# CONSTITUIÇÃO, CULTURA E DIREITOS: O DIREITO CONSTITUCIONAL COMO FIO CONDUTOR DA HERMENÊUTICA DA DIGNIDADE

CONSTITUTION, CULTURE AND RIGHTS: THE CONSTITUTIONAL LAW AS A GUIDELINE OF THE DIGNITY HERMENEUTICS

**CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ***

*Recebido para publicação em junho de 2012*.

**RESUMO:** A consideração da experiência do Direito como ciência cultural é o ponto de partida para compreensão dos direitos fundamentais. Apostando nessa premissa, o artigo propõe um exame da experiência jurídica a partir da consideração do contexto sócio-político-econômico de tal sorte que a se possa divisar na Constituição um elemento que para além de propiciar um acoplamento desses sistemas, viabilize respostas, no momento da *applicatio*, em defesa do princípio da dignidade da pessoa humana a ponto de ensejar, a partir daí, uma hermenêutica da dignidade que constitui, em suma, a missão do Direito Constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais; cultura; Constituição; dignidade; hermenêutica; jurisdição.

**ABSTRACT:** The consideration of the experience of law as a cultural science is the starting point for understanding the fundamental rights. Relying on this premise, the article proposes an examination of legal experience from the consideration of context socio-political and economic in order to see the Constitution as an element able to provide a coupling of these systems, enabling right answers, in the adjudication, in defense of the human dignity principle.

**KEY WORDS:** Fundamental rights; culture; Constitution; dignity; hermeneutics; jurisdiction.

## Introdução

Instados a refletir sobre a função do Direito Constitucional, nossa preocupação, de plano, voltou-se para a questão dos direitos humanos. Não sem razão se considerarmos que a materialidade de uma constituição sempre esteve atrelada a um conjunto de normas voltadas para proclamar os direitos fundamentais e suas garantias (aí naturalmente incluídas as normas programáticas, enfim, as finalidades estabelecidas para a efetivação do núcleo de fundamentabilidade da vida humana) e a organização do Estado. E a pergunta que nos sobreveio pode assim ser formulada: como divisar no Direito Constitucional um caminho, um reforço, um guia, enfim, para a efetivação dos direitos humanos?

Nossa resposta – que se constitui a reflexão que ora submetemos neste artigo – palmilha por considerar que a experiência jurídica deve ser alavancada sobre a consideração de que o Direito é uma ciência cultural e, como tal, exposta a interferências, transformações e condicionamentos

* Juiz Federal e Professor da Graduação e do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna/MG. Mestre em Direito das Relações Internacionais (UNICEUB/DF). Doutor em Direito (UNISINOS/RS). Pós-Doutor em Filosofia do Direito (Universidade de Coimbra/Portugal).

culturais, de tal sorte que a busca por respostas corretamente justificadas, quando está em causa a interpretação das normas constitucionais, deve ter em consideração os contornos delineados não apenas pelo texto, mas e sobretudo, pelo contexto sócio-político e econômico.

Esse contexto expõe o repositório de elementos culturais de uma comunidade e que são desvelados a partir da consideração de que somos vinculados aos efeitos da história, da finitude, da cotidianidade de onde emerge a vida, a existência concreta a determinar em toda situação hermenêutica singular a defesa do princípio da dignidade, tudo, enfim, sob o fio condutor de uma principiologia constitucional que o Direto Constitucional permite conhecer e manejar ao declarado escopo.

## 1. Os pressupostos para uma hermenêutica da dignidade

A consideração de que a nossa compreensão encontra-se vinculada aos efeitos da história, da cotidianidade e da finitude que limitam e condicionam qualquer decisão a partir de uma situação hermenêutica considerada conduz, sem dúvida alguma, à certeza de que as decisões judiciais devem ser contextualizadas. Efetivamente, se o direito é uma ciência cultural, a decisão judicial há de ser construída no contexto sócio-político-econômico, enfim, cultural, o que decorre da constatação de que o Estado constitucional se erige, precisa e depende de uma infra-estrutura sociocultural. Com efeito, a concepção do Estado, já ensinava Heller, não pode se dar a partir de uma compreensão sobre-humana nem infra-humana, tem que ser precisamente humana, pois, registrava ele, "só para a compreensão humana 'significam' alguma coisa essas formas psicofísicas da realidade que se chamam Estado ou cultura" (HELLER, 1968, p. 58).

A cultura vinha a ser concebida, assim, como a atribuição de sentidos aos objetos (a inserção de fins humanos na natureza), mas alertava Heller que o próprio homem – e não apenas o meio circundante – se torna fragmento da cultura transformando-se incessantemente, enquanto ser social. Significa dizer, portanto, que "a cultura não é, pois, de modo algum, uma criação da realidade, condicionada unicamente pelo poder do espírito humano, mas uma conformação da realidade sujeita às leis psíquicas e físicas do homem e do seu material. Devendo acrescentar-se que o conhecimento destas leis pelo homem, a maneira como são utilizadas, em suma, a sua ação social

e a sua significação cultural, é algo que muda também com a história" (Idem, p. 56). Essa significação da cultura como "mundo histórico-social" a partir de onde se processa a compreensão, pois, "para quem não quer compreender não existe a cultura" (Idem, p. 58), conduziu Heller a compreender a Teoria do Estado como ciência cultural.

No mesmo caminho palmilhou Radbruch quando proclamava que a cultura não é de modo algum um valor puro, "é uma mistura de humanidade e barbárie, de bom e de mau gosto, de verdade e de erro, mas sem que qualquer das suas manifestações (quer elas contrariem, quer favoreçam, quer atinjam quer não a realização dos valores) possa ser pensada sem referência a uma ideia de valor. Certamente, a Cultura não é o mesmo que a realização dos valores, mas é o conjunto dos dados que têm para nós a significação e o sentido de os pretenderem realizar" (RADBRUCH, 1979, p. 41–42), para compreender, a partir daí, a ciência do direito como ciência cultural, porque "o direito é um facto ou fenômeno cultural, isto é, um facto referido a valores" (Idem, p. 45).

