

4 A SUBJETIVIDADE DA OBRA DE ARTE

4.1 A FUNÇÃO ONTOLÓGICA DO BELO. A DESTINAÇÃO DA OBRA DE ARTE AO USO E A INEXISTÊNCIA DE UMA PRIMAZIA HERMENÊUTICA DA *MENS AUCTORIS* EM RELAÇÃO AOS DEMAIS INTÉRPRETES

4.1.1 A função ontológica do belo

A tarefa hermenêutica não pode ser compreendida como a construção de uma ponte para superar a distância, histórica ou humana, entre um espírito e outro. Nesse caso, a experiência da arte estaria fora do âmbito hermenêutico, quando, entre todas as experiências, a experiência da arte é aquela que fala de um modo mais imediato, envolvendo o ser como se distância alguma existisse: todo o encontro com uma obra de arte é um encontro consigo mesmo.³⁸⁶

Com efeito, entre a obra de arte e aquele que a contempla há uma espécie de simultaneidade absoluta. A realidade da obra de arte não é limitada pelo horizonte histórico originário, onde o seu criador e o contemplador eram efetivamente simultâneos. A obra de arte possui sempre seu próprio presente. Em certa medida, mantém sua origem histórica, mas a verdade que expressa não coincide com o que, originariamente, seu criador havia configurado.³⁸⁷

O aspecto hermenêutico possui uma universalidade que abrange a experiência do belo e da arte. A historicidade da existência humana possui a disposição fundamental de, compreendendo-se, mediar consigo mesma, o que significa se relacionar com o todo da experiência do mundo, de modo a ser constituída pela tradição. A tradição não engloba somente textos, mas também formas de vida.³⁸⁸

A especial atualidade da obra de arte consiste em estar sempre aberta para novas integrações. O seu ser mais próprio é sempre aquilo que ela é capaz de dizer, superando qualquer limitação histórica. Seu presente é atemporal. Essa abertura, porém, não significa que não exista uma tarefa de compreensão e que não deva ser investigada sua origem histórica. Por menos que deva a obra de arte ser entendida de um modo histórico, não é

³⁸⁶ Conforme GADAMER, Hans-Georg. *Estética y hermenéutica*. Tradução de António Gómez Ramos. Madrid: Tecnos, 1996, p. 55.

³⁸⁷ Idem, p. 55.

³⁸⁸ O encontro com a arte tem seu lugar dentro do processo de integração, relativo à vida humana situada em meio a tradições. (Idem, pp. 55 – 56).

possível interpretá-la de “qualquer forma”: toda sua abertura e toda a amplitude de jogo das possibilidades de sua interpretação estabelecem pautas do que é adequado.³⁸⁹

A obra de arte é objeto da hermenêutica porque diz algo; e, como algo que diz algo, pertence ao contexto de tudo o que deve ser compreendido. Pelo significado atribuído à experiência da arte e pela própria intenção da obra de arte, ela não é apenas um documento ou registro histórico. A obra de arte diz algo a cada um, como se expressamente se dirigisse a alguém, como algo presente e simultâneo, integrando-se na compreensão que cada um tem de si mesmo.³⁹⁰ Por essa razão, Gadamer diz que o jogo é o modo de ser da própria obra de arte, pois a experiência da arte transforma aquele que a experimenta.³⁹¹

Surgem os nexos objetivos e subjetivos entre o movimento do jogo e a experiência da arte. Objetivamente, o jogo vincula porque todo o jogar é um ser-jogado, na medida em que o próprio jogo produz o movimento que é jogo; conseqüentemente, o movimento do jogo independe da consciência dos jogadores, pelo que, subjetivamente, ao transformar aquele que experimenta a experiência da arte, o que permanece e fica é a própria obra de arte, modo de ser do jogo.³⁹² Em face desses nexos, considerando-se que o sentido de Constituição constitui o sentido do ordenamento jurídico, pode-se afirmar que o nexo existente entre o jogo e a experiência da arte é o mesmo nexo que existe entre o ordenamento jurídico e a Constituição: o ordenamento jurídico é o modo de ser da própria obra de arte, a Constituição.

A Constituição, como obra de arte, está aberta a novas integrações, está aberta à dinâmica e aos problemas de uma sociedade democrática e, por isso, tem algo a dizer. Não é um documento histórico ou mera carta de intenções. A programática e a principiologia constitucional são propostas de *legitimação material* da Constituição. Sua compreensão material exige, por conseguinte, a *materialização* dos fins e tarefas constitucionais.³⁹³

O caráter de atualidade da obra de arte faz com que o intérprete constitucional se depare sempre com algo de estranho, alheio. O familiar não provoca perguntas, não instiga; mas a simultaneidade da obra de arte exige que o intérprete assuma uma postura em face dessa experiência. O sentimento que decorre é de inquietação. Mas, para que seja compreendida a experiência vivida, é preciso disposição para aceitar o alheio, o outro, esse desconhecido. Somente assim é possível reconhecer, na autenticidade própria da obra de arte,

³⁸⁹ Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Estética y hermenéutica**... p. 56.

³⁹⁰ Nesse sentido amplo, a hermenêutica contém a estética, revelando o estranhamento do espírito estranho. Deve ser ressaltado que, revelar o estranho não é apenas reconstruir historicamente o mundo no qual a obra de arte possui o seu significado original, mas justamente perceber o que ela tem a dizer. (Idem, pp. 57, 59 e 60).

³⁹¹ Idem. **Verdade e método I**... pp. 154 – 155.

³⁹² Vide Capítulo 3, item 3.1, *supra*.

³⁹³ Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**... pp. 22 – 23.

aquilo que vem ao encontro. É desse inesperado que surge a pergunta, que é a chave para a abertura do horizonte do próprio intérprete, possibilitando que ouça o outro nas respostas: é o envolvimento pelo diálogo.³⁹⁴

A Constituição não é objeto, não é algo que se opõe ao intérprete como o que deve ser ultrapassado; é, antes, aquilo que os gregos denominavam de *πραγμα*, o que está “embrulhado” na práxis da vida, é algo no qual o intérprete se movimenta e com o qual está relacionado.³⁹⁵

O verdadeiro “enigma” da compreensão da obra de arte é o fato de que, quando se fez simultânea, já era sempre simultânea com o intérprete, como algo que se pretendia verdadeiro. A simultaneidade da obra de arte envolve um problema dialético. O conhecimento histórico não é mera atualização, assim como a compreensão não é mera reconstrução de uma configuração de sentido, ou, como diz Gadamer, “uma interpretação consciente de uma produção inconsciente”.³⁹⁶ O compreender recíproco significa entender-se sobre algo; para tanto, é preciso ouvir o que é dito pela obra de arte, o que não é mais do que compreender algo como algo, compreender a Constituição como Constituição.³⁹⁷

Para Gadamer, a experiência do belo é como a animação de um sentimento vital. Quanto mais se conhece uma obra de arte, mais se pode compreendê-la. O encontro com uma obra de arte é um diálogo fecundo, um perguntar e responder, um ser perguntado e um ter de responder. É um diálogo verdadeiro, de onde algo sai e permanece: a forma como a obra de arte afeta o intérprete é, “de modo enigmático, estremecimiento y desmoronamiento de lo habitual. No es solo el ‘esse eres tu’ que se descubre en un horror alegre y terrible. También nos dice: ‘¡Has de cambiar tu vida!’ ”.³⁹⁸

A função ontológica do belo é justamente a de cobrir o abismo entre o ideal e o real.³⁹⁹ É a de demonstrar que a Constituição, como obra de arte, não é o ideal abstrato de uma

³⁹⁴ Conforme FLICKINGER, Hans-Georg. “Da experiência da arte à hermenêutica filosófica”... pp. 45 – 46.

³⁹⁵ “Esta é uma orientação que, na moderna dominação do mundo, estruturada pela ciência e a técnica nela fundamentada, viu-se empurrada para a margem”. (GADAMER, Hans-Georg. “A filosofia grega e o pensamento moderno”... p. 56).

³⁹⁶ Idem. **Verdade e método II**... p. 70.

³⁹⁷ “Para romper com essa tradição inautêntica, no interior da qual os textos jurídicos constitucionais são hierarquizados e tornados ineficazes, torna-se necessário compreender o sentido de Constituição. Mais do que isto, trata-se de compreender que a especificidade do campo jurídico implica, necessariamente, entendê-lo como mecanismo prático que provoca mudanças na realidade (...), é dizer, a constituição do país é a sua Constituição”. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**... p. 187).

³⁹⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Estética y hermenéutica**... pp. 62 e 193.

³⁹⁹ Idem. **A atualidade do belo**... p. 28.

sociedade, mas o constituir de uma sociedade democrática em face das especificidades de sua história e de seu povo.⁴⁰⁰

O problema central da Constituição dirigente é um problema de “concretização constitucional”, conduzindo ao combate do positivismo por meio de uma radicalização hermenêutica: a Constituição tem sempre como tarefa o real. Daí afirmar Canotilho que uma teoria da Constituição constitucionalmente adequada será formada em um novo círculo hermenêutico: “a Teoria da Constituição fornece elementos e sugestões para a metodologia do direito constitucional; a constituição positiva é um elemento decisivo para o desenvolvimento da teoria da constituição constitucionalmente adequada”.⁴⁰¹

O belo possui a tarefa de lembrar o verdadeiro. O belo é a visibilidade do ideal, é a luz que brilha acima das demais, é a luz da verdade convincente que possui em si mesma sua correção.⁴⁰² Cobrindo o belo o abismo entre o ideal e o real, a noção de Constituição como obra de arte é paradoxal: a Constituição é o resultado de sua interpretação e por isso não é ideal; mas, por ser o resultado de sua interpretação, a Constituição é em si um ideal, pois adequada às condições histórico-sociais de um determinado tempo e de um determinado espaço. Esse constante movimento entre o ideal e o real tiram o caráter de ferramenta ou manual da Constituição. Sua unidade não é uma estrutura previamente preparada, mas uma tarefa a realizar.⁴⁰³

A essência do belo não é uma oposição à realidade. No dizer de Gadamer, é como “uma fiança de que com toda a desordem do real, com todas as imperfeições, maldades, equívocos, unilateralidades, perturbações funestas, (...) o verdadeiro não jaz inalcançável à distância, mas está ao nosso alcance”.⁴⁰⁴ A unidade da obra de arte não é um fechamento àquele que por ela é alcançado. Sua identidade não é garantida por uma definição formalista. Ao revés, precisa ser resgatada pelo intérprete, que deve fazer sua tarefa de construção da obra de arte. É a identidade hermenêutica, portanto, que contribui para a unidade da obra. Aquilo que é identificado pelo intérprete como o que é, dá sentido à obra.⁴⁰⁵

⁴⁰⁰ “Fala-se, por tais razões, a partir de agora, não de qualquer Constituição, nem de qualquer tempo ou lugar. O discurso em andamento fala do Brasil, posteriormente ao seu processo de redemocratização, culminado pela elaboração da Constituição Federal de 1988, reconhecidamente vinculante, compromissória, democrática e dirigente”. (SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**... p. 92).

⁴⁰¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**... pp. 59, 71, 79 e 80.

⁴⁰² Conforme GADAMER, Hans-Georg. **A atualidade do belo**... p. 28.

⁴⁰³ Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. **op. cit.** p. 144.

⁴⁰⁴ GADAMER, Hans-Georg. **op. cit.** p. 28.

⁴⁰⁵ Idem, pp. 41, 42 e 46.

A identidade da Constituição é hermenêutica porque consiste em algo que deve ser compreendido, “que a obra quer ser entendida como algo que ela ‘quer dizer’ ou ‘diz’”.⁴⁰⁶ Essa é a exigência imposta pela obra, exigência que deve ser resgatada pelo intérprete. A resposta só pode ser dada se o intérprete acatar essa exigência;⁴⁰⁷ caso contrário, sua interpretação estará eivada de inconstitucionalidade.

