociedade, dos seus sistemas e de seus códigos sociais, naquilo que possui de valores fundamentais, como a religião, sistema social, político e cultural está ligada, necessariamente, a uma comunhão de valores aceitos pela comunidade de forma consensual. É dizer, que as eticidades confluam para um mesmo horizonte, sendo essa a prevalência até o advento da chamada pós- modernidade, em que a tradição é colocada no banco dos réus e novos paradigmas e desafios se impõem para a compreensão da tessitura social, agora, plúrima, complexa e que reclama abordagens e tomadas de decisões que deem vazão suficiente a essa velocidade de transformações.[230]

O direito e o ambiente democrático, por óbvio, imersos nessa conjuntura política e social também verão seus edifícios e sua solidez, de tipo dogmático-positiva e liberal-formal sofrerem fissuras que reclamarão novas 'formas de saberes' (aí, já incluídas as novas personagens que surgem no panorama social como sujeitos de direitos).

É que a descrença nos modelos filosóficos e científicos, assim como os anteriores paradigmas marcados por eticidade de tipo liberal-indidivual e no plano jurídico formal-positivista que imprimiam 'ordem do discurso' tiveram sua racionalidade questionada, sendo hoje insuficientes para oferecer normas seguras contribui para abertura de espaços que exigem padrões alternativos de fundamentação.[231]

Esse cenário, então, coloca como imperativo formas pluralistas, tanto no campo político como jurídico, como referenciais comprometidos com a satisfação das necessidades humanas essenciais e com as múltiplas identidades/singularidades sociais (legitimidade dos atores) e, mais urgente, com o processo político democrático de descentralização, participação e controle comunitário, cuja arena são os movimentos sociais, de modo que o reconhecimento de novas formas de composição normativa e seu 'realismo' que obrigará o direito à integração com o ambiente social

---

[230] NOBRE, Marcos. TERRA, Ricardo. **Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas** (Org). São Paulo: Malheiros, 2008, p.46

[231]WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit., p.274

(práxis), desembocando no pluralismo emergente, atual e profundamente necessário.[232]

Nesse cenário aqui apontado é que surgem os movimentos sociais, dos quais sua juridicidade pode ser claramente compreendida a partir do movimento da alternatividade jurídica, da Teoria Crítica do Direito, naquele exato sentido de crítica (e reivindicação) de espaços para abertura de um horizonte 'pelo social, pelo concreto' e ao mesmo tempo pela transformação pela *práxis*, como se dá com a 'dialética da participação' a que anteriormente fizemos alusão.

No contexto latino-americano a exigência será do resgate de sua identidade típica e da busca de soluções e de novas formas de ação a partir de sua própria culturalidade e seu sistema de valores como já esboçados na Ética e Filosofia da libertação, em especial, no paradigma da cotidianidade ou da vida concreta.[3]

As condições de emancipação, tomada de consciência da sujeição alienada e o reconhecimento da 'ética da alteridade' como fundamento do pluralismo jurídico, diante da matriz da Teoria Crítica e da alternatividade jurídica, como já desenvolvido, fizeram surgir novos *sujeitos históricos* a reclamar participação na construção dos 'jogos de poder' e na superação das contradições e conflitos engendrados no âmbito do chamado 'capitalismo periférico', atuando também, como legítimo elemento de resistência democrática: os movimentos sociais.

Tradicionalmente relegados a uma esfera que beira à marginalização, quando não ligados diretamente a práticas delitivas, sem reconhecimento de suas pautas reivindicatórias, e aqui falamos essencialmente do cenário latino-americano, em geral, e brasileiro, em particular, por outro lado, gozam de status de atores indispensáveis a construção dos processos democráticos, sobretudo naquele âmbito da Teoria Crítica e do pluralismo jurídico e na solução de conflitos pela 'via não institucionalizada', ainda internalizados como fenômenos prático-teóricos num tipo de pluralismo jurídico comunitário-participativo.

Pois bem, fizemos breve passagem (da qual retornaremos mais adiante) no tocante a enxergar os movimentos sociais dentro de um espectro de legitimidade jurídica, o que decorre do caráter democrático do Estado de direito constitucionalizado,

---

[232] Ibidem, p. 275

ou seja, do reconhecimento de outras fontes e de outros atores na busca de emancipação e construção de possibilidades que estão em perfeita consonância com o ideal do direito como 'espaço de luta', porém, na sequência, faremos considerações em relação a algumas categorias essenciais dos chamados 'movimentos sociais', sua natureza, características e análise de outros elementos que possam vir nos ajudar a melhor compreendê-los no espaço do ordenamento jurídico.

5.2.4 Movimentos Sociais: (ainda) algumas palavras

Na literatura especializada, entenda-se, de matriz sociológica, os 'movimentos sociais' são abordados também em função de paradigmas ou escolas de estudo, a partir do continente em que tais estudos são produzidos, o que se revela coerente uma vez que tal ciência social tem a sociedade, que é sempre espacializada, como seu objeto de investigação e análise dos fenômenos históricos concretos e das ações coletivas.

É assim, que se pode falar em *i) paradigma norte-americano; ii) paradigma europeu; e iii) paradigma latino-americano*, o que não impede, todavia, pontos de contato e relações no interior de cada escola, sobretudo em épocas de intensas trocas instantâneas de informações e deslocamentos migratórios em escalas globais.[233]

Os anos 80 assisitiram a um debate polarizado entre os paradigmas americano e europeu, panorama que foi posteriormente sofrendo sensível alteração em função do intercâmbio entre pesquisadores e acabou, por sua vez, influenciando o predomínio de estudo e análise dos movimentos sociais no contexto latino-americano, com grande relevância dos chamados 'Novos Movimentos Sociais (NMS)' de matriz européia, partindo de explicações, por sua vez, mais conjunturais localizadas no espaço político da vida cotidiana, e tendo como categorias fundamentais, elementos como: identidade, subjetividade, autonomia, atores sociais, interação políticas, dentre outras; nesse cenário, o contexto do hemisfério sul ficou concentrado no estudo dos movimentos sociais libertários (emancipatórios) tanto no espaço urbano (lutas por moradia, associações, mulheres, negros e minorias) como no espaço rural com a luta pela

[233] GOHN, Maria da Glória. Teoria dos movimentos sociais. São Paulo: Loyola, 1997. p. 9

terra.[234]

De toda sorte, muito embora as produções acadêmicas, os esboços teóricos e mesmo a dinâmica dos movimentos sociais tenham sofrido alterações verficáveis a partir de percepções de seus estudiosos a partir de dados retirados da análise empírico-descritiva, não ignorando as oscilações do arcabouço teórico, que pendem ora para análises estruturais (causas, consequências, condições e movimentos, por exemplo) e em outro momento para análises interacionistas (conflitos políticos, estratégias de mobilização, relações de poder, alianças, dentre outros), fato é, como ensinado por Maria da Glória Gohn, os movimentos sociais mantém sua pertinência em vista de que:

> Os movimentos sociais são fenômenos históricos decorrentes de lutas sociais. Colocam atores específicos sob as luzes da ribalta em períodos determinados. Com as mudanças estruturais e conjunturais da sociedade civil e política, eles se transformam. Como numa galáxia expacial, são estrelas que se acendem enquanto outras estão se apagando, depois de brilhar por muito tempo. São objetos de estudo permanente. Enquanto a humanidade não resolver seus problemas básicos de desigualdades sociais, opressão e exclusão, haverá lutas, haverá movimentos. E deverá haver teorias para explicá-los: esta é a nossa principal tarefa e responsabilidade, como intelectuais e cidadãos engajados na luta por transformações sociais em direção a uma sociedade mais justa e livre.[235]

A passagem talvez, de forma pouco atenciosa, possa insinuar um tom conceitual de conclusão dos movimentos sociais, de despedida mesma, mas ao contrário, ela nos oferece um fundamento legitimante da sua permanência e importância de estudo, vez que no contexto latino-americano, em especial, no chamado 'sul global', periferia capitalista em que as demandas sociais ainda estão para serem cumpridas, fica nítida a onipresença dos 'novos atores sociais' como instrumentos que se oferecem ao diálogo aberto com a base jurídica de uma Constituição que atende, entrementes, pela prestigiosa alcunha de 'Carta cidadã'.

Ou seja, se por um lado, temos um texto constitucional a reclamar cidadania e valores sociais como 'princípios fundamentais' (CR, artigo 1º), e de outro, movimentos sociais que se legitimam como atores sociais habilitados a assumir o papel de reivindicação das promessas constitucionais por uma sociedade mais justa, livre e

[234] Ibidem, p. 15
[235] Ibidem, p. 20

solidária,[236] então a permanência desses atores se faz de modo contemporâneo à exigência de uma interpretação aberta, ou, aqui mais exatamente, existencial de seus princípios e postulados.

Todavia, e a título de prudência, e antes de avançarmos na análise, é imperativa a distinção entre 'movimentos sociais', 'grupos de interesses', 'fenômenos sociais' e 'ações sociais', uma vez que se no consciente coletivo nos pareçam expressões sinônimas, decorrentes de manifestações materializadas na busca de satisfação de demandas não atendidas, no plano teórico próprio das ciências sociais, não guardam semelhanças conceituais.

Assim, por exemplo, uma simples manifestação entorno de pautas comuns, de interesses de um mesmo ou alguns grupos não será suficiente para que tenhamos, ali, exatamente um 'movimento social'; quando confrontado, por exemplo, com 'grupos de interesses', alguns elementos são traços distintivos determinantes:

Primeiro, o grupo deve estar constituído como 'coletivo social' e ligados por uma identidade comum e que seja anterior a reunião dos interesses colocados, como por exemplo, identidade de gênero, de condição econômica, dentre outros; não bastando isso, em segundo lugar a existência de uma ação histórica de grupos sociais identificados (ou identificáveis), como seria o caso de uma determinada 'classe trabalhadora'; num terceiro momento, é preciso ainda reconhecer que uma dada ação específica, como um protesto, uma rebelião, uma invasão, isoladamente, não constituem um 'movimento social' mas sim, talvez, uma estratégia de ação de determinado movimento.[237]

Essas observações tornam-se relevantes para que se possa entender, como nossa proposta, que atos isolados, ações estratégicas que não pertençam a um espaço maior identificado enquanto movimento social não reuniria condições de 'resistência constitucional', ou seja, seriam inócuas enquanto orquestrações para viabilizar mudanças na ordem jurídica por meio de uma 'hermenêutica existencial' como noticiado nos

---

[236] Diz o artigo 1º da Constituição Federal da República: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[237] GOHN, Maria da Glória. Teorias dos movimentos sociais. op. cit., p 246

capítulos anteriores, e isso se mostra relevante como meio de evitar conclusões ligeiras que possam descambar em eventual entendimento de que atos isolados, pacíficos ou violentos, seriam, por si só, suficientes a arranhar o tecido constitucional.