Häberle ressalta que o clima de todo o debate acerca da cultura teve reflexo nos trabalhos científicos de muitos outros autores, entre eles, Heidegger (HÄRBELE, 2000, p. 67). Relembramos, igualmente, que a cultura constitui-se elemento decisivo para a compreensão do pensamento de Gadamer a guisa de alavancar a experiência jurídica como experiência hermenêutica a partir de uma situação hermenêutica limitada pela consciência dos fatos históricos que impõe atenção à cotidianidade, que se refere ao modo de existência em que a pre-sença se mantém, como "vive o seu dia", ressalta Heidegger, que insiste em que a cotidianidade não significa a soma de todos os dias, mas o modo de existência que domina a pre-sença, que lançada *enquanto ser-no-mundo* existe *a partir da herança* que ela, enquanto lançada, *assume* (HEIDEGGER, 2005, p. 173 e 189).

Assim, pois, os textos jurídicos carregam – ou pelo menos devem carregar – o peso da infraestrutura cultural. Portanto, possuem e cobram seu próprio peso que deve ser aferido contextualmente. É exatamente por isso que Häberle concebe a interpretação, longe de se constituir um processo de passiva subsunção, como um processo aberto. Aberto porque enseja uma vinculação à contextualidade (HÄBERLE, 1998, p. 71) e não apenas ao texto, mas porque igualmente enseja a ampliação do elenco dos intérpretes que, em sentido amplo, colocaria todos aqueles que de alguma forma participassem da práxis numa sociedade aberta e não apenas os intérpretes oficiais do texto (HÄBERLE, 1997, p. 30 – 31).

Significa dizer, nessa linha, que a constituição deve ser entendida para além do texto, "en un entorno de requisitos de compreensión y precompreensión que tan solo se puede reconocer em toda su envergadura si se contempla desde la perspectiva de la Teoria de la Constitución como ciencia de la cultura" (HÄBERLE, 2000, p. 23). É sob o manto desse especial aspecto de nossa compreensão (de se encontrar vinculada a uma pré-compreensão) que o conceito de cultura se apresenta imbricado ao direito quando se completa com as ideias cotidianas de fatos e definições sociológicos e antropológicos, que são aferidas recorrendo-se a aspectos ligados à tradição, mas também à transformação e à diversidade. Esses aspectos que compõem a definição de cultura são assim sintetizados por Häberle: "1) <<cultura>> es la mediación de lo que en un momento dado fue (aspecto tradicional); 2) <<cultura>> es el ulterior desarollo de lo que ya fue en su momento, y que se aplica incluso a la transformación social (aspecto innovador); 3) <<cultura>> no es siempre sinónimo de <<cultura>>, lo cual significa que un mismo grupo humano puede desarrollar simultáneamente diferentes culturas (aspecto pluralista de la cultura)" (Idem, p. 26). A partir daí, Häberle se mostra convencido da necessidade de se recorrer a esses parâmetros para resolver sem problemas a operatividade da constituição. Nas suas palavras: Aqui lo realmente relevante es comprender que toda cultura existente en un determinado grupo siempre ostentará de una forma más o menos destacada cada uno de los susodichos aspcectos. Sólo mediante esta manera de comprender el <<concepto de cultura>> de forma tan diferenciada y disciplinada, que distingue entre los polos variables y los múltiples niveles existentes en función de cada uno de sus respectivos contextos jurídicos, se logrará cumplir con la <<tarea>> propia del jurista y de la Ciencia jurídica, a saber, la de limitarse a crear mediante su correspondiente sistema normativo (que aquí por otra parte es uno de los componentes culturales), un marco coherente en donde pueda desarrollarse la cultura del respectivo grupo político. La cultura así entendida en un sentido mucho más amplio forma el *contexto de todo texto legal* y de toda acción relevante jurídicamente significativa dentro del Estado constitucional. (Idem, ibidem – os destaques são nossos).

Assim, o texto constitucional deixa de ser apenas um texto jurídico, que interessa apenas aos juristas, para ser compreendido como expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um meio de autorrepresentação própria de todo o povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos, uma constituição de *letra viva*, entendendo por letra viva aquela cujo

resultado é obra de todos os intérpretes da sociedade aberta, prossegue Häberle, que inteiramente convencido de que o aspecto jurídico (o texto) representa apenas uma dimensão da constituição como cultura, registra que ele (o texto) não se constitui garantia de realização do Estado constitucional[1], pelo que insiste em que os textos constitucionais necessitam ser literalmente "cultivados"[2] para que desvelem a autêntica constituição, o que ocorre quando seus intérpretes "*codecidem* las cuestiones materiales o de fondo subyacentes a los textos jurídicos y a sus respectivos contextos siempre en su más profundo sentido, asumiendo y llevando así a la prática los propios procesos del desarrollo constitucional, actualizar los elementos, factores, momentos y objetos realmente efectivos..." (HÄBERLE, 2000, p. 39).

A consciência de que o direito é fator de expressão cultural assume papel decisivo no processo jurídico decisório. A todo instante os juristas são chamados a assumir e pôr em relevo as "cristalizações culturais subjacentes" que consubstanciam o repositório de configurações culturais, experiências, viveres, saberes, enfim, as raízes, o *ethos* pessoal e coletivo e sua íntima imbricação com as estruturas políticas, sociais e econômicas. É nessa contextura que é alavancada a pré-compreensão que se vê limitada no tempo e no espaço por esse fundo material que compõe o contexto cultural subjacente a toda constituição. Daí porque Häberle se mostra convencido de que os intérpretes da constituição não podem desconsiderar as especificidades culturais que podem tingir ou colorir de maneira diferente o mesmo texto, do mesmo modo que toda modificação ou transformação cultural termina também por tingir a própria interpretação constitucional, de tal sorte que o desenvolvimento constitucional depende, com mais intensidade, das "cristalizações culturais" do que da própria hermenêutica constitucional (Idem, p. 45 – 47, *passim*).