A obra de arte, assim, é predestinada ao reconhecimento, estando sua identidade condicionada a variações e a diferenças. No jogo da arte, e aqui podemos dizer no jogo constitucional, não há separação entre o todo da obra e aquilo a partir do que a obra é vivenciada. Esse jogo reflexivo é exigência da obra como tal. A obra fala como obra, não como transmissora de uma mensagem, de modo que o sentido não pode ser buscado no conceito. Assim, a leitura do texto constitucional não importa apenas na pronúncia de palavras seguidas, umas pelas outras, mas na realização do constante movimento hermenêutico do jogo, comandado pela expectativa de sentido do todo (sentido de Constituição), preenchendo-se, a partir de cada parte individual, a elaboração significativa do todo (círculo hermenêutico).⁴⁰⁸

A obra de arte não é mero suporte de sentido, como se o sentido pudesse ser adicionado também a outros suportes. Por isso, a Constituição não é o fundamento último metafísico e não pode ser utilizada em operações de subsunção normativa como uma ferramenta legal. O sentido da obra de arte “repousa muito mais no fato de estar aí”.⁴⁰⁹

4.1.2 A mediação entre o ideal e o real

A Constituição, como obra de arte, é reconhecimento e representação, razão pela qual é adequada a uma sociedade democrática. A doutrina mais conservadora, como é o caso de Ferreira Filho, entende que a Constituição de 1988 é inadequada ao País e ao momento, o que seria confirmado pelas freqüentes alterações em seu texto. O problema das Constituições analíticas e dirigentes seria o de impedir inflexões da política governamental sem a realização de alterações constitucionais. Essas alterações teriam, por conseguinte, transformado a Constituição em algo contingente, “algo que se muda quando entrava”.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ GADAMER, Hans-Georg. **A atualidade do belo**... p. 42.

⁴⁰⁷ Idem, p. 43.

⁴⁰⁸ Idem, pp. 45, 46 e 51.

⁴⁰⁹ Idem, p. 53.

⁴¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “A constituição de 1988: um balanço após 16 anos de vigência”. **Direito Público n. 8**, 2005, pp. 42 – 43. Entre os principais méritos da Constituição, o autor aponta os seguintes: a implantação de um regime democrático; a ampla liberdade política concedida a todos; o fortalecimento da

Essa percepção do dirigismo constitucional equivoca-se basicamente em relação a dois aspectos. Em primeiro lugar, deve ser ressaltado o fato de que a Constituição não é adequada à ordem anterior a 1988; sua tarefa é justamente a de implementar uma transformação social, síntese entre o ideal e o real em permanente construção. Ao demais, não é a Constituição que deve se adequar às inflexões da política governamental, mas as políticas governamentais devem ser adequadas ao programa constitucional. Tratando-se de uma Constituição dirigente, isso não é novidade.

Canotilho já afirmava que a Constituição não é apenas “tema”, mas efetiva “premissa” da política, conformando, com isso, a liberdade de decisão política, em consonância com uma teoria material temporalmente adequada.⁴¹¹ A permanente construção do real significa a permanente construção da obra de arte. Essa permanente construção da Constituição não é sinônimo de alterações legislativas, mas de interpretação, pois, como já ressaltado, a Constituição é o resultado de sua interpretação. Transforma-se não somente a sociedade, mas também o próprio ordenamento jurídico – o jogo é o modo de ser da obra de arte. Nesse sentido, pertinente a lição de Canotilho:

Considerada como ‘princípio’ de ‘distinção’, ‘individualização’ e ‘inteligibilidade’, a ‘ordem jurídico-constitucional’ significará fundamentalmente: (1) vincutividade jurídica da constituição (imperatividade) no sentido de que, não obstante uma lei fundamental ser o ‘resultado’ de confrontações políticas, ela não se reduz a um espelho de relações ‘fático-políticas’, antes assume o carácter de ‘ordem normativa’ vinculante dos poderes estaduais, disciplinadora e estabilizadora de um ‘processo político’; (2) regulamentação jurídica fundamental, quer porque se considera como norma hierarquicamente superior do Estado, quer porque ela se dirige à conformação jurídica dos aspectos fundamentais ou essenciais do Estado e da sociedade; (3) função de ordem, expressa na clareza, certeza e determinação dos preceitos jurídico-constitucionais.⁴¹²

A função da Constituição dirigente não é somente a de garantir o existente: a Constituição é um programa ou uma linha de direção para o futuro, ou seja, é também uma *Constituição política*, pois a fixação de formas e procedimentos somente possui relevância quando relacionada com determinados fins. As “seqüelas” do Estado de Direito formal são superadas porque a Constituição não é uma organização neutra quanto aos fins. Com isso, a Constituição reflete a interdependência que existe, no Estado Democrático, entre Estado e sociedade, configurando-se simultaneamente como uma Constituição estatal e uma Constituição social, o que aponta para o seu papel conformador: “o modelo social subjacente

cidadania pela multiplicação dos meios de defesa dos interesses públicos; a ênfase nos direitos fundamentais. (Conforme FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “A constituição de 1988”... p. 44).

⁴¹¹ Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**... p. 148.

⁴¹² Idem, p. 150.

ao complexo normativo-constitucional (qualquer que seja o tipo de sistema político-económico escolhido) deve tornar-se constitucionalmente transparente”.⁴¹³

As imposições legiferantes e a definição dos fins do Estado correspondem à estrutura da Constituição programática. O objetivo de uma teoria da Constituição não é o Estado, mas a sociedade concretamente constituída. Por essa razão, uma teoria da Constituição constitucionalmente adequada, entendida como uma “teoria da sociedade constituída” e como “teoria de um Estado constitucional”, reflete a dialética existente nas relações entre a “Constituição do Estado” e a “Constituição da ordem social”. Assumindo a realidade como tarefa, a Constituição, a exemplo da própria realidade, não é uma ordem fixa e fechada, abrindo-se às diferenças sociais e aos antagonismos que perfazem a realidade ideal e material de uma sociedade democrática. É, assim, *instrumento de direção social*.⁴¹⁴

Nesse cenário, a legislação não pode ser mais concebida como um problema de interpretação lógico-sistemática, o que significaria persistir no caminho do positivismo, de modo a prevalecer “sua falsa indiferença política e conseqüente espaço livre do direito para a política legislativa”.⁴¹⁵

A Constituição não é mero limite, não está limitada a contornos negativos ao conferir ao Estado uma conformação juridicamente concreta; além dos fins do Estado e dos princípios materiais norteadores de sua realização, ela define as tarefas dos órgãos estatais. Daí porque a Constituição dirigente é também uma “Constituição determinante”, pois as imposições constitucionais referem-se ao *cumprimento global* da Constituição. É natural, portanto, que nenhuma política governamental possa desconsiderar ou desconhecer os motivos que impulsionam uma decisão, devendo selecioná-los de acordo com sua adequação constitucional.⁴¹⁶

O texto constitucional não é perfeito e acabado, pretensão que esbarra na finitude do próprio ser humano. Na constituição fundamental do *Dasein* reside uma constante inconclusão. Há sempre algo pendente e esse algo pendente é a não-totalidade do poder-ser. Essa não-totalidade encontra seu fim com a morte.⁴¹⁷ O pendente é aquilo que pertence ao um ente, mas ainda falta, assim como a obra de arte não é uma totalidade constituída e estruturada, mas carente de constante construção. A palavra unívoca do discurso lógico e rigoroso suprime a identidade do homem como tal e, conseqüentemente, impede o

⁴¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**... p. 152.

⁴¹⁴ Idem, pp. 155 a 158.

⁴¹⁵ Idem, p. 184.

⁴¹⁶ Idem, pp. 185, 249 e 256.

⁴¹⁷ Conforme HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit**... §48.

reconhecimento na obra de arte. O homem surge e se instala no lugar de desamparo, no lugar onde não existe a garantia da verdade do outro; caso contrário, não seria homem, mas máquina. Sem o desamparo não há intersubjetividade e sem intersubjetividade não há diálogo, não há constituição de mundo. Essa palavra que elimina o equívoco e instala a perfeição representaria a morte do homem, transformando-o em um portador sem faltas e sem desejos.⁴¹⁸

O ideal não reside na perfeição da completude. Ao contrário, o ideal se apresenta como real em razão das limitações e da finitude do homem. Heidegger refere-se a um fato ocorrido com Heráclito, que ilustra com precisão a finitude do homem:

‘Narra-se de Heráclito uma palavra que teria dito aos forasteiros que queriam chegar até ele. Aproximando-se, viram-no como se aquecia junto ao forno. Detiveram-se surpresos; isto, sobretudo, porque Heráclito ainda os encorajou – a eles que hesitavam – convidando-os a entrar, com as palavras: *Pois aqui também estão presentes os deuses...*’

Esta narrativa fala por si; destaquemos, contudo, alguns aspectos.

O grupo de visitantes está frustrado e desconcertado na curiosidade que os levou a dirigir-se ao pensador; o desconcerto é provocado pelo aspecto da sua moradia. O grupo cria ter que encontrar o pensador, em circunstâncias, que, ao contrário do simples viver dos homens comuns, deveria mostrar, em tudo, os traços do excepcional e do raro e, por isso, do emocionante. O grupo traz a esperança de, com sua visita, encontrar junto do pensador coisas, que – ao menos por um certo tempo, sejam motivo de conversa. Os estranhos que querem visitar o pensador, esperam vê-lo talvez justamente no momento, em que ele, mergulhado em profundas meditações pensa. Os visitantes querem ‘viver’ isto, não para serem atingidos pelo pensar, mas simplesmente para poderem dizer que viveram e ouviram alguém, do qual, igualmente apenas se diz que é um pensador.

Em vez disso, os curiosos encontram Heráclito junto ao forno. É um lugar banal e bastante comum. Sem dúvida, nele se coze o pão. Ele está aí apenas para se aquecer. Assim revela ele, neste lugar, sem dúvida, comum, toda a indigência de sua vida. A vista de um pensador passando frio oferece muito pouco o interessante. Os curiosos perdem logo, pois, com esta visão frustrante, a vontade de se aproximarem mais. Que farão ali? Este facto, comum e sem encanto, de alguém estar com frio e estar perto do forno, qualquer um pode revivê-lo, em qualquer tempo, em qualquer casa. Para que procurar então um pensador? Os visitantes aprestam-se para se afastar. Heráclito lê essa curiosidade frustrada em seus rostos. Sabe que para uma multidão já basta a falta de uma sensação esperada, para fazer com que os recém chegados imediatamente voltassem para trás. Por isso, infunde-lhes coragem. Ele mesmo os convida a entrarem, contudo, dizendo: εἰνχι λαρ χαι ενταυθα θεουξ, os deuses também estão aqui presentes.⁴¹⁹

Essa história, prossegue Heidegger, quer dizer que neste lugar corriqueiro, onde cada agir e pensar são banais, no âmbito da familiaridade, a coisa é de tal modo que os deuses estão

⁴¹⁸ Conforme GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. **Palavra e verdade na filosofia antiga e na psicanálise**. 4.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 38. Em sentido contrário, Ferreira Filho entende que as batalhas jurídicas oriundas de batalhas políticas demonstram de forma nítida a imperfeição da redação do texto constitucional, assim como a ambigüidade de suas cláusulas. (Conforme FERREIRA FILHO, Manuel. “A constituição de 1988”... p. 44.

⁴¹⁹ HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**... pp. 86 – 87.

presentes.⁴²⁰ Disso se pode inferir que a obra de arte, ou um texto Constitucional, não é produto de uma criação perfeita e que, por isso, inatingível pelos simples mortais, ou como se fosse contaminada pela tradição e pela interpretação.