Ainda no que diz respeito às diferenciações e a delimitação dos 'movimentos sociais', outro elemento importante de identificação é que eles ocorrem em espaços 'não-institucionalizados', não pertencendo nem a esfera pública nem a esfera privada, mas antes constituem um campo político próprio[238], daí que determinado movimento pode perder tal característica quando se institucionaliza, como ocorre, por exemplo, como quando um movimento de luta pela moradia se torna uma Organização da Sociedade Civil (OSC), mas continua pertencendo a um movimento comunitário mais amplo.

Dentro daqueles paradigmas de estudo dos movimentos sociais a que fizemos alusão, aquele que mais certamente exerceu influência no contexto latino-americano foi de matriz européia, sobretudo na sua vertente marxista, o que também coincide com a abordagem feita neste trabalho, uma vez que a Teoria Crítica e sua alternatividade jurídica mantêm estreita gênese com as correntes neomarxistas a partir da Escola de Frankfurt e seu pensamento tributário colado àquela (parcial) metodologia.

Dado isto, importa dizermos, em verdade, que a partir da crítica ao modelo marxista ortodoxo, é que surge outro movimento intitulado 'Novos Movimentos Sociais' como já fizemos rápida alusão, como um movimento que se por um lado se afasta da abordagem marxista em alguns pontos, mantém vivas outras categorias, sem contudo negar a validade das categorias básicas.[239]

E em que consistiria, então, esse paradigma europeu dos Novos Movimentos Sociais?

Antes, e para que não percamos o horizonte do nosso trabalho, relembremos que essa abordagem teórica sobre os movimentos sociais, e que ao final nos permitirá a identificação da figura dos 'novos atores', não se fez por simples escolha aleatória, mas antes é a que mantém mais próxima relação com a Teoria Crítica do Direito, em nossa análise, e a 'abertura existencial' que representa a marca de uma interpretação que deverá orientar o horizonte constitucional na busca das alterações devidas a partir

[238] OFFE, Claus *apud* Gohn, Maria da Glória. Idem, p. 247
[239] Ibidem, p. 120

do jurídico, ficando evidenciada que o 'jurídico' aqui, já se dá numa dimensão para fora e além do esquadro abstrato-formal do modelo liberal-positivista.

É assim, portanto, que o paradigma dos Novos Movimentos Sociais, mantém características essenciais que lhe conferem certa 'autoridade e autonomia' frente à corrente marxista clássica (ortodoxa) passando pela ênfase dada, em primeiro lugar, pelo papel da cultura, mas agora não mais como um 'ponto fixo' e herdado do passado, mas numa dinâmica que se vê em permanente transformação, e é nesse ponto, principalmente, que o sujeito histórico que dali surge não é mais daquele tipo 'predeterminado', mas agora assume um tipo não-hierarquizado, e que luta pelo acesso aos bens da modernidade e contra as formas de discriminação, ou seja, passa a ser um sujeito coletivo e difuso.[240]

Daí, que esse 'novo sujeito' passa a assumir um papel de ator social que se vê envolto a valores solidários e comunitários, numa identificação de identidade coletiva e igualmente difusa, bem ao sabor do que representaria, no plano jurídico, a figura do pluralismo e seu campo aberto de possibilidades e fontes juridicizáveis, o que permitiria que assumissem relevante papel de reverberação das demandas políticas e sociais, fornecendo base para o discurso jurídico.

Há pouco destacamos que o modelo teórico dos Novos Movimentos Sociais se distanciou da ortodoxia marxista, ainda que tenha mantida algumas categorias, e isso se revela mais nítido exatamente nessa ênfase à categoria da cultura e da formação de identidades coletivas que se vão construindo a partir dos próprios movimentos, a partir de um eixo que não é mais essencialmente de demandas da economia (marxismo orotodoxo) o que proporciona também um caráter mais difuso e de atuação em grupos, o que afasta – e isso é assaz relevante – a formação de lideranças oligárquicas, para uma atuação centralizada em grupos e redes de troca de informações e cooperação nos eventos.[241]

Citando os trabalhos de Jhonston, Laraña e Gusfield, acerca dos elementos dos Novos Movimentos Sociais, Maria da Glória Gohn, elenca-os da seguinte maneira:

---

[240] Idem, 122.
[241] Idem, ibidem, 126.

> 1. Não há clara definição do papel estrutural dos participantes. Há uma tendência para a base social dos NMS transcender a estrutura de classes; 2. As características ideológicas dos NMS apresentam nítido contraste com os movimentos da classe trabalhadora e com a concepção marxista de ideologia, como elemento unificador e totalizador da ação. Os NMS exibem uma pluralidade de ideias e valores e têm tendências a orientações pragmáticas e para busca de reformas institucionais que ampliem o sistema de participação de seus membros no processo de tomada de decisões. 3. Os NMS envolvem a emergência de novas dimensões de identidade. 4. A relação entre o individual e o coletivo é obscurecida. 5. Os NMS envolvem aspectos pessoais e íntimos da vida humana. **6. Há o uso de táticas radicais de mobilização de ruptura e resistência que diferem fundamentalmente das utilizadas pela classe trabalhadora, como a não-violência, a desobediência civil, etc.** 7. A organização e a proliferação dos NMS estão relacionadas com crise de credibilidade dos canais convencionais de participação das democracias ocidentais. 8. Os NMS organizam-se de forma difusa, segmentada e descentralizada, ao contrário dos partidos de massa tradicionais, centralizados e burocratizados.[242] (grifamos)

Algumas lições importantes podem ser retiradas dessa sucinta demarcação das características dos Novos Movimentos Sociais, dentre elas, podemos pensar em na essencial diferença em relação aos movimentos tradicionais centrados numa organização racional de sua estrutura, como se observa, de modo bastante claro, no caso dos partidos políticos e das organizações sindicais.

É que ao contrário dessas organizações, há uma relação difusa de identidade dos seus membros à medida em que dão ênfase a resultados mais pragmáticos mesmo por meio de uma variedade maior de valores e sentimentos que aparentemente não observam uma estrutura racionalmente delimitada, a exemplo dos modelos tradicionais.

Essas diferenças substanciais, por sua vez, como decorre do texto, podem ser creditadas à velocidade das mudanças que são próprias das últimas décadas e da crise estrutural do capitalismo das democracias ocidentais, pródigas, por sua vez, na proliferação de sentimentos de incerteza, desespero e frustração que resultam daquelas demandas não atendidas e que impactam o cenário social com elementos de ‘estranhamento e impureza’, especialmente nas grandes aglomerações urbanas,

[242] Ibidem, p. 127

tornando permanente (e inconclusivo) o processo de formação de identidades.[243]

Esse caráter evidencia a possibilidade de contapontos às políticas de Estado e às formas 'racionais' de organização, sem que haja prejuízo de sua legitimidade na âmbiência democrática, e talvez até com maior autoridade quando refletida a partir da rica pluralidade de atores que decorre da vontade constitucional própria do Estado democrático de direito e suas cláusulas de soberania popular também mais elásticas e com prevalência do material sobre o formal, o que explicaria a proliferação de diversos movimentos, sobretudo na América Latina, de grupos minoritários das mais diversas naturezas identitárias, como mulheres, negros, comunidades LGBT's, quilombolas, dentre outros grupos específicos, o que favoreceria, por sua vez, ao propósito de táticas e estratégias de resistência pela desobediência civil e a não-violência, ou seja, pelos caminhos do jurídico servindo aos propósitos políticos, como acima foi elencado.

5.2.5 Da influência e a matriz teórica dos Novos Movimentos Sociais:

Embora tenhamos reclamado aqui de um movimento de pluralismo jurídico próprio à realidade latino-americana, como proposta emancipatória dos atores excluídos da periferia do 'sul global' não há como fugirmos ao reconhecimento da influência e origem teóricas dos Novos Movimentos Sociais de raiz européia, o que em si mesmo não constitui nesse trabalho nenhuma novidade ou estranhamento, a propósito de que a própria 'filosofia da linguagem' que inspira a hermenêutica pós-positivista (viragem linguística), como vimos em momentos anteriores é também tributária das escolas européias e alguns de seus influentes pensadores.

Não é diferente no caso destes movimentos sociais, que além de encontrarem eco também em autores como Foucault, Marx, Weber, Castoriadis, só para citarmos alguns muito relevantes, tem também no pensamento do frankfurtiano Jürgen Habermas um dos seus eixos de estruturação, o que aqui se mostra bastante relevante em vista de que este autor é também expoente da *viragem linguística* operada na filosofia do século XX e no tocante às estratégias políticas, nos dá respaldo à filosofia prática com o seu conceito de

[243] BAUMAN, Zygmut: O Mal-estar da pós-modernidade. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 37

‘mundo da vida’ conceito também já usado na fenomenologia de Husserl.

Isso se dá, e aqui também serviria a Michel Foucault, porque em Habermas se dá uma articulação de teorias fundadas nos discursos e na ação dos indivíduos, naquilo que a sociologia dos movimentos sociais irá designar de abordagem microssocial, em que os autores se moveriam motivados por forças internas, onde os discursos se voltam para a questão da liberdade em detrimento a análises estruturais da sociedade, ou seja, como dissemos, às suas motivações internas com destaque, portanto, à autonomia, o que também é identificado no pensamento de Nietzsche e sua ‘valorização da vida’, no comunitarismo dos socialistas utópicos e na desobediência civil de Thoreau.[244]

Mas talvez foi em Habermas a melhor tentativa de explicação interpretativa da vida cotidiana, sobretudo pelo conceito de ‘mundo da vida’[245], que se numa de suas dimensões está escorada no conjunto das tradições herdadas e já implicitamente reconhecidas e imersas na linguagem e na cultura, por outro lado, implicaria também componentes estruturais outros, como a cultura, a sociedade e a personalidade.

Aqui ganha destaque sua Teoria da ação comunicativa, por meio da qual, quando entre atores é possível um nível tal de comunicação que permita o entendimento, existirá um compartilhamento de tradição cultural por meio de normas intersubjetivamente reconhecidas, ocasião em que a esses atores sociais seria dada ação enquanto membros de um grupo solidário.[246]

Mas, de modo mais elucidativo, em que consistiriam a ‘ação comunicativa’ e o próprio ‘sistema mundo’, enquanto categorias fundamentais em Jürgen Habermas?