As *cristalizações culturais* tornam-se evidentes e relevantes quando se considera o debate em torno de interesses de uma variada gama de partícipes do processo cultural como partidos políticos, sindicatos, associações religiosas, culturais, científicas etc, voltado para a salvaguarda de conteúdos materiais que revelam um complexo processo plural para vincular esses conteúdos aos elementos texto-estruturais da constituição. Esse processo vetoriza e coloca em dependência os elementos

[1] Essa constatação tem sido plenamente mostrada quando se depara com respostas para as seguintes questões: Existe realmente consenso no nível da constituição? Existe realmente equivalência entre o texto escrito da constituição e a cultura política do respectivo povo? Os artigos da constituição especificamente identificados com a cultura gozam efetivamente de eficácia a ponto de permitir que o cidadão se sinta identificado com ela? (Häberle, 2000, p. 35).
[2] Häberle informa que o étimo, como sustantivo, "cultura" procede do verbo latino *cultivare* (idem, ibidem).

texto-estruturais e o contexto-cultural ensejando o desenvolvimento, a interpretação e a própria modificação da constituição. Nesse processo, Häberle destaca a atuação da ciência jurídica, especialmente a Teoria da Constituição que, "en sua calidad de asesora mediante sugerencias y propuestas de mejora y de desarrollo constituconal, constituyéndose así en uno de los elementos culturales essenciales", apresenta-se, como ciência cultural e também integracionista na medida em que "integra los distintos elementos filosóficos-sociales con los científicos-normativos", não raro tão dicotomizados na experiência constitucional. E por isso ele preconiza que a constituição não se reduza a um mero ordenamento jurídico susceptível apenas de ser corretamente interpretados pelos juristas, mas que se constitua um fio condutor para uso de todo cidadão leigo, o que somente poderá acontecer se a constituição puder ser compreendida como "expresión viva de un *status quo* cultural ya logrado que se halla en permanente evolución, un médio por el que el pueblo pueda encontrarse a si mismo a través de su propia cultura; Constitución es, finalmente, fiel espejo de herencia cultural y fundamento de toda esperanza" (Idem, p. 51, 72 e 145, *passim*).

É, sem dúvida, no âmbito da experiência democrática, que uma verdade sem pretensão universal, mais erigida no espaço democrático da constituição aberta e sob a consciência da diversidade cultural, portanto contextual, que se viabiliza o rechaço de uma pretensão fundamentalista de verdade universal do tipo "isto é porque é". Atento a isso Häberle registra: "O *protótipo* do Estado constitucional, ou respectivamente, da democracia pluralista se apresenta hoje como o mais bem sucedido modelo antogônico (certamente ainda carente de reformas) ao Estado totalitário de qualquer couleur e a todas as pretensões fundamentalistas de verdade, aos monopólios de informação e às ideologias imutáveis. Assim ele se caracteriza exatamente pelo fato de *não* estar em posse de verdades eternas pré-constituídas, mas sim de ser predestinado apenas a uma mera *busca* da verdade. Ele se fundamenta sobre <<verdades>> provisórias, revidáveis, as quais ele, a princípio, acolhe no plural e não no singular e também não as <<decreta>> (HÄBERLE, 2008, p. 105).

Se estamos em busca de respostas corretas para o direito para assegurar eficácia ao princípio dignitário, as condições culturais da verdade devem inequivocamente ser consideradas. Elas revelam o *lucus* onde a verdade deve ser construída e projetam-se, segundo Häberle, sobre dois aspectos. O primeiro, material, que evoca a herança cultural da humanidade, que assegurando conteúdo às

liberdades de manifestação (religião [crença], arte e ciência), cria razão ou razões para a condição humana dos indivíduos. O segundo, de natureza formal, revela, tal qual o primeiro, a importância do espaço democrático criado pelo Estado constitucional, e projeta-se para garantia dos direitos fundamentais, assegurando, dessa forma, uma relação mais próxima com aquelas liberdades de manifestação e exprimindo, desde aí, o sentido da constituição como cultura, e vai mais além para garantir que o Estado não seja uma verdade evidentemente pré-constituída ou domine todas as formas de conhecimento, de concepção de vida, enrijecendo a verdade como se se pudesse buscá-la num espaço originário da natureza ou num espaço sem cultura. São as chamadas cláusulas de pluralismo constituidoras da vida política, social e econômica, registra, ainda naquele contexto, Häberle (Idem, p. 111 e 126, *passim*).

A herança cultural da humanidade vai servir de blindagem ao acontecer da verdade. Mesmo considerando-se como inerente ao Estado de Direito Democrático o princípio do pluralismo, o princípio da tolerância ou o princípio da diversidade, a verdade histórica não é, todavia, questão de opinião. Não se pode dizer que o holocausto ou a escravidão não existiram! Mas é preciso ter em mente que os fatos históricos, do mesmo modo que os textos jurídicos, apresentam-se carregados de sentido. E perguntar pelo sentido, a fim de perquirir a justificação de uma resposta, é se posicionar em direção à cultura, em direção à liberdade de cultura e à cultura da liberdade que exigem, a todo modo, atenção a limites (com)textuais na atuação do intérprete, como os vazados na garantia dos direitos fundamentais, como pontua Häberle (Idem, p. 126) e na observância das cláusulas de pluralismo que impõem vedação de retrocessos, expurgação de excessos ou garantia de mínimo existencial assegurando suficiente e adequada proteção a bens jurídicos.