Toda autocompreensão humana é determinada pela insatisfação, o que também vale com relação à obra. Dessa forma, a obra, segundo seu próprio ser, recusa-se a ser interpretada a partir da subjetividade da consciência. A obra pertence ao universo hermenêutico caracterizado pela realidade da linguagem, o que ultrapassa toda a consciência individual. Nesse caráter próprio que a obra imprime à experiência de mundo do intérprete, está a mediação entre o finito e o infinito, adequada ao homem como ser finito. O que se interpreta na Constituição é sempre uma experiência finita; apesar disso, seu progresso não é limitado.⁴²¹ A obra de arte possui um brilho próprio, mas ela está aí, como um existencial, e a abertura realizada pelo seu desvelamento funda o homem como tal, como finito.⁴²²

4.1.3 A inexistência de uma primazia hermenêutica do criador da obra em relação aos demais intérpretes: o problema da “vontade do legislador” e da “vontade da lei”

Em razão do até agora exposto, pode-se afirmar que não existe uma primazia hermenêutica do criador em relação à sua criação, a obra de arte. Fulmina-se, assim, qualquer possibilidade, no movimento do jogo, de interpretação de textos legais com base na “vontade do legislador” ou na “vontade da lei”.

Segundo English, nessa questão reside a problemática central da teoria jurídica da interpretação. Por um lado, o conteúdo objetivo da lei e seu “último escopo de interpretação” eram entendidos como determinações da “vontade” do legislador histórico, manifestada “então e de uma vez por todas”; por outro lado, defendia-se a idéia de que o conteúdo objetivo da lei teria autonomia em si mesmo e nas suas palavras, como “vontade da lei”, como um sentido objetivo independente do querer subjetivo do legislador histórico.⁴²³

A doutrina subjetivista identifica a tarefa hermenêutica como uma tarefa destinada à descoberta do sentido da lei, ou, melhor dizendo, um sentido objetivo depositado na letra da lei. Este significado, que acompanharia o texto, consistiria em um conteúdo intelectual que traduziria a vontade do legislador ou o pensamento racional da lei. Esse sentido objetivo é

⁴²⁰ Conforme HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**... p. 87.

⁴²¹ Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**... p. 94.

⁴²² Conforme GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. **Palavra e verdade**... p. 14.

⁴²³ Conforme ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 170.

identificado com algo que foi concebido por uma instância mental e que é transmitido por meio das palavras da lei. Assim, o intérprete administraria as possíveis imprecisões do texto legal, por meio de recursos metodológicos que pressupõem que o significado da lei é sempre racional e perfeito. O postulado da vontade do legislador é um desses métodos que permitiria ao intérprete superar as imprecisões, os silêncios e as contradições que podem apresentar o teor literal da lei. A objetividade da interpretação resultaria da sua ligação a um significado profundo, cuja autoridade seria incontestável.⁴²⁴

Nessa perspectiva, a tarefa do intérprete, como aplicador do Direito, estaria resumida em descobrir o verdadeiro significado das normas jurídicas, que carregariam um sentido em si, guiando-se por ele na sua aplicação. Segundo Coelho, subjaz a este método a ideologia da separação de poderes em “sentido forte”, onde o legislador é o soberano e o juiz a boca que pronuncia as palavras da lei.⁴²⁵

Para Savigny, interpretar significava “colocar-se em pensamento no ponto de vista do legislador e recapitular mentalmente sua actividade”; para Windscheid, interpretação era a “determinação do sentido que o legislador ligou às palavras por ele utilizadas”, de modo que deveria o intérprete “integrar-se o mais possível no espírito do legislador”; para Heck, “o método correcto da interpretação da lei é... uma investigação histórica dos comandos e dos interesses”.⁴²⁶

Já para a doutrina objetivista, o ato legislativo teria como consequência o desprendimento da lei, adquirindo uma existência objetiva em face do legislador. A obra seria o texto da lei, a vontade da lei que se tornou palavra. Após ter desempenhado seu papel, o autor desaparece, apagando-se atrás de sua obra: como qualquer outro, também o legislador fica, a partir de então, sujeito à lei, deixando atuar contra si a vontade que por ela é expressa. O conteúdo interno da lei não seria algo estático como um fato histórico passado, mas algo vivo e mutável, razão pela qual seria passível de adaptação, pelo simples fato de integrar a ordem jurídica global. Não seria possível, assim, em face dos problemas presentes, dos novos fenômenos técnicos, econômicos, sociais, políticos, culturais e morais, enfim, em face do fluir da vida, retroceder anos ou décadas para adentrar-se no espírito de um legislador que não

⁴²⁴ Conforme GARCIA, Manuel Calvo. **La voluntad del legislador**: genealogía de una ficción hermenéutica. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com>>. Acesso em 14.09.2005. Diz o autor que este postulado está ligado a uma concepção semântica que identifica o significado das palavras com a expressão de um pensamento. O ponto de referência dessa forma de conceber o significado das palavras pode ser rastreado até a ordenação aristotélica dos signos à expressão de um pensamento. (Ibidem).

⁴²⁵ Conforme COELHO, Inocêncio Mártires. “Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam”. **Direito público n. 5**, 2004, p. 26.

⁴²⁶ Conforme ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**... pp. 170 – 171.

interessa no momento. Entretanto, o sentido da lei somente poderia ser um só, coerente e isento de contradições.⁴²⁷

Larenz afirma que a cada uma dessas teorias subjaz uma parcela de verdade, razão pela qual não podem ser aceitas sem limitações. A verdade da teoria subjetivista é a de que, por trás da lei, está uma intenção reguladora, está o fato de que a lei jurídica, e não a lei natural, é feita por homens para homens, como expressão de uma vontade dirigida à criação de uma ordem jurídica. A verdade da teoria objetivista é a de que a aplicação de uma lei irradia uma ação que lhe é peculiar, transcendendo aquilo que o legislador havia originariamente intentado. A intervenção da lei se dá em diversas e mutáveis relações da vida, dando respostas a situações que não foram colocadas pelo legislador. Com o decurso do tempo, a lei adquire vida própria, afastando-se dos ideais de seus autores. Diante dessas considerações, conclui Larenz afirmando que o escopo da interpretação somente pode ser “o sentido normativo do que é agora juridicamente determinante”, ou seja, “o sentido normativo da lei”. Esse sentido somente pode ser determinado observando-se as idéias normativas concretas do legislador histórico, como resultado de um processo de pensamento em que estão englobados tanto os momentos subjetivos como os objetivos, não chegando nunca a um termo.⁴²⁸

Ferraz Jr. diz que à teoria subjetivista cabe a objeção de que a prática da interpretação não percorre o caminho proposto, isto é, não se vai primeiro à *mens legislatoris* para depois atingir o sentido da norma. Para o autor, primeiro é alcançado o sentido da norma para somente depois ser descoberta a intenção do legislador. Quanto à corrente objetivista, afirma que a própria prática da interpretação a desmente, porque não se vai primeiro à realidade para somente depois atingir o sentido prescritivo das palavras da norma; antes, é alcançado o sentido normativo e somente depois são verificados os relevantes fatores reais, ou seja, “só reconhecemos o sentido normativo dos fatos que, por hipótese, determinariam a *voluntas legis*, depois que fizemos a norma (já interpretada) incidir sobre a realidade”.⁴²⁹

*O que se observa dessas breves colocações é o fato de ser atribuído ao processo hermenêutico-interpretativo um caráter meramente reprodutivo, e não produtivo, confirmando o paradigma epistemológico predominante do esquema sujeito-objeto.*⁴³⁰ Daí afirmar Reale, por exemplo, que toda interpretação é condicionada pelas mutações históricas do sistema, que implicam “tanto a intencionalidade originária do legislador quanto as

⁴²⁷ Conforme ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**... pp. 173 – 174.

⁴²⁸ Conforme LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**... pp. 446, 448 e 449.

⁴²⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 272.

⁴³⁰ Conforme STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**... p. 96.

exigências fáticas e axiológicas supervenientes, numa compreensão global, ao mesmo tempo retrospectiva e prospectiva”,⁴³¹ pelo que não pode ser contestado o “caráter criador da Hermenêutica Jurídica nesse árduo e paciente trabalho de cotejo de enunciados lógicos e axiológicos para atingir a real significação da lei”.⁴³² Percebe-se, nesse caso, a busca simultânea tanto pela vontade do legislador, como pelo espírito da lei.

Como bem afirma Streck, as palavras da lei não são unívocas, mas plurívocas. Isso quer dizer que o “elo (imanência) que vinculava significante e significado está irremediavelmente perdido nos confins da viragem lingüística ocorrida no campo da filosofia”.⁴³³ A busca pela vontade do legislador ou pela vontade da lei é a busca metafísica pelo fundamento último, da certeza do método a partir do *cogito*.⁴³⁴

Na perspectiva do jogo da arte, não cabe perquirir-se pelo sentido da lei como algo previamente dado ou atribuído pelo legislador histórico. O choque hermenêutico que a obra de arte causa ocorre em razão da especificidade com a qual cada experiência artística vem ao intérprete. Na obra de arte existe algo mais do que apenas uma significação experienciável como sentido. Esse algo mais que resulta da experiência é uma resistência insuperável a toda expectativa de sentido que se crê superior. E a própria obra de arte obriga o intérprete a reconhecer isso, pois, ao lado do desvelamento, está o velamento e o encobrimento que fazem parte da finitude do homem, o que estabelece limites ao idealismo de uma pura integração de sentido.⁴³⁵

Assim, quem criou uma obra não se defronta com ela de modo diverso de qualquer outra pessoa; o produto dessa criação existe e está “aí”, sendo alcançável e experienciável em razão de suas próprias qualidades, distinguindo-se em sua unicidade e insubstituibilidade.⁴³⁶

Como o intérprete toma para si a tarefa permanente de construção da obra de arte (a Constituição é o resultado de sua interpretação), em frente à realização do conteúdo da obra ele procede a um verdadeiro acréscimo de conhecimento. O artista que cria a obra não é seu intérprete qualificado, não possuindo nenhuma primazia básica em face do mero receptor da

⁴³¹ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. 1.ed. 3.tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 111.

⁴³² Idem. **Lições preliminares de direito**... p. 287.

⁴³³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**... p. 96.

⁴³⁴ “Muito embora isto, é dizer, não obstante os avanços das teses antimetafísicas de cunho lingüístico-fenomenológicos, não é temerário dizer que a dogmática jurídica sofre ainda de uma compulsiva lógica da aparência de sentidos, que opera como uma espécie de garantia de obtenção, em forma retroativa, de um significado que já estava na lei desde sua promulgação. Acredita-se ainda no legislador como sendo uma espécie de onomaturgo platônico ou que o Direito permite verdades apofânticas. Como veremos a seguir, há uma constante busca do ‘correto sentido da norma’, um sentido ‘dado’, um ‘sentido-em-si’, enfim, uma espécie de ‘sentido-primevo-fundante’”. (Idem, ibidem).

⁴³⁵ Conforme GADAMER, Hans-Georg. **A atualidade do belo**... p. 54.

⁴³⁶ Idem, p. 53.

obra. Na medida em que próprio artista reflete, ele torna-se seu próprio leitor. Sua leitura é produto de sua reflexão, não sendo, por isso, paradigmática.⁴³⁷ A própria unidade interna da compreensão (do jogo) traz aquilo que se pretende compreender para dentro do movimento do presente, permitindo, com isso, que a obra fale, mas na linguagem do presente. A compreensão não é simplesmente a recuperação do que o autor (ou o legislador) intencionava; a *mens auctoris* não limita o horizonte de compreensão no qual o intérprete se move, pois, ao invés de tornar-se a boca que pronuncia as palavras da lei, ele realmente deseja compreender.⁴³⁸

O único critério de interpretação, diz Gadamer, “é o conteúdo de sentido da sua criação, aquilo que ela ‘quis dizer’”.⁴³⁹ Isso, como já ressaltado, não significa que o texto legal carregue em si o sentido exato da norma,⁴⁴⁰ de modo que caberia ao intérprete apenas penetrar-lhe no seu exclusivo sentido, entendimento que estaria de acordo com a teoria objetivista. A obra de arte não é suporte de sentido, estando em constante construção, tarefa que o intérprete toma como sua.