É que no âmbito do giro linguístico, *ex post* ao esgotamento do paradigma da consciência, como já abordado neste trabalho, em Habermas ocorrerá a enunciação de uma razão de tipo ‘comunicativa’ (não esqueçamos que o mesmo se deu com Gadamer em sua ‘razão hermenêutica’) em que o enunciado de verdade estaria umbilicamente ligado à linguagem como sua condição e fundamento de validade. Até aqui, nada de novo em relação ao que já abordamos quanto a esse paradigma.

---

[244] GOHN, Maria da Glória. Teoria dos Movimentos sociais. op. cit., p. 133

[245] Celso Luiz Ludwig nos explica que se trata de ‘conceito utilizado por Habermas como conceito complementar da ‘ação comunicativa’, procurando reconstruir o conceito fenomenológico e hermenêutico do mundo na vida no nível da ação comunicativa. (Para uma filosofia jurídica da libertação. op. cit., p. 116)

[246] GOHN, Maria da Glória. Teoria dos Movimentos sociais. op. cit., p. 137

Mas em Habermas, como ‘filosofar é filosofar a partir da linguagem’, a questão da verdade estará ligada a consensos argumentativos que serão obtidos, por sua vez, por meio de uma intersubjetividade ambientada numa dada ‘situação ideal de fala’ e que irá funcionar como espécie de fundamentação última não-metafísica a que se designará, ‘pragmática transcendental’.[247]

Todavia, e sem necessidade de maiores incursões nesse particular, importa aqui o reconhecimento de que em Habermas, no âmbito da filosofia da linguagem é de relevo o paradigma da comunicação (teoria da ação comunicativa) em que agora o sujeito não se define em relação com os objetos – ponto este que já comentamos à exaustão – mas sim, vê-se obrigado a entender-se historicamente com outros sujeitos numa intrincada, porém necessária intersubjetividade composta por sujeitos capazes de linguagem e ação.[248] Ora, é aqui que nos interessa a contribuição do pensador para o tema da microssosociologia dos movimentos sociais, porquanto há pouco dissemos que quando os sujeitos se entendem mutuamente, acabam por compartilharem uma mesma tradição.

Assim, retomando a categoria habermasiana de ‘mundo da vida’, também entendido como parte da sociedade civil e que engloba formas institucionais atuantes como organismos de mediação entre Estado e mercado, poderiam essas instituições assumirem o papel de criação de novos direitos, pois se de um lado estaria a sociedade civil representada pela perspectiva de um sistema econômico e político mais amplo (sistema mundo), por outro lado, o ‘mundo da vida’ atuaria como não menos relevante forma de análise dessa mesma sociedade civil, pois como adverte Maria da Glória Gohn:

> Para Habermas, a compreensão do ‘mundo da vida’ passa pela compreensão da consciência, mas, ao contrário de Husserl e Schutz, que vêem a consciência como fator primordial, obscurecendo tudo o que é material, ele vê a análise da consciência como algo inseparável das circunstâncias materiais. Ela já está sempre mergulhada nessas circunstâncias. Habermas, já nos anos 70, deu importante contribuição para a formulação de uma teoria dos movimentos sociais ao afirmar que eles criam possibilidades de novas relações sociais e de novas formas de produção, ao gerarem processos novos quando da busca de soluções alternativas aos problemas comuns enfrentados por seus participantes. Ele desenvolveu uma reflexão sobre os tipos de ações em conflitos coletivos em sua teoria da modernização, particularmente em suas versões mais recentes (1987) quando trata das relações entre os atores e o mundo.[249]

---

[247] LUDWIG, Celso Luiz. Para uma filosofia jurídica da libertação. op. cit., p. 95
[248] Ibidem, p. 104
[249] GOHN, Maria da Glória. Teoria dos Movimentos sociais. op cit., p. 138

Os Novos Movimentos Sociais, então, e no contexto da reflexão de Habermas, seriam possibilidades surgidas das relações travadas no interior da 'mundo da vida' por meio de uma especial solidariedade entre atores que intersubjetivamente estabeleceriam relações legítimas de partilha de reivindicações comuns, ao mesmo tempo em que 'criariam mundos' por meio de uma razão comunicativa (linguagem) que pode desemboca e pode ser facilmente observada nos movimentos sociais, na consideração que neles (os movimentos sociais) estariam atribuídos não somente o papel de aprendizado e formação da identidade social, como também seriam vistos como verdadeiros projetos democráticos com potencial para iniciar processos nos quais a esfera pública seria revivida, atuando, assim, como fatores de criação e, mais especialmente, de expansão dos espaços públicos da sociedade civil.[250]

Ora, essa expansão dos espaços públicos é o resultado essencial e ao mesmo tempo é o elemento que garante legitmidade aos movimentos sociais como agentes de interação, fortalecimento e desenvolvimento do sempre tenso tecido democrático, uma vez que estariam aptos a formularem novas propostas para velhas demandas, e isso porquê em Habermas e sua Teoria da ação comunicativa, os movimentos sociais agiriam como modo de resistência aos mecanismos de extensão da racionalidade técnica no interior das demais esferas da vida social, porquanto os novos problemas sociais são advindos de questões ligadas à qualidade de vida, igualdade de direitos, autorrealização individual, participação e, atualmente, sobretudo, direitos humanos.[251]

5.2.6 Os Novos Movimentos Sociais e a realidade constitucional brasileira

Nos tópicos anteriores fizemos breve alusão a essa forma de organização de manifestação popular e sua matriz teórica européia, realçando sua idiossincrasia em relação aos movimentos tradicionais, como aqueles identificados com os operários ou mesmo com os sindicatos.

Agora importa realçarmos que muito embora sua origem remonte ao período dos anos 70 - no Brasil, em especial, pela consolidação do período de ausência de

[250] Idem, p. 139
[251] Ibidem, p. 140

democracia substancial marcada pelo governo militar iniciado em 1964, incapaz de ter entregue os mais elementares direitos de cidadania e 'justiça social' (lembremos que o 'milagre do crescimento econômico' não repartiu o bolo entre a população brasileira) – os Novos Movimentos Sociais encontram resposta e legitimidade direta na atual Constituição da República de 1988 e sua gama de princípios, valores e fundamentos.

Após o período de 21 anos de ausência democrática (1964-1985), e com eleições diretas mesmas só ocorrendo em 1989, a Constituinte de 1987 foi pródiga em estabelecer uma variedade de direitos individuais (liberdade de expressão, de consciência, de reunião, de associação, dentre outros) e direitos políticos com os instrumentos necessários às suas garantias, como são exemplos constitucionais, o direito de petição, o habeas corpus, o mandado de segurança, o mandado de injunção e a ação popular; e não apenas no plano individual, mas os direitos sociais também foram contemplados (CR, artigo 6º e seguintes) todos com status de direitos fundamentais.

Essas conquistas foram reflexos de lutas travadas nos períodos que antecederam a Assembleia Constituinte (1987) como por exemplo a Lei da Anistia em 1979, já nos estertores do regime militar, e especialmente dos movimentos sociais das mais diversas temáticas e origens que proliferaram ainda no contexto das privações políticas, econômicas, sociais e jurídicas verticalmente impostas pelo governo do período citado.

Os movimentos sociais assumiram grande parcela de protagonismo no desenho final da Constituição Federal da República de 1988, de modo que podemos pensar num caminho de 'mão dupla' nesse processo de redemocratização do Brasil, pois se de um lado foram elementos importantes na construção das pautas que viriam a ser constitucionalizadas, por outro lado, são também elementos indispensáveis (ou intrínsecos) à existência do chamado Estado democrático de direito, como consta já do artigo 1º do texto constitucional.

Isso pode ser tomado a partir do reconhecimento de que o substantivo 'democrático' a qualificar o Estado de direito não diz outra coisa senão reconhecer que o modelo de Estado não mais se conformaria com o anterior e clássico 'império das leis' da tradição liberal-burguesa, mas que o ideal de 'justiça social' aliada à participação efetiva do povo (princípio da soberania popular) são elementos sem os quais o Estado não mais se sustenta no paradigma democrático do período da segunda metade do

século XX, uma vez que o desafio colocado estava em se conciliar aquele modelo liberal com ascensão das democracias de massas e sua satisfatória inclusão no Estado.

Essas democracias de massa, agora irrompendo no cenário político e social, em parte possibilitadas pelo esgotamento do modelo socialista do leste europeu e o triunfo da economia de mercado no ocidente, passaria – também pelos movimentos sociais – a exigir o quinhão sonegado no tocante aos direitos sociais, entendidos como aqueles essenciais à existência digna e à possibilidade de acesso aos bens públicos coletivos.

Isso tudo serve para darmos a dimensão da insuficiência do Estado de direito de tradição liberal, e como foi relevante a participação dos movimentos sociais, enquanto organismos agregadores das justas reivindicações de grupos alijados da participação econômica e democrática, de tal modo que o o esgarçamento para, como dizíamos, Estado democrático de direito, acabou sendo o caminho lógico em consequência das demandas advindas do então denominado Estado social de direito, como aponta Gilberto Bercovici:

> Do ponto de vista da organização racional do Estado, o afloramento da contradição e as demandas por direitos das classes exploradas vai dar ensejo a um conjunto de programas, projetos e atividades públicas. O reconhecimento da insuficiência do mercado em prover bem-estar e reduzir desigualdades impõe ao Estado uma agenda positiva que, antes de representar mera concessão do aparelho estatal às pressões sociais, significa um início de transformação do Estado para além da representação dos interesses de uma determinada classe. Na descrição célebre de Fábio Konder Comparato, trata-se, com o Estado social, do *government by policies,* que vai além do *government by law* do liberalismo.[252]

O Estado democrático de direito, então, se revela como uma superação do simples Estado de direito - já que este, por sua vez, sequer precisa guardar correspondência obrigatória com o regime democrático, vez que seria mesmo compatível até com regimes oligárquicos onde o povo restaria afastado, estando assim mais próximos da teoria liberal do que da teoria democrática[253] – traz em sua gênese o componente que está intrínsecamente ligado aos movimentos sociais enquanto agentes ou atores sociais que protagonizam a pauta das reivindicações de grupos excluídos.[254]

---

[252] A Luta pelo Estado de direito. (in) Hermenêutica, Constituição, Decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 84

[253] Idem, p. 83

[254] Em sentido muito próximo, é a lição de Manoel Jorge e Silva Neto para quem: "O acréscimo da expressão 'democrático' ocorreu a partir da Constituição de 1988 e impinge nova compreensão do Estado

Essa situação de insatisfação das demandas, ora porque reprimidas, ora porque ainda completamente ausentes, nessa última hipótese, evidenciada com maior assertividade em relaçãos aos direitos sociais, é que criam as condições ideais para ocupação estratégica dos movimentos sociais, esse foi o caso do Brasil pré-constituição, e tal fato reforça a gênese, o conceito e a natureza dos movimentos sociais.