Enfim, é preciso ter redobrada atenção à propagada circunstância e lembrada por Häberle de que "a maioria não é prova de direito", o que conclama um confronto entre maioria e verdade apontando para que "a obrigatoriedade normativa é causada pela maioria e não pela verdade", o que, prossegue ele, "ignora a aplicação diferenciada do princípio da maioria no Estado constitucional nos diferentes âmbitos da vida humana como, por exemplo, através da proteção especial às minorias e do consenso fundamental proporcionado pelos direitos fundamentais" (Idem, p. 114).

## 2. O fio condutor da hermenêutica da dignidade reclamada pelo Direito Constitucional

Nessa linha de raciocínio, para o Estado Democrático de Direito a verdade é um valor cultural. Häberle está convencido de que isso não implica num relativismo universal, "pois a dignidade da pessoa humana, compreendida como uma <<premissa cultural antropológica>> do Estado constitucional, e a democracia liberal, interpretada como a sua <<consequência organizatória>>, têm valores fundamentais por base se as colocamos apenas no plano teórico-consensual de construções recíprocas...". Esses valores fundamentais constituem toda uma principiologia da dignidade constituidora de limites contra o autoritarismo (o Estado totalitário) e garantidora da continuidade da democracia que irradia efeitos vinculantes até mesmo ao legislador constituinte, como acertadamente admite Häberle (Idem, p. 106–107), e, portanto, reveladora da conformação que deve haver entre a constituição, o tempo e os direitos, que deveria servir de pano de fundo para o exame de questões controvertidas, mas que em defesa de outros níveis de argumentação tem sido relevada tanto pelo constituinte derivado como pela jurisprudência[3].

Ser é tempo, lembra sempre Heidegger. A conformação dos direitos das pessoas com o direito deve projetar-se num certo tempo onde os conteúdos da constituição que apontam para ideais, objetivos, direções, sentidos, finalidades etc, são passíveis de conformação política a fim de que se introjetem no cotidiano. Esse processo de conformação política da constituição viceja com bastante intensidade em Estados democráticos e pluralistas e requer a compreensão que dentro da constituição há espaços para se ocupar de diferentes formas, o que requer a atuação dos mais variados atores, não se limitando a atividade vinculada à chamada *política constitucional* à atuação

[3] Efetivamente, um rápido exame das emendas à Constituição brasileira revela, em sua maioria, que estão voltadas para suprimir direitos, sejam assegurados pelo texto orignário, sejam aqueles que integram o patrimônio sócio-histórico-cultural dos indivíduos e constituem, no dizer de Häberle a "premissa cultural-antropológica" que imprime conteúdo material à dignidade da pessoa humana. Um bom exemplo disso pode ser verificado no angustiante problema da tributação dos proventos dos servidores inativos. A sinalização da jurisprudência da Suprema Corte no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade da tributação ensejou, de plano, a atuação do constituinte derivado para estabelecer o caráter atuarial do regime previdenciário dos servidores, com inclusão dos inativos, o que, de sua parte, propiciou o redirecionamento da racionalidade no âmbito do STF, para assegurar, inclusive, a tributação daqueles que já haviam se aposentado antes da edição da emenda constitucional, sob o argumento de que não prospera a invocação de direito adquirido em face da Constituição. E para os servidores ativos, preponderou, entre outros níveis de racionalidade, o apelo ao princípio da inexistência de direito adquirido a regime jurídico (ADI 2.010-2/DF, Rel. Min. Celso Mello e ADI 3.105-8/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, disponíveis em www.stf.jus.br ) quando está em causa a supressão ou modificação de direitos tradicionalmente incorporados ao patrimônio histórico-cultural. A decisão da Suprema Corte palmilha o caminho de que há causa justa para a tributação dos servidores aposentados a fim de garantir o equilíbrio atuarial do regime previdenciário dos servidores, num apelo ao princípio da reserva do possível, quando não se poderia exigir do Estado o impossível, ou seja, custear as aposentadorias num sistema atuarial sem a devida contrapartida, sobremodo diante da situação deficitária apresentada pelo regime. Uma vez mais, o perecimento de direitos encontra causa na equação que se pretende impingir à relação *meios – fins*.

do legislador, dos órgãos do executivo ou do judiciário, mas à dos partidos políticos, das instituições de classe (destaque na realidade brasileira para a Ordem dos Advogados do Brasil), das associações diversas, inclusive de natureza não governamental, sem falar na importância da atuação da doutrina no afã de divisar caminhos ao declarado escopo. É nessa contextura que Carbonell enfrenta o lugar da *política constitucional* chamando a atenção para o fenômeno da *constitucionalização do ordenamento jurídico*, pois, o implemento da política constitucional promove uma estreita relação da constituição com o resto do ordenamento jurídico e com os sujeitos encarregados de concretizá-los (CARBONELL, 2008, p. 50). Carbonell apoia-se na lição de Guastini para quem "um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário; a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais" (GUASTINI, 2003, p. 153), e convencido de que a abertura constitucional daí decorrente não enfraquece a força normativa da constituição, já que "a força do passado não pode ser tal que nos impeça de modificar o texto constitucional conforme as necessidades do presente", adverte para um falseamento da realidade que adviria "se a Constituição for apresentada como uma ruptura entre o passado e o presente, como um divisor de águas fundacional, em que uma geração, partindo do zero, impõe as bases da convivência social (isto é, se se optar por uma ótica revolucionária, muito comumente observada nos discursos constitucionais oficiais na América Latina), ou, então, se a compreenderem como um seguimento das "leis naturais da história", expressão do costume e do "ser" do "organismo social" (tal qual feito pelos movimentos conservadores do passado, principalmente durante o século XIX)... Um sistema constitucional não é, nem pode ser, na prática, somente revolução ou somente tradição, embora, às vezes, isso seja esquecido pelos defensores de um ou outro ponto de vista" (CARBONELL, 2008, p. 46 – 47, *passim*).