Mas o fato de a interpretação ser atribuição de sentido não significa que a ordem jurídica seja carente de sentido, à espera de uma significação dada pelo sujeito, o que seria pensar a interpretação como produto do método.⁴⁴¹ Diz Streck que “o sentido não é algo que pode ser imposto a um objeto, nem é um objeto de percepção distinto, nem sequer um intermediário entre o sujeito e objeto”, o que implica no fato de não haver teoria do conhecimento sem ser-no-mundo.⁴⁴²

Não há, portanto, equivalência entre texto e norma, em razão da diferença ontológica. A diferença ontológica entre texto e norma não leva a uma separação entre ambos, na medida em que não há texto isolado da norma: “O texto já aparece na ‘sua’ norma, que é produto da atribuição de sentido do intérprete (...). Desse modo, a norma, muito longe de ser uma capa de sentido a ser acoplada a em texto ‘desnudo’, é o produto da construção hermenêutica do

⁴³⁷ Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I...** p. 264.

⁴³⁸ Idem. **Heidegger's ways...** pp. 41 – 42.

⁴³⁹ A equiparação entre intérprete e autor é legitimada na medida em que aquilo que se deve compreender não é a auto-interpretação reflexiva, mas a “intenção inconsciente do autor”. (Idem. **Verdade e método I...** pp. 264 – 265).

⁴⁴⁰ Conforme STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos?”... p. 248.

⁴⁴¹ Idem, p. 239. Em sentido contrário, Peter da Silva, para quem a “hermenêutica jurídica apresenta-se como o ramo da ciência dedicado ao estudo e à determinação das regras que devem presidir o processo interpretativo de busca do significado da lei, e não a sua aplicação ou a busca efetiva do seu significado para o caso concreto”. (PETER DA SILVA, Christine Oliveira. “Como se lê a constituição: abordagem metodológica da interpretação constitucional”. **Direito público n. 6**, 2004, pp. 136 – 137).

⁴⁴² Conforme STRECK, Lenio Luiz. **op. cit.** pp. 238 e 242.

sentido do texto”.⁴⁴³ Texto e norma são distintos, mas não separados, não podendo um sobreviver sem o outro.⁴⁴⁴

Daí não se infere que o processo de atribuição de sentido fique sujeito à arbitrariedade ou discricionariedade do intérprete. Na realização do projeto global da Constituição, o intérprete está condicionado no movimento do jogo pelo sentido de Constituição. Além disso, o próprio texto se configura como um limite à arbitrariedade. Não há, portanto, falar em relativismo, o qual, segundo Grondin, não é mais do que um “fantasma”, uma construção que deve provocar susto, mas que não existe. Todas as experiências feitas pelos indivíduos com a verdade estão inseridas na própria situação dos indivíduos, ou seja, inseridas na conversação interior que cada indivíduo realiza constantemente consigo mesmo e com os outros. Por isso, nenhum relativismo é defensável em sentido extremo, já que a conversação interior, a qual somente pode ser pensada situadamente, resiste à indiferença e à arbitrariedade de qualquer interpretação. Cada época e cada indivíduo compreendem de sua maneira, permitindo uma diversidade; mas o que cada tentativa de compreensão pretende é uma verdade e, sobre essa verdade, se pode eventualmente discutir. Não se pode, assim, explicar como relativista uma verdade que, em determinado caso, foi aceita de forma diversa. Ninguém aceita tudo como igualmente válido. Isso seria pressupor uma verdade sem o horizonte do diálogo, uma verdade absoluta ou desligada dos questionamentos do ser humano (*fundamentum inconcussum*).⁴⁴⁵

A compreensão deve ser entendida como parte do acontecimento semântico no qual se realiza o sentido de todo enunciado. A arte jamais é passado; supera a distância do tempos por meio de seu próprio sentido. Não é mero objeto da consciência histórica, pois “sua compreensão implica sempre uma mediação histórica”.⁴⁴⁶

Esse é um dos pontos em que a hermenêutica filosófica de Gadamer ultrapassa a hermenêutica de Schleiermacher. Para este, não sendo a obra de arte um objeto atemporal, mas pertencente a um mundo e somente este mundo podendo determinar plenamente o seu significado, o seu verdadeiro significado só pode ser compreendido a partir desse mundo, ou seja, a partir de sua origem e surgimento. Com isso, todos os meios de reconstrução histórica

⁴⁴³ Conforme STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos?”... pp. 248 – 249.

⁴⁴⁴ Idem, p. 249.

⁴⁴⁵ “Justamente por isso, jamais existiu um relativismo para a hermenêutica. São antes os adversários da hermenêutica, que conjuram o fantasma do relativismo, porque suspeitam existir na hermenêutica uma concepção de verdade, a qual não corresponde às suas expectativas fundamentalistas. Dessa forma, na discussão filosófica contemporânea, o relativismo funciona como um espantalho ou um fantasma assustador, em favor de posições fundamentalistas, que gostariam de abstrair da conversação interior da alma”. (GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**... pp. 230 – 231).

⁴⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**... p. 232.

podem determinar o verdadeiro significado da obra de arte, protegendo-a contra mal-entendidos e falsificações. Seria o caso, portanto, da reconstrução do mundo a que pertence a obra de arte, a reconstrução do estado original que havia na intenção do artista, ou mesmo a execução da obra em seu estilo original.⁴⁴⁷

Ocorre que, por esse caminho, não se encontra o significado da obra de arte, principalmente porque a compreensão é uma segunda criação. Em razão da historicidade do ser, a reconstrução das condições originais não passa de uma “empresa impotente”. Da mesma forma, acentua Gadamer, “a atividade hermenêutica que entenda a compreensão como reconstrução do original não passa de um exercício de transmissão de um sentido morto”.⁴⁴⁸

O decisivo é que a obra de arte não é algo como um sinal que se refere a algum significado; *ela se apresenta em seu próprio ser*. Sua própria existência é um evento, um golpe que derruba todo o previamente dado, um golpe que abre um mundo nunca antes aberto, mas ainda assim um golpe que é sustentado pela tolerância, a qual constitui a estrutura da obra em sua tensão.⁴⁴⁹ Em essência, a obra de arte é reconhecimento e representação, o que guia à transformação do jogo.

4.2 DA POTENCIALIDADE À CONCRETIZAÇÃO: A TRANSFORMAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO EM “CONFIGURAÇÃO”

4.2.1 A “transformação em configuração”

A mudança em que o jogo alcança sua verdadeira consumação, tornando-se arte, Gadamer chama de transformação em configuração (*Gebilde*). Por meio dessa transformação, o jogo alcança sua identidade, podendo ser compreendido como tal. Liberta-se da atividade representativa do jogador, constituindo-se no puro fenômeno daquilo que é jogado, isto é, representado. Assim, torna-se o jogo duradouro, adquirindo o caráter da obra: torna-se configuração.⁴⁵⁰

Transformação não é modificação. A modificação sugere que aquilo que se modificou permanece e continua sendo o mesmo. Mesmo que se trate de uma grande modificação,

⁴⁴⁷ Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I...** p. 233.

⁴⁴⁸ Idem, p. 234.

⁴⁴⁹ Idem. **Heidegger's ways...** p. 104. Heidegger designa a tensão da obra de arte como o conflito entre “mundo” e “terra”. (Ibidem).

⁴⁵⁰ Idem. **Verdade e método I...** p. 165.

modifica-se apenas algo.⁴⁵¹ Por sua vez, a transformação significa que algo se torna uma outra coisa, de uma só vez e como um todo. Essa outra coisa em que se transformou, passa, então, a constituir seu verdadeiro ser, anulando seu ser anterior. Não há transição ou modificações paulatinas que conduzam de um para outro; há um golpe, e um novo ser nasce como negação do anterior: “Assim, a transformação em configuração significa que aquilo que era antes não é mais”.⁴⁵²

Essa transformação do jogo é tal que a identidade daquele que joga não continua a existir, os próprios jogadores não existem mais, apenas o que por eles é jogado (todo jogar é um ser-jogado). E o que não existe mais é o próprio mundo do intérprete. Não que a transformação signifique a transferência para outro mundo. É um outro mundo, mas um mundo que não admite comparação com a realidade como se fosse “o padrão secreto de toda semelhança figurativa”. A configuração supera esse tipo de comparação, porque fala de uma verdade superior. Essa distinção entre jogo e realidade é anulada, quando se percebe o sentido em que o jogo se desenrola. E a alegria que se oferece é a alegria do conhecimento. É por isso que a transformação em configuração atinge seu sentido pleno: a transformação é transformação no verdadeiro. Nessa representação do jogo, surge o que é, vindo a lume aquilo que estava encoberto e retraído.⁴⁵³

Essa transformação é observada no ordenamento constitucional. Com a Constituição de 1988, de um só golpe rompeu-se com a ordem anteriormente vigente, instaurando-se uma nova ordem que anulou a anterior, verdadeira negação da ditadura imposta pelo regime militar.

O período compreendido entre 1964 e 1988 apresentou um cenário sócio-político tumultuado no País. Com a renúncia de Jânio Quadros, houve uma reação militar para evitar a posse do então Vice-Presidente João Goulart. Despreparado, o novo Presidente caiu em 01.04.1964, em razão do movimento militar instaurado no dia anterior. Toma posse do poder um Comando Militar Revolucionário, perseguindo politicamente os seguidores do Presidente deposto, a ponto de efetuar prisões contra aqueles que apenas protestavam contra o autoritarismo. Em 1967 uma nova Constituição foi promulgada, sintetizando as alterações que haviam sido introduzidas no texto da Constituição de 1946. A Constituição de 1967 preocupou-se substancialmente com a segurança nacional. Além disso, reduziu sensivelmente a autonomia individual, permitindo a suspensão de direitos e garantias constitucionais. Sua

⁴⁵¹ “Categoricamente, toda a modificação (*alloiosis*) pertence ao âmbito da qualidade, isto é, de um acidente da substância”. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I...** p. 166).

⁴⁵² Idem, p. 166.

⁴⁵³ Idem, p. 167.

vigência, entretanto, não foi longa. Em 1968 foi expedido o Ato Institucional nº 5 (AI 5) que rompeu com a ordem constitucional. Em razão de enfermidade, o então Presidente da República Costa e Silva viu-se impedido de continuar governando. Assim, em 1969, por meio do AI 12, foi atribuído o exercício do Poder Executivo aos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar. Um novo texto constitucional foi preparado, sendo ao final promulgado como Emenda Constitucional nº 1 à Constituição de 1967. Não se tratou, na verdade, de emenda, mas de uma nova Constituição, a qual foi posteriormente modificada por outras vinte e cinco emendas, até a Emenda Constitucional nº 26, de 27.11.1985, convocar uma Assembléia Nacional Constituinte.⁴⁵⁴

O importante a ser frisado é o fato de que a luta pelo Estado Democrático de Direito iniciou logo que instalado o regime militar em 1964, especialmente após o AI 5, “instrumento mais autoritário da história política do Brasil”. Assim, em 05.10.1988 foi promulgada a “Constituição Cidadã”, com ampla participação popular em sua elaboração, voltando-se para a plena realização da cidadania.⁴⁵⁵

4.2.2 Constituição e reconhecimento

A Constituição de 1988 transpõe o Direito a um patamar de potencialidade de transformação da sociedade,⁴⁵⁶ com o que a finalidade do ordenamento jurídico passa a ser “o bem da pessoa humana e, como condição deste, o bem comum”.⁴⁵⁷

A ruptura com a tradição inautêntica exige a compreensão do sentido de Constituição como um mecanismo prático que provoca alterações na realidade. Dizer que o sentido de Constituição constitui o sentido do ordenamento jurídico é dizer, com Streck, que a Constituição é

(...) expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais.⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ Conforme SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 15.ed.rev. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 87 a 89.