Mesmo com as mudanças de 'ventos políticos' surgidos com a redemocratização, a experiência neoliberal dos anos 90, no Brasil e na América Latina, e já refletindo com a 'consciência' do início do século XXI, a literatura especializada ainda reconhece os movimentos sociais como sendo:

> ações sociais coletivas de caráter sociopolítico e cultural que viabilizam distintas formas da população se organizar e expressar suas demandas. Na ação concreta, essas formas adotam diferentes estratégias que variam da simples denúncia, passando pela pressão direta (mobilizações, marchas, concentrações, passeatas, distúrbios à ordem constituída, atos de desobediência civil, negociações, etc.), até as pressões indiretas. Na atualidade, os principais movimentos sociais atuam por meio de redes sociais, locais, regionais, nacionais e internacionais, e utilizam-se muito de novos meio de comunicação e informação, como a internet. Por isso, exercitam o que Habermas denominou como agir comunicativo. A criação e desenvolvimento de novos saberes são produtos dessa comunicabilidade.
> ...
> Na realidade histórica, os movimentos sempre existiram e cremos que sempre existirão. Isto porque eles representam forças sociais organizadas que aglutinam as pessoas não como força-tarefa, de ordem numérica, mas como campo de atividades e de experimentação social, e essas atividades são fontes geradoras de criatividade e inovações socioculturais.[255]

Ganha ainda mais relevo, a partir da passagem destacada, que os movimentos sociais se constituem instrumentos vivos, práticos, de mudanças no tecido social, político e cultural, e se aqui entendemos o 'cultural' em ampla acepção, não restam dúvidas de que por meio de sua *práxis*, e os movimentos sociais atuam na 'realidade concreta' posto que não existiriam sem a formulação de 'ações e estratégias de luta' também tornam-se atores sociais a interferir na realidade jurídica, no fenômeno de constitucionalização de direitos, como ocorreu com as pautas e estratégias nos anos 70 e especialmente 80,

---

brasileiro, porque conforme acentua Miguel Reale, "pela leitura dos Anales da Constituinte infere-se que não foi julgado bastante dizer-se que somente é legítimo o Estado constituído de conformidade com o Direito e atuante na forma do Direito, porquanto se quis deixar bem claro que o Estado deve ter origem e finalidade de acordo com o Direito manifestado livre e originariamente pelo próprio povo, excluída, por exemplo, a hipótese de adesão a uma Constituição outorgada por uma autoridade qualquer, civil ou militar, por mais que ela consagre os princípios democráticos. (Curso de Direito Constitucional. 6º edição. Lumen Juris, 2012, p. 266).

[255] GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na atualidade: manifestações e categorias analíticas. (in) Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 14

como também mostram-se aptos a ampliarem essa possibilidade como resistência democrática.

Fazendo um recorte claro pelos anos 90, opção justificada em razão do início de vigência e (in)eficácia da atual Constituição da República, datada de 1988, é possível identificar, inclusive pelo sensível aumento dos 'meios de comunicação de massa' uma nova pauta e organização da sociedade civil em busca de ferramentas mais eficazes de cidadania, proporcionada pela mesma base jurídica da Constituição promulgada, agora alçada a fundamento da República.

Concomitante a esse cenário dos anos 90, de elaboração de estratégias mais articuladas dos movimentos sociais- fala-se, aqui, em relação de comparação às décadas anteriores – esteve como pano de fundo a adoção sistemática de políticas neoliberais, apoiadas por forças internacionais a serviço de interesses estrangeiros, mas que se por um lado contou com certo apoio da população menos informada, por outro lado o período foi marcado por lances de esperanças possibilitadas por experiências de vivenciamento de práticas coletivas e solidárias, sobretudo na área da Educação, propiciando movimentos de questionamento do *status quo* então vigente e abrindo espaços, assim, para pautas que demandavam melhora substancial nas condições de vida, como ficou nítida, além da própria Educação, temas ligados ao meio ambiente e ecologia.[256]'

Todavia, se nos anos 70 e 80 os 'movimentos sociais' estiveram concentrados entorno de um eixo de disputa e lutas contra um 'inimigo em comum' – o regime militar – nos anos 90 houve um arrefecimento dessas estruturas em substituição a formas associativistas, que não mais derivavam, como outrora, de mobilizações de massa, mas agora as reivindicações eram mais pontuais e possuíam um caráter muito mais propositivo e estratégico (fato acentuado pela diminuição ao uso de grandes mobilizações) em que se destacava a criação de uma sociabilidade que não estava mais ligada, necessariamente, a laços anteriores.

Ao contrário, essa nova postura - se podemos assim chamá-la como modo de acentuar a diferença com as décadas anteriores – foi motivada pela consagração dos direitos individuais e coletivos positivados na Constituição da República de 1988

[256] GOHN, Maria da Glória. Movimentos Sociais e Educação. 2º edição. São Paulo: Cortez, 1994. p.8

(entenda-se, basicamente, o artigo 5º e seguintes) e estava, agora, fundada numa dita Participação Cidadã[257], bem ao 'novo espírito' do Estado democrático de direito.

No início do novo milênio uma nova virada foi sentida em relação às estruturas e estratégias dos movimentos sociais, como por exemplo, o seu *modus operandi* de ampliar a atuação por meio de redes sociais, ainda dentro do importante conceito de Participação Cidadã, o seu eixo de gravidade tornou-se mais propositivo, e dentro de suas estratégias passaram a atuar mais direto com (e dentro do) Estado por meio de formulações de políticas públicas, tarefas potencializadas pela criação de diversos Fóruns, assim como na institucionalização de espaços públicos, sendo digno de nota a criação dos mais diversos Conselhos participativos nas mais diferentes áreas (saúde, assistência social, educação, segurança pública, dentre outros) nos três níves da Federação.

Esse novo instrumental de atuação, agora não mais de costas para o Estado, e que nele enxergava um ente a ser combatido, fez dos movimentos populares um agente relevante, um *novo sujeito histórico,* capaz agora de estender a sua atuação para elaboração de modelos de políticas públicas mais amplas, e que se por um lado ainda mantivessem demandas específicas, como a luta pela moradia[258], pelos direitos dos servidores públicos ou pelo acesso à saúde, isso apenas para citarmos alguns exemplos, por outro lado, assumiria agendas voltadas à cidadania mais geral, não mais localizada espacialmente, e ao desenvolvimento humano num sentido mais universal.

Mas é salutar que se diga que o ambiente propiciado no período que se seguiu a Constituição da República de 1988 não foi resultado de concessões gratuitas, favores

---

[257] Segundo a literatura especializada: "A Participação Cidadã é lastreada num conceito amplo de cidadania, que não se restringe ao direito de voto, mas constrói o direito à vida do ser humano como um todo. Por detrás dela há um outro conceito, de cultura cidadã, fundado em valores éticos universais, impessoais. A Participação Cidadã funda-se também numa concepção democrática radical que objetiva fortalecer a sociedade civil no sentido de construir ou apontar caminhos para uma nova realidade social – a sem desigualdades, exclusões de qualquer natureza. Busca-se a igualdade, mas reconhece-se a diversidade cultural. Há um novo projeto emancipatório e civilizatório por detrás dessa concepção que tem como horizonte a construção de uma sociedade democrática e sem injustiças sociais."(Maria da Glória Gohn. Movimentos sociais na atualidade, op. cit., p. 18)

[258]Dentro dos amplos movimentos populares do século XXI, os movimentos populares pela moradia mantêm notória posição de destaque, sendo responsáveis pela acomodação de moradores sem teto ou que vivam em condições insalubres. O peso e medida da (relativa) eficácia de suas estratégias e relevância no cenário das políticas públicas pode ser observada na enorme influência que exercera nas discussões legislativas que resultou no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001)

político-jurídicos, no sentido de simples outorgas, mas, ao contrário, foi o resultado de embates, lutas e *lobbies* de setores diversos da sociedade civil (há pouco apontamos a Educação), que fizeram com o que o texto constitucional encampasse novos instrumentos que viriam a gerar espaços e formas de agir de grupos organizados, substanciando as ações e ao mesmo tempo exigindo necessidade de lastrear os argumentos jurídicos.

Dessa maneira, permitiu-se a ampliação de espaços participativos e a construção de canais antes não organizados (como dos funcionários públicos),[259] ou seja, os próprios instrumentos e base constitucional da Constituição da República então vigente foram gestados ainda nos períodos que lhe antecederam a promulgação e viram nos anos 90 o início de sua 'mundividência' – para mantermos viva a relação do 'social' com a 'alternatividade crítica'.[260]

E isso, importa dizermos, ocorre em função da ineficácia dos órgãos estatais em acolher as demandas e conflitos permanentes no contexto dos sistemas jurídicos da periferia capitalista, fazendo surgir, ao mesmo tempo, agências de jurisdição espontâneas e não estatais – embora venham a sofrer mediação – e ancoradas em processos de conciliação, pautas de reuniões, arbitragem, conselhos sociais e até tribunais populares.

Em razão dessas novas exigências, resultantes de uma realidade visível e que se impõe ante às estruturas (já carcomidas) da tradição formal e que solenemente ignora as minorias políticas formadas de: *i) mulheres, ii) populações indígenas, iii) desempregados, iv) jovens, em maioria, negros; v) comunidade LGBT, vi) emigrantes rurais*, dentre outros, é que revela a urgência do 'novo marco teórico' assaz comprometido com a dialética da *práxis* do concreto e de um tipo de historicidade comprometida com a

---

[259] GOHN, Maria da Glória. Op. cit., p. 100

[260] Como leciona Maria da Glória Gohn: "(...) Ao longo dos anos 80 os movimentos populares não desenvolveram projetos políticos próprios, independentes e autônomos. A maioria deles esteve dependente de assessorias externas; eles foram, muitas vezes, conduzidos por projetos de outras instituições, principalmente de alguns partidos políticos e de certas alas da Igreja Católica. O compromisso das lideranças esteve, em uma grande porcentagem dos casos, mais afinado com determinadas tendências político-partidárias ou religiosas, que davam o tom ser imprimido nas ações dos movimentos. Até 1988 os movimentos construíram uma imagem externa que os representava como detentores de grande força política. Em várias regiões do país eles se articularam às frentes de oposição, ao *status quo* vigente*;* criticavam e denunciavam a não prioridade da gestão pública para os setores sociais carentes; formulavam demandas e, em vários casos, apresentavam soluções alternativas para os problemas; resistiam às pressões para se desmobilizarem." (op. cit., p. 103)

dignidade ‘do outro’, cujo resultado, ainda que não tenha sido imediato, foi o deslocamento do monismo estatal para múltiplas fontes e, como estamos aqui sinalizando, dos novos ‘sujeitos históricos’ identificados com os movimentos sociais.