Häberle pondera, todavia, no sentido de que "a imposição jurídica desse limite só poderá vingar quando o Estado constitucional investir na *educação* de seus (jovens) cidadãos e quando ele possuir elementos de uma imagem da pessoa humana, os quais são compatíveis com o postulado da *busca* da verdade no contexto de seus valores básicos" (HÄBERLE, 2008, p. 107 – destaques do original). Com efeito, o conhecimento dos múltiplos aspectos da mundividência aparece como um dado relevante para o alcance da verdade. Significa dizer que se queremos respostas corretamente

justificadas de nossos juízes, eles devem estar muito bem preparados para tanto. Não se está, aqui, a defender a clarividência de um juiz Hércules, mas que haja uma preparação razoável e adequada nas faculdades de direito e escolas da magistratura, o que exige de nós, enquanto cientistas teóricos do direito, uma séria reflexão quando considerarmos o baixo desempenho da jurisdição diante do dever democrático de fundamentar as decisões. Afinal, os juízes foram, são ou serão nossos alunos... É, de fato, se quisermos levar a sério uma hermenêutica da dignidade, o Direito Constitucional deve ser levado a sério...

Contudo, a decisão judicial advinda sob o enfoque de uma abertura contextual, na linha do que aqui restou exposto, não restaria carregada de um subjetivismo tamanho? Ou indagando de outro modo: o texto jurídico, como horizonte de sentido, ao ensejar a norma como produto de sua interpretação erigida a partir de uma contextualidade sob o influxo da participação dos mais variados intérpretes, não faria emergir uma carga de relativismo a ponto de por em xeque a interpretação do direito que, como questiona Streck (2004c, p.132), não se veria reduzida a um *decisionalismo irracionalista* ou a um *direito alternativo tardio?*

É preciso levar a sério o texto em sua pretensão de verdade. Mas, convém não esquecer, a experiência hermenêutica é experiência da própria historicidade. Assim, o que o texto expressa não é somente aquilo que nele se tornou expresso, mas o que ele quer dizer sem se tornar expresso, aquilo que precisa ser desvelado. Segundo Gadamer (2003a, p. 589) "O caráter de linguagem desse vir à palavra é o mesmo que o da experiência humana de mundo como tal". Ele prossegue afirmando que "cada palavra faz ressoar o conjunto da língua a que pertence, e deixa aparecer o conjunto da concepção de mundo que lhe subjaz. Por isso, como acontecer de seu momento, cada palavra deixa que se torne presente também o não-dito, ao qual se refere respondendo e indicando" (GADAMER, Idem, p. 591).

É exatamente aí, nessa experiência de mundo que se dá por meio da linguagem, onde a articulação do *logos* permite que venha à fala o ente e sua verdade. Porém, noutro momento esclarece Gadamer, "a verdade contida no *logos* não é a verdade da mera recepção (*noein*), não consiste simplesmente em deixar o ser aparecer, mas coloca o ser sempre numa determinada perspectiva, reconhecendo e atribuindo-lhe *algo,* o que sustenta a verdade (e é claro também a não-verdade) não é a palavra (*onoma*) mas o *logos*" (Idem, p. 533).

Deveras, a atribuição de sentido faz com que as experiências que nós fazemos com a verdade estejam inseridas na nossa tradição, no dizer de Streck (2004, p. 1340) "na conversação anterior que nós realizamos constantemente com nós mesmos e com os outros". E, aqueles que sustentam o relativismo de uma hermenêutica de conformação filosófica o fazem, como sustenta congruentemente Streck com apoio em Grondin, sob o pressuposto de que... poderia existir para os humanos uma verdade sem o horizonte dessa conversação, isto é, uma verdade absoluta ou desligada de nossos questionamentos. Como se alcança uma verdade absoluta e não mais discutível? Isto nunca foi mostrado de forma satisfatória. No máximo, *ex-negativo*: essa verdade deveria ser não-finita, não-temporal, incondicional, insubstituível, etc. Nessas caracterizações chama a atenção a insistente negação da finitude. Com razão pode-se reconhecer nessa negação o movimento básico da metafísica, que é exatamente a superação da temporalidade (STRECK, 2004, p. 134). E Streck prossegue assentando que "numa palavra, e reafirmando o que foi dito anteriormente, Grondin deixa claro que a falta de uma verdade absoluta não significa que não haja verdade alguma". E continua, depois, arrematando com absoluta propriedade: "Como mostram as experiências induvidáveis com a mentira e a falsidade, estamos exigindo constantemente a verdade, isto é, a coerência de um sentido que esteja em concordância com as coisas tal como podemos experimentá-las e para as que se podem mobilizar argumentos, provas, testemunhos e constatações. Negar isto seria uma extravagância sofista. Veja-se, no entanto, que as verdades nas quais podemos participar de fato e as que podemos defender legitimamente não são nem arbitrárias e nem estão asseguradas de maneira absoluta" (STRECK, Idem, Ibidem).

Há, com efeito, uma *verdade contextual* resultante da confrontação do texto com um horizonte humano, que afasta na experiência jurídica a pretensão de univocidade da argumentação matemática. Isso permite, na situação hermenêutica específica, o acontecer da verdade como pretensão de justiça, sim, porque com bastante propriedade lembra Gadamer que "o que é 'justo' é totalmente relativo à situação ética em que nos encontramos. Não se pode afirmar de um modo geral e abstrato quais ações são justas e quais não o são: não existem ações justas em si, independentemente da situação que as reclame" (GADAMER, 2003b, p. 52).