⁴⁵⁵ Idem, p. 92.

⁴⁵⁶ Conforme STRECK, Lenio Luiz. “A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo”... p. 161.

⁴⁵⁷ BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na constituição**. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 193.

⁴⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**... p. 293.

É indevida a comparação entre o modelo constitucional e a realidade, *porque a Constituição é a realidade, é a verdade superior que faz a mediação entre o ideal e o real*, a ponto de as decisões políticas, à semelhança do que ocorre com as decisões jurídicas, passarem a constituir um processo de aplicação.⁴⁵⁹

A alegria que se oferece é a alegria do conhecimento, porque a transformação em configuração do ordenamento jurídico é a transformação no que é verdadeiro, vindo à luz o que estava encoberto e retraído: a sociedade democrática.

O princípio democrático tem como ponto de partida, segundo Canotilho, “o ‘domínio do povo’, expresso através dos ‘processos’ destinados a assegurar a ‘participação universal’ dos cidadãos”. Isso significa que a democracia do Estado Constitucional é concebida “como ‘poder popular’ fundamentado na constituição e não como poder fora da constituição”.⁴⁶⁰ Nesse sentido, o parágrafo único do art. 1º da Constituição: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Com Häberle, pode-se afirmar que “povo” não é mero referencial quantitativo que se manifesta apenas no dia da eleição, conferindo legitimidade democrática ao processo de decisão. A democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais, até o último intérprete formalmente competente da Constituição, o Supremo Tribunal Federal. Povo é, sobretudo, um elemento pluralista para a “interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão”.⁴⁶¹

Assim, aquilo que se experimenta diante de uma obra de arte – e diante da Constituição – e para onde não somente o intérprete, mas a sociedade deve dirigir seu interesse, é a medida em que se conhece e se reconhece algo, bem como a si próprio na obra de arte.

⁴⁵⁹ Conforme BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na constituição...** p. 201.

⁴⁶⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador...** p. 25.

⁴⁶¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição** (contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997, pp. 36 – 37. Não deve, entretanto, ser olvidada a crítica de Streck e Morais ao fato de que o Estado de Bem-Estar jamais se realizou no Brasil, na contramão do estabelecido pelo ordenamento constitucional, que aponta para um Estado forte, na esteira do que contemporaneamente é entendido como Estado Democrático de Direito: “Ao que parece, a nossa *Belíndia* – uma mistura de uma pequena porção Bélgica com uma imensa maioria indiana –, expressão cunhada na década de 1980, aprofunda-se com a insistência em não enfrentarmos a nossa questão social como caso de política – políticas públicas de inclusão social – e não como caso de polícia e de direito penal”. (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado...** p. 85).

Em sua essência mais profunda, o reconhecimento não será compreendido se o intérprete atentar apenas ao fato de que na obra é reconhecido algo que já conhecia, “o fato de que o conhecido é reconhecido”; a alegria do reconhecimento, diz Gadamer, reside no fato de se identificar mais do que somente o conhecido. No reconhecimento, o conhecido “desvincula-se de toda casualidade e variabilidade das circunstâncias que o condicionam, surgindo de imediato como que através de uma iluminação, sendo apreendido em sua essência. *Ele é apreendido como algo*”.⁴⁶²

A obra de arte não é um objeto, mas se apresenta em seu próprio ser e, apresentando-se em seu próprio ser, não apenas pertence ao seu mundo, mas seu mundo é apresentado em si mesma: a obra de arte é abertura para seu mundo, trazendo à tona a verdade do ente.⁴⁶³

Para demonstrar o caráter-de-obra da obra, diferenciando-o do caráter “coisal” da coisa, Heidegger usa como exemplo uma pintura de Van Gogh, que tem como objeto o par de sapatos de um camponês:

Escolhemos como exemplo um apetrecho conhecido: um par de sapatos de camponês. Para sua descrição, não é preciso ter à frente autênticas peças deste tipo de apetrechos de uso. Toda a gente os conhece. Mas como se trata de uma descrição directa, talvez seja bom facilitar a presentificação intuitiva (*Veranschaulichung*). Para fornecer esta ajuda, basta uma representação pictórica. Para tanto escolhemos uma conhecida pintura de Van Gogh, que pintou várias vezes calçado deste género. Mas o que é que há aí de especial para ver? Toda a gente sabe o que faz parte de um sapato. Se não são socos ou chanatos, há uma sola de couro e o cabedal que cobre, ajustados um ao outro por costuras e pregos. Um apetrecho deste tipo serve para calçar os pés. Consoante a serventia, se para o trabalho no campo, ou para dançar, assim diferem matéria e forma.

Estas indicações adequadas apenas explicam o que já sabemos. O ser-apetrecho do apetrecho repousa na sua serventia. Mas o que se passa com esta? Apreendemos já porventura o carácter instrumental do apetrecho? Para o conseguirmos, não temos de procurar o apetrecho que tem serventia no seu serviço? A camponesa no campo traz os sapatos. Só aqui eles são o que são. E tanto mais autenticamente o são, quanto a camponesa durante a lida pensa neles, ou olha para eles ou até mesmo os sente. Ela está de pé e anda com eles. Eis como os sapatos servem realmente. Neste processo de uso do apetrecho, o carácter instrumental de apetrecho deve realmente vir ao nosso encontro.

Enquanto, pelo contrário, tivermos presente um par de sapatos apenas em geral, ou olharmos no quadro os sapatos vazios e não usados que estão meramente aí, jamais apreenderemos o que é, na verdade, o carácter instrumental do apetrecho. A partir da pintura de Van Gogh não podemos sequer estabelecer onde se encontram estes sapatos. Em torno deste par de sapatos de camponês, não há nada em que se integrem, a que possam pertencer, só um espaço indefinido. Nem sequer a eles estão presos torrões de terra, ou do caminho do campo, algo que pudesse denunciar a sua utilização. Um par de sapatos de camponês e nada mais. E todavia...

Na escura abertura do interior gasto dos sapatos, fita-nos a dificuldade e o cansaço dos passos do trabalhador. Na gravidade rude e sólida dos sapatos está retida a tenacidade do lento caminhar pelos sulcos que se estendem até longe, sempre iguais, pelo campo, sobre o qual sopra um vento agreste. No couro, está a humidade [sic] e a fertilidade do solo. Sob as solas, insinua-se a solidão do caminho

⁴⁶² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I...** pp. 169 – 170. Grifou-se.

⁴⁶³ Idem. **Heidegger's ways...** p. 103.

do campo, pela noite que cai. No apetrecho para calçar impera o apelo calado da terra, a sua muda oferta do trigo que amadurece e a sua inexplicável recusa na desolada improdutividade do campo no Inverno. Por este apetrecho passa o calado temor pela segurança do pão, a silenciosa alegria de vencer uma vez mais a miséria, a angústia do nascimento iminente e o tremor ante a ameaça da morte. Este apetrecho pertence à *terra* e está abrigado no *mundo* da camponesa. É a partir desta abrigada pertença que o próprio produto surge para o seu repousar-em-si-mesmo.⁴⁶⁴

A arte faz com que as coisas percam sua característica de indiferentes e comuns. Ela não apenas descreve, mas torna visível. A obra é, por isso, uma “força doadora de sentido”, é um agir criativo que coloca o ser humano em uma relação transformada com a realidade.⁴⁶⁵

O sentido de um texto não supera seu autor ocasionalmente, mas sempre. Por isso, a compreensão se configura como um comportamento produtivo. O verdadeiro sentido de um texto não depende do aspecto ocasional representado pelo autor ao seu público imaginário, sendo determinado pela situação histórica do intérprete.⁴⁶⁶

Assim, a Constituição não é apenas uma lei. Sua força doadora de sentido (o sentido de Constituição) impõe uma tomada de posição do intérprete, a partir da qual não somente sua relação com a realidade é transformada, mas a própria realidade é transformada, como resultado da realização de um projeto global (constitucional) para a sociedade.

Cada norma constitucional não contém em si apenas um comando abstrato, como um mero suporte de sentido; cada norma sintetiza em si a luta contra os anos de ditadura militar, a luta em favor do reconhecimento de direitos fundamentais, a luta contra a opressão política e pela liberdade de expressão, a luta pela redução das desigualdades sociais, a luta por uma sociedade justa e solidária, a luta por uma sociedade democrática.

O sentido de Constituição perfaz a unidade e o núcleo essencial da Constituição, núcleo este intangível porque é Direito superior constitutivo da identidade jurídico-cultural de uma sociedade democrática.⁴⁶⁷ *A Constituição é reconhecimento porque é identidade, porque a sociedade nela se reconhece, porque é uma resposta a um passado que se deseja esquecer, ao mesmo tempo em que é um projeto igualitário e libertário para um País que se deseja*

⁴⁶⁴ HEIDEGGER, Martin. **A origem da obra de arte**. Tradução de Maria Conceição da Costa. Lisboa: Edições 70, 1989, pp. 25 – 26. Grifos no original.

⁴⁶⁵ SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger**: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. Tradução de Lya Luft. São Paulo: Geração Editorial, 2000, p. 353.

⁴⁶⁶ “Na medida em que agora já não se tem em mente a individualidade e sua opinião mas a verdade da coisa, um texto não é compreendido como mera expressão de vida, mas é levado a sério na sua pretensão de verdade”. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I...** pp. 392 – 393).

⁴⁶⁷ Nesse sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes. “Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias”. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, volume comemorativo do 75º tomo, 2003, p. 798.

construir.⁴⁶⁸ Reconhecer é identificar mais do que o conhecido, mais do que um simples catálogo ilustrativo de direitos; reconhecer é conhecer aquilo que não havia sido conhecido, é conceber a Constituição como síntese do desejo de transformação da própria sociedade.

A identidade de uma sociedade democrática é muito mais complexa e multiforme do que qualquer articulação retórico-argumentativa que se possa construir com base na concepção da Constituição como “Lei Maior”. Taylor afirma que o “agente humano” existe em um espaço de indagações. Essas indagações são as próprias respostas, que proporcionam o “horizonte no interior do qual sabemos onde estamos e que sentido têm as coisas para nós”.⁴⁶⁹ O projeto global da Constituição como reconhecimento e identidade da sociedade democrática não pode se perder em questões de inaplicabilidade ou ineficácia de dispositivos essenciais ao constituir dessa identidade, como no caso dos direitos sociais fundamentais. O fato de ser a Constituição reconhecimento desloca, por si só, a discussão para fora do âmbito do esquema sujeito-objeto.