No reconhecimento explícito da sua legitimidade teoriza Wolkmer:

> Configura-se, no espaço de um pluralismo legal, a existência de amplos grupos sociais institucionalizados, capazes de elaborar e aplicar suas próprias disposições normativas, tais como: as corporações de classe, associações profissionais, conselhos de fábrica, sindicatos, cooperativas, agremiações esportivas e religiosas, fundações educativas e culturais. Em cada um desses grupos, livremente organizados, ocorre um Direito ‘interno’, ‘institucional’, ‘informal’ e/ou ‘espontâneo’, paralelo e independente do Estado, dos Códigos oficiais, das legislações elaboradas pelas elites dominantes e dos juízes nos tribunais estatais.
> ...
> Assim, só uma ‘ínfima parte da ordem jurídica da sociedade pode ser alcançada pela legislação do Estado, e a maior parte do Direito se desenvolve independentemente das proposições jurídicas abstratas. Descartando as abstrações e os rituais do Direito estatal, há de se reconhecer a capacidade dos grupos sociais particulares de gerarem práticas jurídicas alternativas, que os legitima a desenvolverem: “a) um poder legislativo ou normativo, que é a capacidade de elaborar normas reguladoras de sua atividade interna; b) um poder jurisdicional ou disciplinar, que é a capacidade de assegurar a aplicação dessas normas e a eventual punição dos transgressores. [261]

A partir do reconhecimento dos grupos e movimentos sociais como novos *sujeitos históricos* a assumir (relativo) protagonismo, primeiramente de viés político, e após, como instância jurídico-normativa, o resultado é a construção de uma sociedade cujas esferas e fontes de poder passam a sofrer um paulatino deslocamento do centro para a periferia, quase que como uma revolução de ‘baixo para cima’, exatamente como reclama o processo democrático de base comunitário-participativa, portanto, mais fiel no compromisso inclusivo das demandas então reprimidas e dos atores outrora esquecidos.

Mas, na realidade brasileira, de onde viriam e estariam datados os ditos movimentos populares e sociais? De acordo com notícia de José Geraldo de Souza Júnior[262], o movimento mais intenso teria sido sentido nos anos 70, por influência ainda direta da Igreja Católica, formando-se a partir de relações de vizinhança, de moradores preocupados e interessados na discussão dos problemas concretos que eram vivenciados no cotidiano das imensas periferias e ligados, direta ou indiretamente, ao processo produtivo.

---

[261] WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit., ARRUDA JUNIOR, Edmundo de Lima. 1991, p. 47

[262] SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. Movimentos Sociais – Emergência de novos sujeitos: O sujeito coletivo de direito. *In* ARRUDA JR, Edmundo de Lima (Org). Direito Alternativo. Notas sobre as condições de possibilidade. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 131

Assim, é que em contrariedade ao paradigma moderno, de Descartes a Kant, do indivíduo solipsista, de tipo burguês, cuja racionalidade estava circunscrita à 'autonomia do sujeito-eu-livre', o novo *sujeito histórico*, agora, e por sua vez, é um 'sujeito social' ou 'sujeito coletivo', representado pelos movimentos populares onde indivíduos anteriormente dispersos passam a se reconhecer mutuamente e assim a tomar decisões coletivas, a construir atividades e adotar práticas não desenhadas por teorias prévias, mas que resultantes de sua própria 'facticidade', ou seja, de seus elementos concretos, exatamente naquele sentido da construção dialético-participativa identificado pela Teoria Crítica.[263]

Nesse novo contexto, portanto, fica confortável acompanharmos a lição de Boaventura de Souza Santos, para o fim de se compreender que no processo de *reconstituição* entre sociedade civil (movimentos) e Estado, e tomando em consideração a crise da lei e de sua ideologia, assistimos, pelo deslocamento do centro, a uma tentativa de emancipação desse novo sujeito como sujeito de direito, e já embrenhado num novo modelo de produção do social, do político e do jurídico.[264]

Dentre os inúmeros movimentos populares surgidos no Brasil, o mais notório é o **Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra** - **MST**, surgido em 1979, tendo como lema: *'ocupar, resistir e produzir'*,[265] tem entre suas lutas e bandeiras, a conquista da terra, reforma agrária e a construção de uma sociedade mais justa, para tanto, criando cooperativas de produção a agroindústrias e microrregiões e polos de desenvolvimento.

O caso do Movimento dos Sem Terra, para nós neste breve trabalho, é particularmente interessante, posto que no imaginário popular, construído, ousamos dizer, por intensa proliferação sistemática de 'grupos de poder', aí, indubitavelmente, os meios hegemônicos de comunicação, colocam-no como 'agente em constante conflito com a lei', posto que é agente promotor, de forma sistemática, de invasão orquestrada e por vezes violenta de propriedades rurais privadas, fincando assentamentos com

---

[263] Ibidem. p. 138
[264] SOUZA, Boaventura de Souza. O Estado e o Direito na Transição Pós-moderna', Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 30, junho 1990. Coimbra, p. 17
[265] BUZANELLO, José Carlos. Direito de Resistência Constitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 287

‘desdém’ absoluto pela ordem jurídica vigente e instituída, quando não, promovendo o verdadeiro ‘caos social’ nos lugares onde intensifica as suas atuações.

Não restam dúvidas de que essa percepção, construída ou inata, no imaginário popular, se mostra de grande acerto, posto que muitas das vezes – para não dizermos na sua totalidade – o MST faz pouco caso da lei e das instituições civis e estatais estabelecidas, o que viria a justificar o uso constante do aparelho estatal repressivo, como ficou notória internacionalmente a desocupação, em 1996, da Fazenda em Eldorado dos Carajás, no estado do Pará, com a morte de 19 trabalhadores rurais.[266]

“Grande acerto’ de percepção, se levarmos em consideração ‘a ordem jurídico-legal’ de tipo formal-positivista, no clássico esquema de subsunção da norma em abstrato aos fatos reais, como é próprio da matriz epistemológica do direito positivo, já tratado nos capítulos anteriores. E é exatamente aqui, na desconstrução desse modelo arquetípico, tomando o centro de gravidade do direito a própria sociedade e suas exigências por uma ‘ordem justa’, em detrimento ao chamado ‘fetiche da legalidade’ e seu aniquilamento dos ‘sujeitos humanos’ e redução a categorias abstratas *a priori,* que vemos a influência (e ação) da Teoria Crítica e seus sucedâneos pluralistas e a alternatividade jurídica em sentido estrito, de modo a não só afastar as referidas ‘ilegalidades’ para empreender um esboço teórico legitimante das atuações do movimento social citado.[267]

Tal conclusão pode ser extraída de maneira límpida a partir da lição de um dos maiores expoentes do chamado ‘Direito Alternativo’, o juiz Amilton Bueno de Carvalho ao perguntar

> E se a lei atrita com os princípios? Ou se a aplicação da lei, que em tese está acorde, mas que na concretude atrita com eles? Que fazer? Neste momento, e só nele, o operador jurídico – em especial o juiz – está autorizado a negar vigência à lei: não se aplica a legalidade, mas sim o direito que é construído pela própria sociedade. Assim, o limite paa violação das regras está nos princípios gerais e universais do direito. É que a lei que com eles atrita perde sua finalidade/legitimidade. Implode, pois.
>
> **Outro exemplo parece esclarecedor. O trabalhadores rurais sem terras ocupam latifúndios improdutivos com base no princípio da função social da propriedade e no da vida com dignidade. Em assim agindo, agridem a legalidade que proíbe o esbulho possessório (artigos 926 e seguintes do Código de Processo Civil). Neste momento, pois, a legalidade rasteira não deve ser aplicada, porquanto atrita com princípios maiores. Todavia, esta mesma legalidade menor, em outros momentos, pode não agredir qualquer princípio (se o esbulho alcança meros lindeiros, por exemplo) então merece efetividade.**

---

[266] Disponível em : http://memorialdademocracia.com.br/card/policia-massacra-em-eldorado-dos-carajas. Acesso em 06.02.2019

[267] GENRO, Tarso Fernando. Op. cit., p. 21

> Vê-se que, ao se tratar de direitos sócio-econômicos (v.g., ocupação de terras) têm-se que, inúmeras vezes, a legalidade não preserva os princípios, ao contrário, com frequência impede sua concretização, daí porque pode ser negada quando assim o exige a situação concreta. (grifamos)[268]

Trata-se, aqui, de aplicação do Direito Alternativo na sua tipologia conhecida como *'positividade combativa'*, ancorada no reconhecimento de princípios que inspiram a feitura das demais normais (leis), numa luta para que os direitos inscritos na legislação e já incorporados ao sistema, tenham vida real, para além do seu aspecto formal, conferindo efetividade – pelos princípios – de conquistas históricas da humanidade, revelando-se como 'imperativos de justiça', dando assim condições para que os princípios (metanormas), por meio dessa 'positividade combativa', sejam suficientes a conferir a devida concretude pela lei, seu simples pano de fundo, materializando as aspirações democráticas e de justiça.[269]

Assim, que diante das notórias e visíveis deficiências das fontes formais, tradicionais e monistas da experiência jurídica, os movimentos sociais (e aqui citamos tão somente um caso singular) aparecem como os novos sujeitos coletivos e históricos, a promover verdadeira 'revolução de baixo para cima' no plano do que se chama na Teoria do Direito Alternativo: Plano do Instituinte Negado, expondo as possibilidades, ao mesmo tempo, do pluralismo jurídico como fundamento de uma nova cultura jurídica, buscada ali no 'direito achado na rua', pra usarmos expressão de Roberto Lyra Filho,[270] e assim mais se aproximar das aspirações de alcance de uma sociedade verdadeiramente democrática e compromissada com as promessas da modernidade (ainda) não cumpridas.