É preciso, todavia, estarmos conscientes de que a busca da verdade contextual no processo jurídico-decisório projeta-se para além do exercício monopolítico da jurisdição, que cede espaço

para a atuação de vários atores sociais, nos trilhos de uma análise neo-instituticionalista do direito de matiz nitidamente (ainda) dirigente, ainda que sob a nova conformação pretendida por Canotilho sob o pálio da utilização de instrumentos de *direcção*[4]. O direito passaria, como sustenta o mestre português, a dar centralidade regulativa aos sistemas de interação sociais (direito, política, economia) com atores individuais ou coletivos que atuam sob formas institucionalizadas de cooperação e de comunicação. Os instrumentos de *direcção* atuam como densificadores das normas de *direcção* constitucionais: *guide-lines* de boas práticas, mecanismos de *governace* e de *accountability*, *standards* possibilitarores de controle, etc. E Canotilho está convencido de que "se o direito constitucional quiser continuar a ser um instrumento de direcção e, ao mesmo tempo, reclamar a indeclinável função de ordenação material, só tem a ganhar se introduzir nos seus procedimentos metódicos de concretização os esquemas reguladores e de direcção oriundos de outros campos do saber (economia, teoria da regulação)" (CANOTILHO, 2008, p. 11).

## 3. Contextualizar na diversidade

Não se pode falar – sem que o façamos com extrema dificuldade e apoiando-se em ações e projetos de inclusão que, ainda que se apresentem válidos, não alcançam seja quantitativamente, seja qualitativamente, os resultados – de uma homogeneidade social relativa. A homogeneidade social relativa é – no atual estágio da humanidade – um ideal teórico que está longe de justificar uma verdade uníssona vazada na tese da (única) resposta certa. Decorre, desde aí, aliás, a dificuldade de validar a teoria do discurso habermasiana em Estados periféricos, o que, naturalmente, não a invalida como projeto teórico. Com efeito, o acordo de conteúdos vazados numa Constituição não possui o condão de tornar concernidos todos os indivíduos da comunidade a participar dialogicamente das tomadas de decisão. Isso por uma razão muito simples: é gritante o nível de exclusão e, portanto, de desigualdade e a igualdade dos concernidos é condição de validade para criação do espaço público a fim de ensejar o agir comunicativo pretendido por Habermas[5]. Daí o acerto da opinião de Kozicki que não enxerga como a integridade como prática jurídica e política,

[4] Optamos por usar a grafia portuguesa para exprimir melhor o sentido.
[5] Conferir HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa,* vol. 1, Madrid: Taurus Humanidades, 1999 e *Ciências Sociais Reconstrutivas versus Ciências Sociais Compreensivas*. In: *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

tal qual proposta por Dworkin[6], possa combinar os objetivos comunais e os interesses individuais, ou o desacordo sobre princípios políticos e consenso necessário para a legitimação política, quando é certo que "o sentido da eqüidade como prática política, não é capaz de fornecer um ideário neutro acerca de como equacionar objetivos distintos, visões de mundo distintas, sem que se comprometa o consenso necessário para a existência da comunidade" (KOZICKI, 2001, p. 53-54, *passim* ).

Longe do ideal da homogeneidade, vivem as experiências estatais periféricas sob o império da heterogeneidade social grassada não apenas pela concreta falta de *igualdade de bem-estar*, como pela ilusória *igualdade de recursos* (acessos e meios) a todos assegurada. As matrizes teoréticas de cunho liberal-capitalista se contentam, com efeito, com uma distribuição igualitária amparada em igualdade de recursos. Nesse sentido, Dworkin sustenta que a igualdade de recursos "oferece uma definição da igualdade distributiva imediata e obviamente sensível ao caráter especial e à importância da liberdade. Ela faz com que a distribuição igualitária não dependa exclusivamente dos resultados que possam ser avaliados de maneira direta, como preferência-satisfação, mas em um processo de decisões coordenadas no qual as pessoas que assumem responsabilidades por suas próprias aspirações e projetos, e que aceitam, como parte dessa responsabilidade, que pertencem a uma comunidade de igual consideração, possam identificar o verdadeiro preço de seus planos para as outras pessoas e, assim, elaborar e reelaborar esses planos de modo que utilizem somente sua justa parcela dos recursos em princípio disponíveis para todos" (DWORKIN, 2005, p. 160).

É realmente ilusão pensar que aqueles mais afortunados, enquadrados nas classes dominantes e detentoras do poder e meios de produção, assumam a postura moralmente reflexiva sustentada por Dworkin a ponto de realinharem suas aspirações e seus projetos para que, limitando sua liberdade, se contentem em fazer uso de menos meios, de menos recursos dentre aqueles que estão disponíveis a todos. Na experiência brasileira, o que se vê é exatamente o contrário: pessoas irresignadas com limitação a direitos voltados para a satisfação básicas do bem-estar, como a educação, por exemplo, procuram tutela jurisdicional para, afastando o critério de limitação da

[6] Integridade e coerência são os critérios erigidos por Dworkin para sustentar a tese da (única) resposta certa para o direito, que se justificaria numa comunidade de princípios onde a igualdade fosse guindada à virtude soberana, pressupondo, portanto, homogeneidade relativa. Conferir in: DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2002 e *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

liberdade em defesa da igualdade de recursos, assegurarem vagas em universidades públicas sob o argumento de que o fato de terem outras pessoas cursado o ensino fundamental e médio em escolas públicas não pode constituir critério de discrímen válido diante do princípio da igualdade.[7] Nesse mesmo sentido pode-se referir aos fatos recentemente noticiados que empresas de transportes coletivos orientam os motoristas para não garantirem o direito dos idosos à passagem gratuita. Por certo o balizamento dessa ação passa pelo argumento de que está presente uma indevida ingerência do Estado na atividade econômica, impondo limitação indevida às aspirações e projetos de lucros. E por que não referir, ainda, ao desacerto entre idosos e planos de saúde privados quanto ao reajustamento dos preços e alteração de valor diante de mudança etária? São apenas alguns exemplos, dentre tantos.