Para que o Direito seja sensível socialmente, transformando todo o ordenamento jurídico a fim de atender às necessidades e anseios do povo, o seu conhecimento – e conseqüentemente o conhecimento da Constituição – não pode ser limitado à técnica jurídica. A aplicação do Direito e a concretização do sentido universalizante de Constituição dependem do conhecimento dos fatos sociais e da estrutura social global, para que seja possível a realização de um convívio justo, com base em escalas axiológicas. Bem ressalta Azevedo que “a dinâmica da vida social só se revela a um sujeito cognoscente em permanente recriação de si próprio”, como um acréscimo a si próprio.⁴⁷⁰

Sendo a Constituição constitutiva da identidade jurídico-cultural da sociedade, ela é representação dessa sociedade. Mas representação não significa que a Constituição está aí substitutivamente ou de modo indireto. O próprio representado (a sociedade) está aí. Como obra de arte, a Constituição não apenas remete a algo, não apenas remete às lutas e conquistas democráticas do País; *nela está propriamente aquilo a que se remete*. Dependendo a compreensão da Constituição da permanente recriação do próprio intérprete e, por conseguinte, da própria sociedade, a Constituição significa um verdadeiro acréscimo de ser.⁴⁷¹

⁴⁶⁸ Conforme CLÈVE, Clèmerson Merlin. “Controle de constitucionalidade e democracia”. In MAUÉS, Antonio G. Moreira. **Constituição e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 49.

⁴⁶⁹ TAYLOR, Charles. **As fontes do self**... p. 46.

⁴⁷⁰ Conforme AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 71 – 72.

⁴⁷¹ Nesse sentido, Gadamer, ao tratar da obra de arte, afirmando que esse traço a distingue de todas as realizações produtivas da humanidade que possuem caráter de instrumento. (Conforme GADAMER, Hans-Georg. **A atualidade do belo**... pp. 55 – 56).

A obra de arte é, então, insubstituível;⁴⁷² a Constituição também é insubstituível em uma sociedade democrática. A fabricação em larga escala de leis visando à regulação exaustiva de diversos setores da sociedade não retira o caráter de insubstituibilidade da Constituição. A operação de subsunção normativa, em que a Constituição é considerada a “Lei Maior”, não caracteriza representação, mas mera reprodução. Na obra de arte está presente algo mais do que em uma peça qualquer freqüentemente fabricável, algo mais do que em uma lei ordinária.

Esse algo mais pode ser identificado, segundo Gadamer, por meio de uma resposta antiga à questão. Há, em uma obra de arte, “algo como μιμησις, como imitatio”. Mímese não quer dizer, no contexto da obra de arte, imitar algo já conhecido anteriormente, mas “levar algo à representação”, tornar algo presente em sua plenitude de sentido. A arte é sempre mímese, porque traz algo à representação. Essa é a distinção da arte: aquilo que vem nela à representação “move-nos a permanecer nele ou a estar de acordo com ele, como se num reconhecimento”.⁴⁷³ A lei não torna algo presente em sua plenitude de sentido. A Constituição o faz, obrigando a lei a estar de acordo com esse algo mais, com o sentido universalizante de Constituição.

A tarefa do intérprete é a de aprender a ouvir o que quer falar na arte. Não é possível, assim, falar em mera transmissão de sentido. A remissão que faz a obra de arte é paradoxal: ao mesmo tempo em que encarna em si, garante a significação a que remete. Por isso, o jogo é auto-representação. Na representação que a obra de arte é, ela não representa algo que não é: nela se encontra justamente o que ela tem a dizer.⁴⁷⁴ Uma Constituição democrática não é uma Constituição liberal; uma Constituição democrática é o constituir de uma sociedade democrática. Nela se encontra o que ela tem a dizer, isto é, o que tem de ser realizado. Isso exige um trabalho permanente de construção, de transformação da realidade. Exige que cada um e todos se abram à linguagem que se fala na obra de arte, apropriando-se dela como de sua própria, o que implica em uma realização conjunta, a “realização de uma coletividade potencial”.⁴⁷⁵

⁴⁷² Conforme GADAMER, Hans-Georg. **A atualidade do belo...** p. 56.

⁴⁷³ Idem, pp. 55 – 56.

⁴⁷⁴ Idem, pp. 57 – 58.

⁴⁷⁵ Idem, p. 61. “O importante é portanto isso: deixar ser o que é. Mas deixar ser não quer dizer: repetir apenas o que já se sabe. Não na forma de uma vivência de repetição, mas determinado pelo próprio encontro, deixa-se ser o que foi para aquele que se é”. (Idem, p. 75).

Como diz Heidegger, a obra de arte faz saber o que o apetrecho de calçado na verdade é. A Constituição faz saber o que o ordenamento jurídico na verdade é. O ente, a lei, emerge no desvelamento do seu ser: “O ser do ente acede à permanência do seu brilho”.⁴⁷⁶

4.2.2 Constituição e transformação social

Essa forma de pensar a Constituição está intimamente correlacionada com a sua realização e concretização, pois a Constituição é reconhecimento e identidade. O agir não é algo secundário. Pertencendo à estrutura originária do homem, é o contexto no qual acontece a reflexão crítica. A construção de uma ordem social justa não parte do zero; antes, reflete filosoficamente sobre a realidade política na qual está situada uma sociedade.⁴⁷⁷

Portanto, se a obra de arte é verdadeiramente a abertura de um mundo, “se esse destino ao qual é preciso responder, que solicita, como todo destino, correspondência, é a singularidade mesma, então o pensamento mantém-se ele também sob a lei dessa singularidade”. É preciso responder ao envio singular de uma obra, “salvaguardando essa obra anunciar o que ela configura, figura, e para qual mundo, qual terra, qual povo”.⁴⁷⁸

A Constituição define a ordem jurídica como a de um Estado Democrático de Direito. Essa fórmula política é característica da ideologia que organiza a estrutura social, apresentando-se justamente como um programa de ação a ser implementado. A Constituição, então, é uma obra aberta, porque pretende conciliar valores que só abstratamente possuem uma compatibilidade perfeita, exigindo para a realização dessa tarefa uma permanente construção e reconstrução.⁴⁷⁹ A dimensão da construção e da reconstrução é o próprio agir humano, é práxis, é a mediação entre o ideal e o real, é, em síntese, a transformação.

A transformação que se opera no Estado Democrático leva em consideração a pluralidade humana, a qual é condição básica da ação e do discurso, pois é com palavras e atos que os indivíduos se inserem no mundo humano. Por meio do discurso e da ação os

⁴⁷⁶ HEIDEGGER, Martin. **A origem da obra de arte...** p. 27.

⁴⁷⁷ Conforme DUSO, Giuseppe. “Crise da ciência política e filosofia: Eric Voegelin, Leo Strauss e Hannah Arendt”. In _____. **O poder...** p. 448.

⁴⁷⁸ DUBOIS, Christian. **Heidegger...** p. 176.

⁴⁷⁹ Conforme GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 154 a 157. Cabe aqui a ressalva de que o autor dá ênfase à concepção procedimental da Constituição, com base, principalmente, em Luhmann, Habermas e Rawls, afirmando que a simples elaboração de um texto constitucional não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais. Essa concepção difere em certa medida da defendida neste trabalho, cujo objetivo é justamente o de demonstrar a importância de uma compreensão substancial da Constituição.

homens podem se distinguir e se manifestar, podem mostrar quem são, revelando suas identidades singulares. É a revelação de “quem” em contraposição a “o quê” alguém é.⁴⁸⁰

A identidade que é a Constituição não significa a supressão das diferenças. Ao contrário, a diferença é o traço característico da sociedade democrática contemporânea, onde a multiplicidade de valores culturais, compromissos morais e concepções sobre vida digna a configura de maneira a ser o consenso buscado em meio da heterogeneidade e do conflito.⁴⁸¹ Dessa forma, a aplicação de uma lei significa muito mais do que a mera compreensão de seu sentido jurídico, pois cria uma nova realidade.⁴⁸²

A democracia produz uma nova forma social, onde as identificações dos indivíduos são baseadas no princípio da legitimação do conflito.⁴⁸³ Sendo a tarefa do intérprete produtiva, a contrariedade ao imaginário não significa pura negação, mas abertura para novas perspectivas,⁴⁸⁴ apontando para o esgotamento das potencialidades do Direito nos moldes totalizantes da racionalidade formal e, conseqüentemente, para a própria necessidade de transformação.⁴⁸⁵ O nível de exigências impostas pela própria sociedade caracteriza, segundo Müller, uma democracia avançada, pois o Estado não pode ficar aquém dessas exigências, que se acham incorporadas nos textos das Constituições.⁴⁸⁶

A democracia é verdadeiro direito fundamental, cuja universalidade deriva de sua natureza principiológica. Como princípio, ingressa de forma constitutiva no ordenamento jurídico constitucional (art. 1º, CF), consubstanciando-se, segundo Bonavides, como “o mais valioso dos direitos fundamentais”.⁴⁸⁷

A crescente complexidade sócio-econômica estimula o Executivo a substituir a racionalidade formal pela racionalidade material em seus processos decisórios, o que faz cair a “máscara ideológica” do idealismo jurídico comum ao jusnaturalismo racionalista e ao positivismo normativista, que forma base do imaginário dominante. Segundo Faria, ao “assumir as funções de regulamentação, controle e direção, quebrando a rigidez hierárquica da ordem liberal, o Estado intervencionista abriu caminho para a institucionalização do

⁴⁸⁰ Conforme ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, pp. 188 a 192.

⁴⁸¹ Conforme CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 78.

⁴⁸² Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**... p. 359.

⁴⁸³ Conforme ROCHA, Leonel Severo. “Direito, cultura e democracia I”. In STRECK, Lenio Luiz; _____ (orgs.). **Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos**, São Leopoldo, 2000, p. 149.

⁴⁸⁴ Conforme HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**... pp. 76 – 77.

⁴⁸⁵ Nesse sentido, CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997, pp. 56 – 57.

⁴⁸⁶ Conforme MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**... p. 115.

⁴⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. “A salvaguarda da democracia constitucional”. In MAUÉS, Antonio G. Moreira. **Constituição e democracia**... p. 253.

planejamento”, convertendo a lei em um “instrumento de gestão governamental” e direção social.⁴⁸⁸

No contexto de transformação a democracia é compreendida como um processo dinâmico, que pressupõe uma sociedade não somente aberta, mas principalmente ativa, oferecendo aos seus cidadãos, no transcorrer do processo histórico, uma possibilidade de desenvolvimento e condições de igualdade econômica, política e social.⁴⁸⁹ É nesse sentido que deve ser orientada a interpretação dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro (cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político – art. 1º, CF) e dos objetivos fundamentais da República (construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais; promoção do bem de todos – art. 3º, CF).

O princípio democrático aponta para um processo de democratização e, na perspectiva de realização global do projeto constitucional, atinge diversos aspectos da vida econômica, social e cultural.⁴⁹⁰ Assim, por exemplo, a liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX, CF), o acesso a informações de interesse coletivo ou geral (art. 5º, XXXIII), a liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8º, CF), a liberdade criação de partidos políticos (art. 17, CF), etc. Esses são exemplos do princípio democrático como informador do Estado e da sociedade. No sentido constitucional, a democracia é “democratização da democracia”.⁴⁹¹

Essa nova cultura política permite observar que o Direito não se esgota em um fator de dominação, sendo, ao contrário, um dos fatores principais para a democracia e a democratização do País.⁴⁹² O Direito é, no dizer de Dworkin, a mais estruturada e reveladora

⁴⁸⁸ FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: o direito como instrumento de transformação social. São Paulo: Edusp, 1988, p.59.

⁴⁸⁹ Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. ... p. 420. Nesse ponto, cabe lembrar a análise de Höffe sobre a felicidade em Aristóteles. Höffe afirma que para Aristóteles a felicidade é o horizonte em que todos os objetivos e interesses comuns encontram seu sentido. A felicidade perfaz uma unidade que não é teórica, mas prática, a unidade do bem-sucedido e pleno de sentido, em oposição ao mal-sucedido e sem sentido. Reside na felicidade o objetivo último e inultrapassável da aspiração humana. (Conforme HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 235).

⁴⁹⁰ Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. **op. cit.** p. 421.