5.3 Resistência e Jurisdição Constitucional: Das condições (e dificuldade) de acesso dos Movimentos Sociais ao Supremo Tribunal Federal

Como agentes coletivos, atores sociais legitimados pelo modelo de democracia cidadã contemplada pela atual Constituição da República, como vimos nos capítulos e

---

[268] Teoria e Prática do Direito Alternativo.1º edição. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 58/59
[269] Idem, p. 56
[270] ARRUDA JR, Edmundo de Lima. op. cit., p. 152

tópicos anteriores, e ainda, com o esgarçamento da competência do Supremo Tribunal Federal e sua missão de defesa da supremacia dos valores constitucionais, além da criação do Superior Tribunal de Justiça, em tese, ampliaram-se as possiblidades de acesso ao Poder Judiciário pelos movimentos sociais.

Essa ampliação, em verdade, traduziu-se na possibilidade de usos de litígios estratégicos de acesso aos Tribunais superiores para trazer visibilidade às suas pautas e reivindicações - o que ocorre na esteira de um momento de descrença e perda de confiança nas instâncias de representação política - objetivando a alteração de jurisprudências, formação de precedentes e, ao fim, a própria (re)definição de políticas públicas.[271]

Esse cenário, ou melhor, essa pretensão de recurso de litígios estratégicos perante as Cortes superiores pelos movimentos sociais encontra eco na manifesta e recorrente postura adotada pelos membros das mesmas cortes no sentido de garantir de uma abertura à participação social, o que se daria como meios e tentativas de legitimação das suas missões institucionais, como seriam exemplos *i) o aumento da realização das audiências públicas, ii) a figura do amicus curiae e iii) uma aproximação com o ambiente acadêmico jurídico;* todavia, essa "vontade" de garantir a participação social não se concretiza na mesma medida e proporção com que seus membros manifestam.[272]

Assim, diante de um cenário de exponencial aumento dos holofotes sobre o Supremo Tribunal Federal, o que se evidencia com a existência da 'TV Justiça' que viabiliza os julgamentos das sessões plenárias em tempo real, nos parece natural que, diante da imprensa e opinião pública mais ativas, os ministros assumam uma postura francamente aberta em traduzir a atuação jurisdicional com íntima ligação com as demandas sociais, especialmente, aquelas cuja popularidade sejam destacadas pela chamada 'grande mídia', numa tentativa de aproximação da Corte à sociedade civil.

O resultado positivo, em nosso entendimento, é que fica nítida – ao menos acende o debate – de que os novos atores sociais buscam uma canal para fortalecer as suas

---

[271] CARDOSO, E.L.C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. Estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia.Tese de Doutorado. PPGD USP, São Paulo, 2012, p. 24

[272] GUIMARÃES, Aline Lisbôa Naves. Participação Social no Controle de Constitucionalidade: o desvelamento da restrição nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Dissertação de Mestrado. PPGD Universidade de Brasília, 2009, p. 22

demandas pela via jurisdicional e, ao assim fazerem, não é outra coisa que buscam senão 'novas interpretações constitucionais' para obtenção de novos significados no interior do espaço de luta em que estão inseridos, sendo notória a decisão de reconhecimento de direitos civis e união estável na chamada 'união homoafetiva' no histórico julgamento proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277) e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132) em 2011.[273]

Como dissemos anteriormente, muito embora haja um forte discurso de membros do Supremo Tribunal Federal no sentido de abertura à 'participação cidadã', o que elevaria a possiblidade de ajuizamento de ações pelos movimentos sociais, na prática, e mesmo em razão do *design constitucional* no tocante às formas de controle de constitucionalidade, o acesso é bastante restrito e pouco democrático.

No que diz respeito ao acesso pelo chamado 'controle abstrato de constitucionalidade', aquele que permite a discussão, em tese, de violação de normas constitucionais mediante propositura de ação diretamente perante o Supremo Tribunal Federal – por isso dito controle abstrato – muito embora a atual Constituição da República de 1988 (artigo 103) tenha ampliado o rol de legitimados ativos[274] em relação às cartas anteriores, dando uma falsa ou insuficiente impressão de democratização, na realidade a legitimação concentrou-se em agentes políticos estatais e órgãos públicos, reservando-se à sociedade civil – excetuada a Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos e confederações sindicais – como poderia ser o caso dos movimentos sociais, um papel de meros coadjuvantes.

A baixa densidade democrática na legitimação da propositura das ações já pode ser sentida pela exigência da chamada *pertinência temática* que dividiu os autores em *legitimados especiais* e *universais*, reservando àqueles a possibilidade de ação tão somente diante da demonstração de vinculação jurídica do tema dos seus filiados, ou seja, só estariam habilitados a 'baterem às portas' do Supremo Tribunal Federal, caso a

---

[273] Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931

[274] Nos termos do artigo 103, são legitimados ativos a propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

alegada violação constitucional mantivesse relação jurídica direta com o âmbito de atuação e esfera jurídica dos representados – aqui, excluídos os movimentos sociais.

Interessante apontarmos, no sentido de se demonstrar a baixa densidade democrática quanto ao acesso ao Supremo Tribunal Federal, que o conceito de 'entidade de classe' que talvez pudesse permitir uma interpretação que albergasse os movimentos sociais, foi objeto de jurisprudência bastante restritiva ao exigir, entre os filiados, uma ligação por vínculo econômico ou profissional, de modo que assim, por meio de tal 'filtro processual' restaram excluídos da legitimidade pela via abstrata de controle de constitucionalidade diversos grupos (movimentos) ligados por pautas de direitos difusos e coletivos como meio ambiente, direitos humanos ou demais demandas sociais[275], o que além do déficit de protagonismo no seio de uma sociedade que se quer (ou deveria) democrática vem a reforçar o caráter corporativo de uma Constituição republicana, cujo compromisso, como vimos, deveria ser a materialização dos valores e das demandas por justiça social.

Diante desse cenário, portanto, pela via do controle abstrato de constitucionalidade, os movimentos sociais ficam na dependência, para atendimento de suas legítimas demandas, da conquista da 'simpatia' e do convencimento de algum dos legitimados universais que encampassem a sua pauta e demanda após avaliação de possível repercussão na sua esfera de atuação, sem o quê, não encontram respaldo para acesso pela via direta.

Ora, o resultado final, portanto, diante da constatação de que o controle abstrato não contempla a via de acesso direto aos movimentos sociais, cuja atuação e razão de existir é reverberar demandas sociais, plurais, legítimas e que em regra ainda não foram atendidas, é que a agenda do Supremo Tribunal Federal ainda carece de uma densidade democrática mais inclusiva e efetiva, e como aponta Daniel Sarmento, "instaura-se, com isso, um constrangedor hiato entre o discurso de legitimação da jurisdição constitucional – proteção de direitos fundamentais, defesa das minorias, garantia dos pressupostos da democracia etc. – e a sua prática institucional efetiva".[276]

---

[275] SARMENTO, Daniel. Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição. In: SARMENTO, Daniel. Direito, Democracia e República: escritos e direito constitucional. Belo Horizonte:Fórum, 2018, p. 80

[276] Ibidem, p.84

Quando o Supremo Tribunal Federal recusa a abertura e possibilidade de acesso direto e pela via abstrata aos movimentos sociais, em demandas que se pautem pelo controle de constitucionalidade, fica nítida a sua permanência no modelo de interpretação positivista subsuntiva (presa ao texto) que não alcança o entendimento da Constituição da República como uma 'abertura', ela mesma, para a constituição de uma sociedade que concretize os valores que já estão nela mesma inscritos, é dizer, mantém-se tal postura naquele apontado 'encobrimento' do sentido do ser (da Constituição) que a viragem ontolinguística permitiria desvelar, deixando-se, assim, de trazer à luz o *acontecer* constitucional e permitir sua fusão com os horizontes da realidade social em que já situada, para abrir a 'clareira' e nela deixar entrar pela hermenêutica, a retirada da norma do texto constitucional que contemplasse a legitimidade dos movimentos sociais.

Importante ainda fazermos referência de que outras formas legalmente (Lei nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99) previstas poderiam canalizar, junto ao Supremo Tribunal Federal, as demandas e lutas travadas pelos movimentos sociais: *i)* a figura do ***amicus curiae*** (amigo da corte) e *ii)* as ***audiências públicas***, estando, a propósito, também muito próximas da proposta de 'sociedade aberta dos intérpretes da Constituição' de Peter Häberle,[277] como já analisamos em capítulos anteriores.

De fato, tanto a previsão de um 'amigo da corte' como a realização de 'audiências públicas', estas de forma antecedente ao julgamento de ações constitucionais, parecem ampliar a possibilidade de participação de outros grupos da sociedade civil, como seriam os movimentos sociais, imprimindo uma maior densidade ao processo democrático no âmbito da jurisdição constitucional.

Todavia, na análise e investigação da realidade da agenda e julgamentos do Supremo Tribunal Federal parecem não confirmar, mais uma vez, a efetiva contribuição dos dois institutos na consolidação do processo democrático da sua jurisdição, sobretudo nos casos envolvendo os movimentos sociais.

---

[277] O pensamento de Peter Häberle serviu de inspiração à edição da Lei nº 9.868/99, na mesma época em que o Ministro Gilmar Mendes pela primeira vez traduziu a obra do autor alemão para o Brasil, sendo também responsável pela elaboração da primeira minuta do anteprojeto de lei. (LEITE, C.L.N.S. Os Diálogos Sociais no STF: as audiências públicas, o *amicus curiae* e a democratização da jurisdição constitucional brasileira. (Dissertação de Mestrado). PPGD Universidade do Estado do Rio de Janeiro/RJ, 2014, p. 23

O *amicus curiae* não é parte processual, não integra a demanda da ação constitucional e funciona como um *terceiro especial* que é ouvido com o objetivo de trazer questões técnicas, pontuais, e conferir um caráter mais plural ao julgamento das ações, na medida em que, além de dar subsídios técnicos (não jurídicos) às questões colocadas também daria uma nova dimensão participativa aos julgamentos.