Essas controvérsias estão a exigir de nós, juristas, sobretudo do Poder Judiciário, uma interpretação diferenciada – não como pretende Dworkin para quem as limitações da liberdade, nem sempre, proporcionam aumento de igualdade de recursos que estaria a depender "da adequação do processo de discussão e escolha que oferece para essa finalidade", sendo "necessário um grau substancial de liberdade para que tal processo seja adequado" (DWORKIN, 2005, p. 160 – 161, *passim*) – mas de uma interpretação lastreada numa ampla compreensão da consciência histórico-efectual que revela, isso sim, a heterogeneidade e a (des)contextualização das democracias

[7] O acórdão seguinte revela um nível de argumentação sob o influxo de diretriz nitidamente liberal-capitalista para afastar a política de inclusão adotada pela universidade ao entendimento de que o discrímen não seria a desigualdade, mas a circunstância de que o ensino público é deficiente e que alunos obtêm bolsas para frequentar escolas privadas, o que invalidaria a política de cotas. Parece, efetivamente, que aquilo que o julgado chama de causa é, na verdade, consequência da desigualdade. De qualquer sorte, a decisão opta por validar políticas públicas deficitárias no âmbito da educação que revelam o insucesso e frustração das promessas constitucionais em detrimento de um direito. Vale conferir a ementa do julgado: "ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. PROGRAMA DE AÇÃO AFIRMATIVA DE INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA - PAAES. 1. A conseqüência do acolhimento da tese de inconstitucionalidade do Programa de Ação Afirmativa de Ingresso no Ensino Superior da Universidade Federal de Uberlândia seria a extinção do PAAES, com a integração de suas vagas à ampla concorrência, e não a inclusão dos impetrantes, alunos de escola privada, no universo dos beneficiados pela questionada reserva de vagas em favor dos alunos de escolas públicas. 2. A reserva de vagas de ensino superior em favor de candidatos oriundos de escolas públicas tem como objetivo a mitigação da desigualdade de ensino em desfavor de alunos que, devido a suas condições econômicas, não puderam custear escola na rede particular. A triste premissa do sistema de cotas é a de que a rede pública de ensino fundamental e médio apresenta, em regra, nível de ensino mais fraco e, portanto, os alunos dela oriundos não têm condições de competir em igualdade com os provenientes da rede particular. Assim, o fator que justifica a discriminação em favor dos alunos da rede pública no vestibular não é, diretamente, a carência econômica, mas terem cursado o ensino médio e fundamental na rede pública. Se estudaram em escolas particulares, mesmo sem nada pagar, por terem conseguido bolsa integral, não se lhes aplica o motivo que levou à adoção do sistema de cotas. 3. Apelação da UFU e remessa providas." (AC 2008.38.03.009701-5/MG, Rel. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJ de 26/10/2009). A Suprema Corte validou recentemente o sistema de cotas adotado pelas universidades públicas imprimindo relevância ao princípio da igualdade.

modernas, sobremodo as periféricas que contemplam contextos sociais variados e díspares sobretudo nos planos econômico, cultural, educacional, algumas delas, notadamente as de grande extensão territorial, como o Brasil, com profundas diferenças regionais em decorrência. Não seria, sem dúvida, uma decisão contextualizada determinar que o Estado forneça remédio para dor abdominal a cidadãos residentes na Barra da Tijuca, no Rio de Janeiro, que podem facilmente diagnosticar a causa e dispor de meios e recursos para curá-la. Todavia, a condenação do Estado a ofertar medicamentos para dores abdominais às populações ribeirinhas do Amazonas, ressalta como decisão absolutamente erigida sob um contexto que expressa a consciência histórico-efectual da situação hermenêutica a partir da qual foi deslanchada, diametralmente oposto àquele que ensejou a cogitada decisão na primeira hipótese.

É preciso perceber, ainda, que nas sociedades periféricas, os níveis de exclusão não permitem a criação do espaço público adequado para o desenvolvimento do processo de discussão e escolha que pressupõe, sem dúvida, igualdade. É que, a lição já foi tantas vezes proclamada: *só se é livre quando todos são livres.* Dito de uma maneira mais expressiva, o idealizado processo de adequação e escolha para aproximar uma sociedade desigual, rumo a uma sociedade mais igual, estaria a exigir antes da liberdade, tida como fundamental por Dworkin, um grau substancial de igualdade, isso sim.[8]

A atenção à heterogeneidade social exige, ao contrário do que afirma Dworkin, que a distribuição igualitária esteja atenta, voltada para, e dependa dos resultados de satisfação almejados pela igualdade de bem-estar e inteiramente voltados para a inclusão.

[8] Impende registrar, contudo, que não obstante tente afastar a pugna entre *liberdade x igualdade* sob o influxo da concepção da *igual consideração* que opta pela *igualdade de recursos* como o meio para imprimir norte às ações a serem tomadas no processo de adequação e escolha, Dworkin valida o caminho das ações afirmativas ao declarado escopo e insiste em várias oportunidades sobre a validade do sistema de cotas (DWORKIN, 1999, p. 424 e segs; DWORKIN, 2001, p. 437 e segs; DWORKIN, 2002, p. 343 e segs; e DWORKIN, 2005, p. 543 e segs). Todavia, e isso raramente tem se percebido, ao fazê-lo, na linha de coerência de seu pensamento, busca justificação decisiva na liberdade e não na igualdade, pois o regime de cotas apenas se valida se passar pelo processo de decisões coordenadas no qual as pessoas assumem responsabilidades por suas próprias aspirações e projetos, e aceitam, como parte dessa responsabilidade, que pertencem a uma comunidade de igual consideração, ainda que essa constatação seja aferida pelo exercício da jurisdição, quando, então, os juízes não teriam autoridade para emitir seus próprios juízos políticos estratégicos desconsiderando o saber coletivo dos especialistas, bem como não teriam, igualmente, autoridade para empregar a Constituição para proteger esses juízos estratégicos contra todas as refutações (DWORKIN, 2005, p. 579, ver, inclusive, nota de rodapé nº 33).