⁴⁹¹ Idem, *ibidem*. Canotilho alerta para o fato de que a democratização não é “totalitarismo” e “politização” da vida. A sua finalidade é criar uma “publicidade activa”, por meio da participação ativa na discussão sobre as possibilidades, fins e alternativas nos processos de decisão política, realizando uma mudança de domínio e de estilo de direção. (*Ibidem*).

⁴⁹² Conforme ROCHA, Leonel Severo. “Direito, cultura política e democracia I” ... p. 152.

instituição social.⁴⁹³ O Estado Democrático de Direito, assim, emerge como superação dialética da fórmula do Estado de Direito, por um lado, e do *Welfare State*, por outro. O seu conteúdo é aprimorado, sendo imposta à ordem jurídica e à atividade estatal o conteúdo, utópico, de transformação do *status quo*.⁴⁹⁴

Ao próprio Direito é anteposto um conteúdo social, dando ao Estado uma nova conformação axiológico-política. Com isso, esvai-se a noção de legalidade própria do Estado de Direito formal do liberalismo jurídico do século XIX, não mais sendo a lei concebida apenas com ordem geral e abstrata. *O conteúdo da legalidade assume a forma de uma busca pela concretização da igualdade, pela realização de intervenções que gerem diretamente alterações na situação de uma comunidade.* O Estado Democrático de Direito possui um conteúdo transformador da realidade, o qual ultrapassa, segundo Morais, o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem, agindo como fomentador da participação pública, irradiando os valores da democracia sobre toda a ordem jurídica: “E mais, a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência”.⁴⁹⁵

Assim, não somente a constitucionalidade, como vinculação do Estado à Constituição como instrumento de garantia jurídica, é princípio relevante no Estado Democrático de Direito, mas a própria organização democrática da sociedade, tornando reais novas possibilidades de participação social: os direitos fundamentais coletivos, que transformam o Estado em um Estado “antropologicamente amigo”, o qual se empenha na defesa e na garantia da liberdade, justiça e solidariedade; a justiça social, corrigindo desigualdades; a igualdade, como articulação de uma sociedade justa; a legalidade, como meio de ordenação racional vinculativamente prescritiva que exclui a arbitrariedade; a divisão de Poderes; e a segurança e a certeza jurídicas. Muito mais do que os instrumentos de que dispõe, concebidos com o Estado Liberal e o Estado Social, a inovação que representa o Estado Democrático de Direito é, efetivamente, *teleológica*.⁴⁹⁶

O caráter teleológico visa ao estabelecimento de uma conexão entre o traço incerto da democracia e o Direito, reconstruindo os primados básicos de certeza e segurança jurídicas da

⁴⁹³ “For we take an interest in law not only because we use it for our own purposes, selfish or noble, but because law is our most structured and revealing social institution. If we understand the nature of our legal argument better, we know better what kind of people we are”. (DWORKIN, Ronald. *Law’s empire*... p. 11).

⁴⁹⁴ Conforme MORAIS, José Luis Bolzan de. “Revisitando o estado! Da crise conceitual à crise institucional (constitucional)”. In STRECK, Lenio Luiz; ‘et. al.’. **Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos**... p. 82.

⁴⁹⁵ Idem. **Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, pp. 72 a 75.

⁴⁹⁶ Idem, pp. 75 – 76.

juridicidade liberal, adaptados a uma ordenação jurídica voltada não somente para a garantia e conservação do passado, mas para a implementação do futuro.⁴⁹⁷ *A essência dessa legitimidade é a Constituição*. Sem legitimidade, não há democracia e, sem democracia, não prevalece o Estado de Direito.⁴⁹⁸

A institucionalização da democracia em 1988 veio acompanhada por uma “agenda social” que transcende aspectos meramente formais, tratando-se de um modelo constitucional fortemente dirigente, base do fortalecimento da sociedade brasileira. Hoje é comum conviver-se entre uma multiplicidade de movimentos e organizações sociais, cujos objetivos estão voltados à defesa de diversos interesses coletivos e gerais. No contexto simbólico do reconhecimento e da identidade na Constituição, está a legitimidade dessas instituições para reivindicar a concretização desse catálogo de direitos constitucionalmente previstos, por meio da implementação de políticas públicas pelo Estado.⁴⁹⁹

O que pretende o Estado Democrático de Direito alcançar é a “simbiose” entre a legitimação processual e a legitimação normativo-material. Como afirma Canotilho,

Se o Estado Constitucional Democrático não se identifica com um Estado de Direito formal reduzido a simples ordem de ‘organização e de ‘processo’, e visa ‘legitimar-se’ como um ‘Estado de justiça (social)’, histórico-concretamente realizável (e não simplesmente como um Estado de razão ou de direito abstracto), o problema reconduz-se sempre à concepção de ‘justiça social’, erguida em ‘factor’ de legitimação constitucional.⁵⁰⁰

A Constituição, ao impor ao Poder Público a criação de pressupostos materiais para a realização da democracia social e econômica, prescreve “funções de Estado de terceira ordem”, que pressupõem intervenções qualitativas na ordem econômica existente, não apenas limitadas a uma função de direção ou coordenação de uma economia de mercado, mas como verdadeiros “instrumentos de transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais”.⁵⁰¹

⁴⁹⁷ “A atuação do Estado passa a ter um conteúdo de mudança do *status quo*, a lei aparecendo como um instrumento de transformação por incorporar um papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade. Dessa forma, os mecanismos utilizados aprofundam paroxisticamente seu papel promocional, mutando-o em transformador das relações comunitárias. O ator principal passa a ser coletividades difusas a partir da compreensão da partilha comum de destinos”. (MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**... pp. 80 – 81).

⁴⁹⁸ Conforme BONAVIDES, Paulo. “A salvaguarda da democracia constitucional”... p. 245.

⁴⁹⁹ “Por certo, em um país como o Brasil, em que o acesso a direitos sociais básicos ainda não é garantido a milhões de pessoas, não surpreende a generosidade do Poder Constituinte que, em síntese, traduziu essa perspectiva de que o Estado constitucional também é um espaço de síntese e de proclamação de esperanças que, historicamente, foram esquecidas”. (MENDES, Gilmar Ferreira. “Integração social e perspectivas da democracia”. **Direito público n. 7**, 2005, p. 11).

⁵⁰⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**... p. 25.

⁵⁰¹ Idem. **Direito constitucional**... p. 479.

Em nível axiológico e teleológico, o sentido de Constituição perfaz a unidade do ordenamento jurídico, constituindo o sentido de suas estruturas. Conseqüentemente, em nível normativo, o direito constitucional possui uma força atuante e conformadora. A própria expressão “Constituição dirigente” foi intencionalmente utilizada por Canotilho para destacar esse caráter do direito constitucional.⁵⁰²

A força conformadora do direito constitucional refere-se à pretensão das Constituições, e em especial da Constituição Federal de 1988, de *conformar globalmente o político*, como esclarece Canotilho:

Se esta conformação é no sentido ‘conservativo’, ‘evolutivo’ ou ‘revolucionário’, se o momento constitutivo-constitucional se impregnou de ‘política’ e de ‘ideologia’ (isto é: com constitucionalização de normas programáticas e de princípios definidores dos fins do Estado) ou se o processo de decisão constitucional conformadora se inspira no lema da *policy without law* porque acredita na auto-regulação do *statu quo*, isso em nada anula a ‘intenção actuante’ do direito constitucional.⁵⁰³

As teses sobre o “grau zero” da eficácia constitucional, que partem de uma teoria do Direito exclusivamente coativa e de um ceticismo em relação ao seu valor como “instrumento de direção social”, carecem do sentido da pré-compreensão do Estado e da Constituição. Qualquer perspectiva que não seja “reducionista” salienta que o Direito não está circunscrito a um conjunto de “normas negativas”, mas aceita “o desafio da sociedade, arrogando-se a uma função distributiva e a uma função promocional”.⁵⁰⁴

Por conseguinte, a Constituição abandona a imagem de ordenamento repressivo, preocupado principalmente com a regulação das inconstitucionalidades formais, afirmando-se “nas vestes de ‘constituição distributiva’ e de ‘constituição promocional’”. *As dimensões mais importantes do direito constitucional são suas dimensões positivas, de impulso, incentivo e direção no processo social*. Isso significa que a eficácia normativa das imposições constitucionais reconduz-se a um problema de decisão. Do conjunto normativo-constitucional se deduz que a tarefa de concretização das imposições constitucionais não é somente uma tarefa da legislação, mas também uma tarefa de direção política, sem, no entanto, estar restrita a uma “função de governo” ou a uma “função de parlamento”, pois se trata de uma tarefa global de planificação, fixação e execução dos fins constitucionalmente normatizados.⁵⁰⁵

⁵⁰² Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**... p. 27.

⁵⁰³ Idem, p. 28. Grifos no original.

⁵⁰⁴ Idem, p. 30.

⁵⁰⁵ Idem, pp. 30 e 177 a 179. “Radica já nesta ideia a necessidade de substituir a expressão *imposições legiferantes* pela fórmula *imposições constitucionais* e de perspectivar o problema da concretização destas imposições como um problema de *direção política*”. (Idem, p. 179. Grifos no original).

4.2.3 Vinculação constitucional

Impera o primado da vinculação normativo-constitucional, isto é, a norma a ser concretizada não é um *topos* entre outros, mas o elemento central da concretização, estabelecendo limites intransponíveis para qualquer atividade interpretativo-aplicativa da Constituição, excluindo três casos de concretização: (a) quando a concretização se revela em “manifesta contradição com o texto constitucional”; (b) quando não é possível detectar um “sentido conforme o programa normativo-constitucional”; (c) e quando não se vislumbra qualquer possibilidade de “referência normativa à constituição”.⁵⁰⁶

O direito constitucional, como direito positivo, possui traços que lhe são peculiares, em relação a sua forma, procedimento de criação e posição hierárquica de suas normas, o que permite distingui-lo de outras “constelações normativas do ordenamento jurídico”.⁵⁰⁷

Primeiramente, cabe ser ressaltada sua posição “hierárquico-normativa superior” em relação aos demais ramos do Direito. Essa característica é revelada em três perspectivas: (a) as normas constitucionais possuem “autoprimazia normativa”, o que importa dizer que sua validade não é derivada de outras normas com dignidade hierárquica superior. Pragmaticamente, pressupõe-se que o direito constitucional é portador de um valor normativo formal e material superior, por ser constituído por normas democraticamente feitas e aceitas, informadas por “estruturas básicas de justiça”; (b) as normas constitucionais são fontes primárias de produção jurídica, o que importa na existência de um procedimento de criação de normas jurídicas, no qual as normas superiores constituem “as determinantes positivas e negativas das normas inferiores”; (c) o direito constitucional é um direito heterodeterminante, sob o aspecto positivo e negativo. Como consequência dessa característica, tem-se “a conversão do direito ordinário em direito constitucional concretizado”. Todos os atos políticos devem estar em conformidade com a Constituição.⁵⁰⁸

Daí ser assinalada ao direito constitucional uma “indeclinável” função promocional, captada na operatividade funcional das normas e princípios “impositivos de fins, tarefas e programas constitucionais”.⁵⁰⁹ O direito constitucional é aberto ao tempo, de modo a conter a Constituição, deliberadamente, uma regulação incompleta, garantindo um espaço de antagonismo, compromisso e consenso pluralísticos, intrínsecos à sociedade democrática. Ao demais, em um segundo plano, o direito constitucional aberto ao tempo é um direito

⁵⁰⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**... p. 192.

⁵⁰⁷ Idem. **Direito constitucional**... p. 140.

⁵⁰⁸ Idem, pp. 140 a 143.