Porém, pesquisas e análises empíricas já realizadas no entorno da participação do *amicus curiae* demonstraram que os votos-julgadores já vinham prontos e redigidos antes mesmo da exposição oral, somada ainda ao amplo poder discricionário do Relator o julgamento, que pode aceitar ou recusar a participação do *amicus curiae* segundo suas predileções pessoais, fazendo com que setores da sociedade civil sejam melhores representados que outros, como aconteceu, por exemplo, no julgamento da ADPF nº 54 que julgou a interrupção da gravidez em casos de fetos anencefálicos, em que o Ministro Marco Aurélio Mello negou ingresso a todas as entidades que requereram ingresso.[278]

Já no caso das 'audiências públicas', previstas para permitir que o Supremo Tribunal Federal tivesse acesso a respostas e debates sobre questões técnicas, além de dar ouvidos a segmentos interessados nas ações em tramitação, a finalidade seria permitir o contato dos julgadores com novas formas de interpretação sobre as questões judicialmente colocadas - mais uma vez, numa clara referência à sociedade aberta dos intérpretes da constituição (Peter Häberle) - porém na prática, observou-se um esvaziamento do seu potencial democrático: a uma, porque verificou-se uma baixa presença e participação dos demais ministros (excetuado o Relator), e a duas, porque a ampla discricionariedade na admissão e dos segmentos envolvidos, acabou limitando a participação de diversas entidades e movimentos representativos.[279]

Embora a legislação tenha então criado mecanismos efetivos, modernos e insinuaram uma abertura democrática no acesso à jurisdição constitucional, o que inevitavelmente incluiria os diversos movimentos sociais, na prática, contudo, a realidade ficou aquém das possibilidades e expectativas geradas, havendo mesmo quem tenha

---

[278] Ibidem, p. 186

[279] Ora, foi o que se verificou no julgamento da ADI nº 3510 sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e o debate das células-tronco, ocasião em que o relator, Ministro Ayres Britto, limitou a participação às instituições de natureza científica, negando ingresso a entidades de confissão religiosa. GUIMARÃES, A.L.N. Participação Social no Controle de Constitucionalidade. Op. cit., p. 125-127.

nominado a situação como *mito da jurisdição democrática*[280], porquanto a ampliação do rol dos legitimados (controle abstrato) e a previsão das *audiências públicas* e da figura do *amicus curiae* não conseguiram resistir e superar ao velho ideário formal herdado da matriz positivista, mantendo-se ainda fechado para a 'clareira do acontecer constitucional' que viabilize a concretização, como quer a Teoria Crítica e sua dialética da participação, envolvendo os movimentos sociais, o que não quer dizer, entretanto, que a permanência dos novos atores sociais numa cena ainda em construção pelo paradigma da viragem linguística já não represente enorme vitória no alvorecer do século XXI.

[280] FREIRE, Alonso. Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direito?". In: SARMENTO, Daniel (coord.). Jurisdição Constitucional e Política. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 624

6. Conclusão

O Estado democrático de direito não é uma figura político-jurídica a preencher cartas constitucionais e seguir, *en passant*, a marcha histórica do processo civilizatório contemporâneo como uma eterna promessa a ser realizada num horizonte futuro que está sempre a esperar, sempre a depender de um porvir que já não se situa no tempo presente.

Vimos na primeira deste trabalho que o 'tempo histórico' é já também o nosso presente, e a consciência histórica se dá sempre na vida atual, pois só ela é capaz de nos dar o instrumental necessário para fazermos a ligação pela hermenêutica, que é sempre vida, sempre existência, com o descortinar dos novos horizontes.

De uma modernidade marcada pela 'razão instrumental' iluminista, herdeira da razão cartesiana que se ancorava num 'sujeito cognoscente' apartado do seu objeto, confiante em que pelo método da geometrização tudo poderia, caímos numa encruzilhada positivista que via no mundo (enquanto teoria da história) e na norma (enquanto teoria do direito) nada mais que uma possibilidade de investigação fria, mecanicista e especular de uma realidade que se mostra muito distante das promessas que foram feitas por essa mesma cultura epistemológica. É dizer, a emancipação do homem não veio, ao contrário, viu-se ele enredado num manancial de tecnicismo que mais contribuiu para torná-lo mero objeto da cultura e das possibilidades do 'mundo da vida', como diz Habermas, do que um construtor ativo de mundos e de condições de emancipação.

No âmbito do Direito foi necessária a 'viragem linguística', entendida, como vimos, como a invasão profunda da filosofia pela linguagem, para escaparmos daquele paradigma cartesiano e vermos na existência mesma, no *dasein (ser-aí)* heideggeriano a possibilidade de uma abertura para o mundo e para o conhecimento a partir da facticidade, ou seja, do homem como *ser-no-mundo* , o que possibilitou, por sua vez, que Hans-Georg Gadamer nos permitisse enxergar a hermenêutica como uma proposta existencial e universal, unindo as possibilidades por meio da sua 'fusão de horizontes' que, no Direito, emancipou o intérprete no ato de interpretação, ao recusar o dogmatismo de matriz positivista, para permitir o (des)velar o *ser* (norma) do *ente* (texto).

Deste modo, o paradigma da *viragem linguística*, superando o esquema ‘sujeito-objeto’, nos dá uma hermenêutica concretizadora, ontológica, abrindo flanco para uma recepção material para a norma, agora não mais distanciada dos fatos, e é justamente aqui que poderemos vislumbrar as condições mínimas para a resistência, por exemplo, por uma interpretação constitutiva das aspirações, anseios e necessidades dos mais diversos grupos e atores sociais, democraticamente instalados no processo civilizatório, a título exemplificativo, pelos movimentos sociais e demais atores coletivos (os novos sujeitos históricos).

A revolução é profunda, porque vimos que a ‘nova hermenêutica’ dessa maneira, abre possibilidades infinitas de enfrentamento da interpretação jurídica porque não se distancia do sujeito que interpreta e ainda permite no ato de interpretar - que agora é um ‘existencial’ que já traz consigo a ‘compreensão’, a tradição, o conjunto de valores e de mundo do intérprete - seja também elemento a permitir a busca da norma numa atividade que deixa der simplesmente reprodutiva (estandardizada) para ser criativa a partir de um intérprete que na sua ‘circularidade hermenêutica’ não mais parte de um grau zero de intepretação, mas como faz sua ‘fusão de horizontes’ a partir de uma dada situação hermenêutica em que está *desde-já-sempre* pode ampliar as condições emancipatórias pelo direito.

E é por isso, portanto, que podemos inferir que as propostas da Teoria Crítica do Direito e do pluralismo jurídico, essencialmente marcadas pela ‘fuga’ da norma em abstrato, pela recusa em aceitar um ‘esquadro’ formal que contivesse toda a vida, são essencialmente emancipatórias, tal como a universalidade da hermenêutica, porque permitem a construção permanente de diálogos (como no jogo de perguntas e respostas de Gadamer) com várias outras fontes, além das possibilidades de racionalizar a vida e suas demandas, o que é, em última análise, a proposta estruturante do Estado democrático de direito: servir a vida e às suas demandas, atender aos ideais e anseios de justiça material e as condições de pleno desenvolvimento da pessoa humana, mas que não cabem mais no idealismo kantiano ou na busca da verdade na ‘coisa mesma’.

Nessa quadra da história da ‘nova hermenêutica’ as possibilidades, como dizíamos, são inesgotáveis, porquanto vimos neste trabalho que a linguagem agora é constitutiva de conhecimento, uma vez que os sentidos passam a ocorrer a partir dela, e

isso nos dá uma dimensão muito mais ampla da finitude, porque ela fez recuperar a centralidade do *dasein* (ser-aí) como *ser-no-mundo.*

Compreendendo essa revolução empreendida pela 'viragem linguística' no âmbito do constitucionalismo e na forma como enxergamos a Constituição da República, oriunda do pacto fundante do Estado, nossa 'fusão de horizontes' e a busca do sentido do *ser* de seus postulados, nos permitem ampliar o seu campo de alcance para resgatar (o ser do ente) alternativas e possibilidades de concretude às exigências e demandas sociais, no justo entendimento de que se trata de documento (a Constituição) eminentemente emancipatório – como quer a Teoria Crítica – daí retirarmos dela toda e legítima forma instrumental de resistência.

Assim, o direito de resistência, numa abordagem existencial e linguística do texto constitucional, na forma como vimos, nos permite encontrar sua legitimidade e possibilidade, ainda que não conste formal e expressamente, de todas as formas de resistência – quer seja pelo conteúdo dos seus postulados e fundamentos explícitos, como a *cidadania* e a *dignidade da pessoa humana,* uma vez que o pacto constituinte foi além da visão liberal-burguesa de uma igualdade meramente formal, para inaugurar condições de reconhecimento de formas variadas de lhe dar substância e concretude sociais, ou ainda pela abertura do § 2º do artigo 5º, que enquanto direito fundamental constitui-se em cláusula aberta.

Dentre essas formas, a hermenêutica constitucional já imersa na filosofia da linguagem, é o instrumento fenomenológico necessário a resgatar o sentido emancipatório que marca o Estado democrático de direito – porque promove o amálgama entre liberdade, igualdade e justiça social – ao mesmo tempo em que autoriza formas outras de reconhecimento de juridicidade e atores sociais, como é o casos dos 'movimentos sociais' na medida mesma em que se revelam portadores (de modo organizado) das demandas ainda não cumpridas da chamada *modernidade tardia*, a despeito da 'resistência', por via invertida, dos protagonistas da palavra final constitucional (Cortes superiores e agentes públicos) incumbidos do acontecer constitucional, sendo ainda insuficientes as estratégias e propostas surgidas na Lei 9.868/98 no âmbito de controle de constitucionalidade e as formas de participação da sociedade civil, a exemplo das audiências públicas, porquanto ainda não assimiladas em

sua totalidade pelos próprios membros do Supremo Tribunal Federal, situação análoga à figura do *amicus curiae,* ambas esvaziadas pela prática adotada e amplamente discricionária tanto na escolha dos atores, como no seu funcionamento.

Desse modo, não mais uma simples ‘metodologia’, mas a hermenêutica filosófica, porque essencialmente existencial, é ao mesmo tempo o caminho para a compreensão e possibilidade de resgatar, de modo legítimo, todas as formas de resistência, sendo, aliás, ela própria, hermenêutica, autêntica forma de resistência ao engessamento de um modelo estatal que ainda resiste em permitir o pleno desenvolvimento humano pela via constitucional e abrandar, senão eliminar, aquele estado de ‘tempos sombrios’ que acusamos no início do presente trabalho. Resistir é já emancipar-se!