É aqui, sob o pálio de heterogeneidade, que a igualdade – não a igualdade virtuosa de uma homogeneidade comunitária ideal e portanto concretamente inexistente – pode servir de virtude para a verdade, não a inapropriada verdade unificante de uma (única) resposta certa que tem o direito como *pressuposto invariante* (BAPTISTA DA SILVA, 2009, p. 27), mas a verdade contextual, como condição de possibilidade, que pode acontecer com a decisão judicial, que deverá ser enfrentada, sob esse prisma, num patamar contextual concretizador.

Realmente tem razão Streck quando assentando que é nos princípios que se institucionalizou a moral, compreendida como o "ideal de vida boa" da sociedade (demandando, por isso, um Estado que deixa de ser "inimigo", para ser "amigo dos direitos fundamentais"), registra que "falar de princípios significa: o direito passa a cuidar do mundo prático; a faticidade penetra no território jurídico antes inacessível face às barreiras opostas pelo positivismo. (...) E a moral deixa de ser autônoma-corretiva, para se tornar co-originária ao (e com o) direito." Ela se institucionaliza, assim, por meio da faticidade, "mas sem servir de instrumento para legitimar a busca de valores escondidos debaixo dos textos jurídicos" ou dizendo de outra maneira, essa institucionalização ocorre não sob o obséquio de um elemento formal, traduzível por regras de argumentação, por exemplo, como se fosse um caminho para algo, antes ela acontece na dimensão pré-compreensiva do mundo prático, que "ocorre em uma totalidade de nossa realidade, a partir da conjunção de múltiplos aspectos existenciais, que fazem parte de nossa experiência (faticidade, modo-de-ser-no-mundo) e são, portanto, elementos a que temos acesso mediante o esforço fenomenológico da explicitação" (STRECK, 2009, p. 172 -177, *passim* ).

## Para concluir

Recordando Ortega quando afirmava que não existe uma realidade "enquanto tal", nem um "ser enquanto ser", e que o ser emerge como uma resposta ao homem que pergunta por ele, Saldanha registra com bastante precisão que "a ordem se torna inteligível a partir do modo como os homens a veem, quer se trate da ordem 'natural', quer das formas de ordem social." Por isso, o jus-filósofo pernambucano conclama para "a responsabilidade dos pensadores e estudiosos que analisam as estruturas da história, as do poder, as do direito" (SALDANHA, 2003, *in* nota à segunda edição). E Saldanha prossegue em sua reflexão registrando, com enorme convicção, que "como o ser

'é ser' em função do pensar que o afirma, assim ocorre com a ordem: só que a ordem é um problema da vida, não apenas um objeto do pensar." (Idem, p. 103) A ordem jurídica, como um plano ou faixa da ordem social "se conexiona com a história das formas assumidas pela organização exterior da convivência humana" (Idem, p. 241). Daí porque não pode ser reduzida à prescrição de comandos, ou seja, apenas ao texto legal, mas compreendida na iteratividade desse com as estruturas de vida onde o homem desenvolve os mais variados papéis.

A lição de Saldanha volta-se para mostrar que se em um primeiro nível a ordem, enquanto texto que diz algo, encontra-se carregada de significados e o seu cumprimento [ou violação] confirma suas significações, mas, por outro lado, divisar tais significações comporta uma atitude compreensível do que se mostra inteligível no plano concreto e por isso o sistema jurídico constitui uma ordem, tal qual o sistema político e econômico, na medida em que é compreensível e interpretável em direção ao concreto; isto é, a uma aplicação, que nem sempre coincide com os seus significados.

O que estamos sustentando com as reflexões submetidas neste artigo é que o Direito Constitucional não pode ser compreendido, ensinado, aprendido, trabalhado apenas como ordem jurídica. Uma constituição, com efeito, constitui um texto carregado de significações. Apenas um viés hermenêutico, com feição nitidamente filosófica, mostra-se capaz de desvelar a compreensão desses significados a partir de uma pré-compreensão alçada na condição de que somos seres lançados num contexto sócio-político e econômico onde a consciência dos efeitos da história a partir da faticidade, da cotidianidade, da singularidade da situação concreta, pode descortinar o horizonte de sentido capaz de permitir que o texto se torne compreensivo ensejando o acontecer de uma verdade contextual vazada em respostas corretamente justificadas.

Por esse caminho, a Constituição, enquanto ordem jurídica, deve ser compreendida e, mais que isso, pré-compreendida a partir de uma contextualização divisada na singularidade da situação hermenêutica concreta onde o princípio dignitário deve sempre servir de norte em busca de respostas corretamente justificadas, e o Direito Constitucional se apresenta como fio condutor da hermenêutica da dignidade, ou seja, de uma hermenêutica voltada para garantia da principiologia constitucional que guarnece o princípio da dignidade da pessoa humana.

## Referências

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Epistemologia das Ciências Culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção:* o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da "constituição social"). In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 05/11/2008.

CARBONELL, Miguel. A Constituição no Tempo: uma reflexão. In: *Revista de Direito do Estado – RDE*, ano 3, nº. 12. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 2008.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma Questão de Princípio***.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Levando os Direitos a Sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2002

_____. *A virtude soberana*: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. (2003a). *Verdade e Método I*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**.** Petrópolis, RJ: Vozes.

_____. (2003b) *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.

GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. Trad. e Apres. de Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de la Teoria Constitucional*. México, DF: Fontamara, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. *Libertad, igualdad, fraternidad*. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid: Trota, 1998.

_____. *Teoria de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

_____. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional***.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado.* São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo***.** vol. II. Petrópolis: Vozes, 2005.

KOZICKI, Katya. Existe uma resposta certa para o direito e a democracia? Repensando as relações entre o direito e a política a partir da teoria de Ronald Dworkin. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, vol. 24, nº. 54. Porto Alegre: PGE, 2001.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito***.** Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Bem Jurídico e Constituição. Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXX, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2004.

_____. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009**.**