Referências

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)**. São Paulo: Saraiva, 1996

APEL, Karl-Otto. **Transformação da Filosofia I: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica.** Tradução Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Tradução Roberto Raposo. 10º edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002

ARRUDA JR, Edmundo de Lima. **Direito Alternativo. Notas sobre as condições de possibilidade**. São Paulo: Acadêmica, 1991

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2º edição. Coimbra, Almedina, 1995

BAUMAN, Zygmut: **O Mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998

BARROS, J. D'Assunção. **Teoria da História: Acordes historiográficos: uma nova proposta para a Teoria da História.** 3º edição. Volume IV. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2014

_____. **Teoria da História: os paradigmas revolucionários**. Volume III. 3º edição. Petrópolis/RJ:Vozes, 2013

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Edipro, 5º edição, 2014

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 10º edição. São Paulo: Malheiros, 1996

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 9º ed., São Paulo: Renovar, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3º edição. São Paulo: Saraiva, 2011

BORGES, Guilherme Roman. **Filosofia e teoria do direito: breves apontamentos**. Curitiba: IFDDH, 2016

BOUCHER, Geoff. **Marxismo.** Tradução de Noéli Correia de Melo Sobrinho. Petrópolis: Editora Vozes, 2015.

BRITO, Evandro Oliveira de. Consciência histórica e hermenêutica: considerações de Gadamer acerca da teoria da história de Dilthey. **Revista Trans/Form/Ação [online**]. São Paulo, nº2, volume 28

BUZANELLO, José Carlos. **Direito de Resistência Constitucional.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7º edição. Coimbra:Almedina, 2003

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. Estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia** (Tese de Doutorado). PPGD USP, São Paulo, 2012, 134 páginas

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 9º edição. São Paulo: Ática, 1997

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos.** São Paulo: Acadêmica, 1998

_____.**Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito).** São Paulo:Acadêmica, 1993

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3º edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

_____. **Aulas de Introdução ao Direito**. São Paulo: Manole, 2004

_____. **Saudade do Futuro**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2007

_____. **A Fumaça do bom direito: ensaio de filosofia e teoria do direito**. 1º edição. Curitiba: Bonijuris, 2011

COSTA, Nelson Nery. **Teoria e realidade da desobediência civil**. 2º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000

COSTA, Pietro. **Soberania, representação e democracia:** ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. (Biblioteca de História do Direito).

CORREIA, Alexandre. **Ensaios políticos e filosóficos**. São Paulo: Editora da USP, 1994

DESCARTES, RENÉ. **Discurso do Método. As paixões da alma. Meditações**. Tradução. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p.49 e seguintes (Coleção Os Pensadores).

DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**. Tradução E. Alves, J. Clasen e L. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica.** São Paulo: Malheiros, 2004

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2º edição. São Paulo: Saraiva, 1997

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, dominação, decisão**. 2º edição. São Paulo: Atlas, 1996

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva: 2009.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito.** 1º edição. Curitiba: Juruá, 2009.

FREIRE, Alonso. **Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direito?".** In: SARMENTO, Daniel (coord.). Jurisdição Constitucional e Política. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 591-640

FREITAG, Bárbara**. A Teoria Crítica: ontem e hoje.** 4. edição. São Paulo:Brasiliense, 1986

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. **Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 9º edição. Petrópolis: Vozes, 2008

_____.**Verdade e Método II: complementos e índice**. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002

_____.**O problema da consciência histórica**. Tradução: Paulo Cesar Duque Estrada. 3º edição. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

GUIMARÃES, Aline Lisbôa Naves. **Participação Social no Controle de Constitucionalidade: o desvelamento da restrição nas decisões do Supremo Tribunal Federal.** Dissertação de Mestrado. PPGD Universidade de Brasília, 2009, 160 páginas

GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. **História essencial da filosofia**. Volume 4. São Paulo: Universo dos Livros, 2010

_____.**A aventura da Filosofia: De Heidegger a Danto**. São Paulo: Manole, 2011

GOHN. Maria da Glória. **Manifestações e Protestos no Brasil: correntes e contracorrentes na atualidade**. São Paulo: Cortez, 2017

_____. **Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais.** Petrópolis: Vozes, 2003

_____.**Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos**. São Paulo: Edições Loyola, 1997

GRUBA, Leilane Serratine. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **O tridimensionalismo de Reale e a cientificidade do Direito.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), Unisinos,volume 5, pp-48-64, jan-jun 2013)

HUPFFER, Maria Haide. **Ensino Jurídico: um novo caminho a partir da Hermenêutica Filosófica.** Viamão: Entremeios editora. 2008

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico:** estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____.**Mudança estrutural da esfera pública**. Tradução Denilson Luís Werle. 1º edição. São Paulo: Editora Unesp, 2014

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição:contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.** Porto Alegre: Fabris, 1997, p.13.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**: Síntese de um milênio. Coimbra:Almedina, 2012

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: SAFE, 1991

HUSSERL, Edmund. **Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia**. Tradução de Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001

HEIDEGGER, Martin. **O retorno ao fundamento da metafísica**. In Heidegger, Martin. Conferências e Escritos filosóficos. Tradução Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Coleção Os pensadores)

_____. **Ser e Tempo**. Parte I. Tradução Márcia Cavalcante. 10º edição. Petrópolis: Vozes, 2015

HUSSERL, Edmund. **Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia**. Tradução de Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do direito e do estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 3º edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998

KRELL, Andreas Joachim. **A hermenêutica ontológica de Martin Heidegger, o seu uso da linguagem e sua importância para a área jurídica**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, nº 113. pp. 101-147. jul./dez.2016, p. 109

KONDER, Leandro. **A questão da ideologia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002

KOSELLECK, R. **Uma História dos Conceitos: problemas teóricos e práticos**. Estudos Históricos. Rio de Janeiro, vol.5, n.10, 1992

KHUN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 5º edição. São Paulo: Perspectiva, 2000

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6º edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões.L.N.S. **Os Diálogos Sociais no STF: as audiências públicas, o amicus curiae e a democratização da jurisdição constitucional brasileira**. (Dissertação de Mestrado). PPGD Universidade do Estado do Rio de Janeiro/RJ, 2014, 229p

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Instituto Brasileiro de Difusão Cultural S/A, 1963

LUDWIG, Celso. **A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir de Enrique Dussel**. Curitiba, 1995, Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, UFPR.

_____. **Para uma filosofia jurídica da libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**: Florianópolis: Conceito Editorial, 2006

MARRAFON, **Hermenêutica e Sistema Constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Florianópolis: Habitus, 2008

MARÍAS, Julián. **História da Filosofia**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2004

Monteiro, Maurício Gil. **O Direito de Resistência na Ordem Jurídica Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

MÜLLER, Friedrich. **Direito, Linguagem e Violência: Elementos de uma Teoria Constitucional.** Tradução Peter Naumann. Porto Alegre:Fabris, 1995

_____. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

NOBRE, Marcos. TERRA, Ricardo. **Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas**(org). São Paulo: Malheiros, 2008

NEVES, Antonio Castanheira. **Questão-de-fato-questão-de-Direito ou O problema método-lógico da juridicidade**. Coimbra: Almedina, 1967

NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre a utilidade e desvantagem da história para a vida**. 1º edição. Tradução André Itaparica. São Paulo: Hedra, 2007

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Piseta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997

REGO, Pedro Costa. Kant: **A revolução copernicana na filosofia**. *In*: FIGUEIREDO, Vinícius de (Org).Seis Filósofos na sala de aula. São Paulo: Berlendis&Vertecchia Editores, 2006

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002

ROSA, Alexandre Morais da. TRINDADE, André Karam. TASSINARI, Clarissa. TOSTES DOS SANTOS, Márcio Gil. OLIVEIRA, Rafael Tomaz (organizadores). **Hermenêutica,**

Constituição, Decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016,

SAFRANSKI, Rüdiger. **Nietzsche: Biografia de uma tragédia**. Tradução Lya Luft. São Paulo: Geração editorial, 2001

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 3º edição. Rio de Janeiro: Graal, 2000

_____.**Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. 14º edição. São Paulo, Cortez, 2013

_____. **Demodiversidade: imaginar novas possibilidades democráticas**. (Organizador). 1º edição. Belo Horizonte: Autêntica, 2018

_____.**O discurso e o poder: Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1988

_____. **O Estado e o Direito na Transição Pós-moderna**, Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 30, junho 1990. Coimbra

SARMENTO, Daniel. **Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição**. In: SARMENTO, Daniel. Direito, Democracia e República: escritos e direito constitucional. Belo Horizonte:Fórum, 2018, pp 79-90

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. 1º edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2º edição. 2004

_____.**Diferença e Metafísica: ensaios sobre a desconstrução**. Porto Alegre:EDIPUCRS, 2000.

STEIN, Ernildo; STRECK, Lênio (Organizadores). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade de Método.** 2º edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____.**A caminho de uma fundamentação pós-metafísica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997

_____.**Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. (Coleção Filosofia, nº 40).

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 10º edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

_____. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) Constitucionalismo. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica; Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado/São Leopoldo: Edunisinos, 2005

_____**.Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito.** 2º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004

_____. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD**). Volume I. Unisinos. janeiro-junho 2009

STRECK, Lenio Luiz. **Da Interpretação de textos à concretização de direitos; A incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica entre Texto e Norma.** In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** – Mestrado e Doutorado 2005, volume 2. página 26

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 6º edição. Lumen Juris, 2012

SÓFOCLES. **Antígona.** Porto Alegre: L&PM, 1999.

SOUZA JUNIOR, José Geraldo de. **Movimentos Sociais - emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito**. In: ARRUDA Jr., Edmundo Lima de (org.). Lições de Direito Alternativo. Vol. 1. São Paulo: Acadêmica, 1991

TAVARES, Geovani de Oliveira. **Desobediência Civil e Direito de Resistência política**. Dissertação apresentada à Coordenação do Mestrado em Direito da UFCE: mimeo, 1999

_____. '**O direito fundamental de resistência do movimento dos sem terra**". Dos direitos humanos aos direitos fundamentais. Organizado por Willis Santiago Guerra Filho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997

THOREAU, Henry David. **A Desobediência Civil.** Tradução de Sergio Karam. Porto Alegre: L&PM Editores, 1997 (reimpressão 2007)

WOLKMER, Antonio Carlos. **Contribuição para o projeto de juridicidade alternativa**. *In* ARRUDA JR, Edmundo de Lima (Org).Direito Alternativo. Notas sobre as condições de possibilidade. São Paulo: Acadêmica, 1991

_____. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 3º. edição. São Paulo:Saraiva, 2001

_____. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito.** 5. edição. São Paulo: Saraiva, 2015