⁵⁰⁹ Idem, p. 146.

suscetível de alterações formais, de acordo com as necessidades impostas pela evolução política e social. Esse desenvolvimento constitucional significa, justamente, o compromisso entre a estabilidade e a dinâmica do direito constitucional.⁵¹⁰

A relevância do direito constitucional e do bloco constitucional dirigente implica eliminação de uma atividade dirigente infraconstitucional livre e criadora, fora do Direito. *A atividade política deixa de ser uma atividade juridicamente livre e constitucionalmente desvinculada.* No entanto, o próprio Canotilho ressalta que o bloco constitucional dirigente não representa, como muitas vezes de forma errônea se pretende, um “caminho-de-ferro espiritual para política”, a ponto de reduzir a direção política à execução de preceitos constitucionais:

Pelo contrário: o sentido dinâmico-programático destas disposições postula mesmo a existência de actos de ‘direcção política’ e de ‘governo’ como actos directivos, planificadores, conformadores, programáticos e criadores. A ‘dinâmica constitucional’ exige ‘dinâmica política’; o programa constitucional aponta para ‘programa de governo’ e para actos de direcção político-programática. Sendo assim, a vinculação jurídico-material do ‘programa constitucional’ não visa eliminar o *Ermessen*, a ‘liberdade de conformação’ dos órgãos constitucionais titulares de competência de direcção política; procura, antes de tudo, estabelecer um ‘fundamento constitucional’ para a política. Esta deve mover-se no âmbito do programa normativo-constitucional.⁵¹¹

Isso quer dizer que o bloco constitucional dirigente não substitui a política: é sua premissa material. Não se trata de uma vinculação por meio de imposição de limites. A vinculação é material, por exigir um fundamento constitucional para os atos políticos. Esse entendimento é o mais compatível com o sentido atual do Estado Democrático de Direito. O poder do Estado não é uma “entidade substancial” que preexiste à Constituição, sendo, posteriormente, por esta limitada (racionalidade liberal-iluminista); o poder do Estado tem seu fundamento na Constituição. Com isso, os atos estatais são também considerados “constitucionalmente determinados”.⁵¹²

A tarefa do intérprete constitucional é a de aceitar e conservar o que é transmitido em razão da força formal e da superioridade da configuração da arte autêntica. Assim, não somente a obra de arte está em permanente construção; o próprio ordenamento jurídico acaba acarretando uma contínua atividade construção de sentido, de adequação das normas à

⁵¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**... pp. 151 – 152.

⁵¹¹ Idem. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**... p. 463.

⁵¹² Idem, pp. 463 – 464.

realidade em constante mutação, em conformidade com a teleologia constitucional que aponta para uma atividade prolongada no tempo.⁵¹³

Na Constituição, assim como na obra de arte, o que ainda não está lá na coerência total de um produto final, mas em uma “transitoriedade impetuosa”, é transformado em um produto duradouro. Crescer dentro dele significa, ao mesmo tempo, crescer “para além de nós mesmos”.⁵¹⁴ Nessa permanência hesitante existe, sim, algo durável: *uma sociedade democrática*. São os próprios conflitos e antagonismos inerentes a essa sociedade que, ao cabo, vinculam o intérprete a uma interpretação conforme a Constituição.

4.3 A SUBJETIVIDADE DA OBRA DE ARTE E A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

4.3.1 A supremacia da Constituição

A idéia da Constituição como “norma suprema”, superior ao direito positivo e por ele inderrogável, remonta à doutrina de um direito natural superior a qualquer outro. No constitucionalismo inglês, o direito natural foi invocado como limite frente ao poder do rei e às supostas faculdades do parlamento. No célebre *Bonham’s Case* (1610), o juiz Coke afirmou que, quando uma lei do parlamento opunha-se ao direito comum ou à razão, tal fato seria verificado pelo próprio direito comum, que sancionaria o ato com nulidade.⁵¹⁵

Também a versão puritana e laica do direito natural sustentada por Locke conduzia à idéia de um *fundamental law*. Os homens que ingressassem em sociedade abririam mão da igualdade, da liberdade e do poder executivo (sancionador) inerente ao estado de natureza, em favor da sociedade, para ser disposto e regulado pelo poder legislativo, como o bem requerido pela própria sociedade. O poder da sociedade jamais poderia ultrapassar o bem comum, sendo obrigado a assegurar a propriedade de todos.⁵¹⁶

Essa concepção de um direito primário, superior a qualquer outro, não chegou a se consolidar na Inglaterra, mas nas colônias americanas, onde as condições eram mais propícias. A pretensão dos colonizadores era a de legitimar e limitar a ação coletiva, por meio

⁵¹³ Nesse sentido, ROESLER, Cláudia Rosane. “Debate sobre a função social do operador jurídico e seus pressupostos”. In CORRÊA, Darcísio (org.). **Direito, espaço público e transformação social**. Ijuí: Unijuí, 2003, p. 237.

⁵¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. **A atualidade do belo**... p. 79.

⁵¹⁵ Conforme SEGADO, Francisco Fernández. “Reflexiones en torno a la interpretación de la constitución”. **Revista de derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay**, 2003, p.19.

⁵¹⁶ Conforme LOCKE, John. **The second treatise of government**... p. 73.

de instrumentos escritos “fundamentais”. O objetivo da Constituição americana não foi o de limitar o poder, mas o de criar poder e constituir devidamente todo um novo centro de poder, visando à compensação da república confederada, cuja autoridade teria de ser exercida sobre um amplo território, em razão do poder perdido pela separação das colônias da coroa inglesa.⁵¹⁷ Dessa forma, a Revolução Americana consolidou a idéia de uma Constituição formalizada em um documento escrito e solene, definida como limitada, por conter certas proibições expressas aplicáveis à autoridade legislativa e que, em razão disso, exigia dos tribunais a manutenção de suas cláusulas constitucionais frente a qualquer ato de oposição ou contrariedade, concepção que está na origem da doutrina do *judicial review*.⁵¹⁸

No final do século XVIII, os princípios constitucionais desenvolvidos por Sieyès afastaram-se das Constituições formadas “en la larga noche de la barbarie feudal”, assim como da gótica e equilibrada Inglaterra, demasiadamente complexa para seu espírito racionalista. Sieyès introduziu na cultura francesa revolucionária um conceito que já havia sido enunciado na Revolução Americana: o pacto constitucional somente pode ser escrito por um poder constituinte, por delegados extraordinários. Da soberania do povo passou-se a um poder constituinte ilimitado, que deveria estabelecer os poderes constituídos, os quais, por sua vez, deveriam atuar dentro dos limites demarcados pela própria Constituição.⁵¹⁹

Ao contrário da tradição inglesa, onde é adotado o sistema de *checks and balances*, pelo qual a limitação do poder é confiada ao mecanismo espontâneo dos “contra-poderes”, isto é, as limitações dos poderes não são externas, mas internas, derivadas de sua própria composição, pois somente o poder possui condições de limitar o poder, na tradição francesa e continental é adotada a *estratégia da regra*: a limitação do poder é confiada a uma norma superior, a própria Constituição, que fixa seus titulares e o âmbito de seu exercício. Está presente no pensamento de Sieyès, desde o início, essa idéia de “supralegalidade constitucional”. Sieyès criticou a estratégia da balança, adotando expressamente a estratégia da regra, pois a estratégia da balança não teria limitado previamente a totalidade do poder. Entendia que primeiramente era necessário limitar o poder, para que fossem estabelecidos os âmbitos nos quais ele poderia ser exercido, para posteriormente a limitação ser construída de uma forma mais funcional. Assim, Sieyès formulou uma saída institucional para a estratégia

⁵¹⁷ Conforme ARENDT, Hannah. **On revolution**... p. 154.

⁵¹⁸ É com o constitucionalismo norte-americano que são assentadas as bases da primazia da Constituição, seu caráter normativo e sua pretensão de reger, com eficácia, a conduta de todos os poderes públicos. (Conforme SEGADO, Francisco Fernández. “Reflexiones en torno a la interpretación de la constitución”... p. 20.

⁵¹⁹ Conforme MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**... p. 228.

das regras, por meio de um controle de constitucionalidade, ao propor a instituição de um órgão competente pra controlar a conformidade da lei com a Constituição.⁵²⁰

Um século e meio depois, Kelsen traçou uma Teoria do Estado e uma Teoria da Constituição, estruturadas e desenvolvidas com base em critérios geométricos puros. Sua construção foi fundamentada como uma reação positivista: tinha por objetivo a orientação do Direito com base em dados observáveis e experimentáveis, ou seja, positivos, fossem eles provenientes da vontade, das relações sociais ou da própria norma jurídica, rechaçando-se, assim, qualquer influxo do direito natural. A partir dessas premissas, Kelsen concebeu sua *Grundnorm* como fundamento de validade de um conjunto normativo escalonado, de acordo com uma dinâmica interna na qual cada escalão intermediário era concebido como executor do anterior e, por sua vez, criador do seguinte, até chegar ao momento da aplicação. Conseqüentemente, a Constituição representa o escalão de direito positivo mais elevado, de modo que a produção das demais normas jurídicas era regulada por ela. Assim, o fundamento de validade de uma lei somente poderia residir na Constituição. Nesse ponto, Kelsen levantou a questão de saber a quem deveria a Constituição conferir competência para decidir se, em determinado caso, foram ou não cumpridas objetivamente as normas constitucionais, lançando os fundamentos do controle de constitucionalidade.⁵²¹

Em 1928, Smend enfrentou as posições normativistas de Kelsen, refletindo sobre o sentido, função e finalidade da Constituição. Sua tese era a de que o direito constitucional requeria um tratamento próprio das ciências do espírito, exigindo uma referência a valores. O primeiro elemento que caracterizaria a interpretação constitucional era o caráter político do direito constitucional. Na mesma linha, Leibholz sustentava que era simplesmente impensável para um tribunal constitucional considerar-se totalmente apartado da ordem política, que afetaria suas decisões. Entre os deveres de um tribunal constitucional na interpretação de normas, estava o de incluir nas suas considerações as conseqüências políticas de eventual decisão.⁵²²

Essa teoria sofreu fortes críticas, sob o argumento de que o tribunal constitucional estaria decidindo com base em motivos de oportunidade ou conveniência política, transformando o controle jurídico em controle político, crítica também dirigida ao *judicial review* norte-americano, que foi tachado, além de extremamente conservador, de “governo

⁵²⁰ Conforme BARBERIS, Mauro. “Os limites do poder: a contribuição francesa”. In DUSO, Giuseppe (org.). **O poder...** pp. 225 a 227.

⁵²¹ Vide KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre...** passim.

⁵²² Conforme SEGADO, Francisco Fernández. “Reflexiones en torno a la interpretación de la constitución”... pp. 26 – 27.

dos juízes”. Forsthoff rechaçou por completo a metodologia interpretativa de Smend, defendendo um modelo hermenêutico baseado somente em regras formais. O método desenvolvido por Smend seria próprio das ciências do espírito, o que transformaria a Constituição em um sistema de simples vivências psicológicas, afetando sua positividade. Assim, Forsthoff equipara, com base nos critérios tradicionais de interpretação, a interpretação constitucional à interpretação legal.⁵²³

Mais recentemente, Häberle tem defendido uma teoria da Constituição sem direito natural. Aos valores constitucionais caberia definir um espaço aberto que tornasse possível o jogo de diferentes alternativas, o que permitiria a qualquer idéia ou tendência a possibilidade de se tornar majoritária. O essencial da Constituição não seria uma concepção material de homem, mas a construção da vida social e política como um processo indefinidamente aberto.⁵²⁴

4.3.2 A interpretação conforme a Constituição como “método” ou “técnica” interpretativa

As considerações até aqui feitas servem para demonstrar que prevalece, sob o aspecto formal ou material, a supremacia da Constituição sobre as demais normas que formam um determinado ordenamento jurídico. O intérprete é obrigado a interpretar esse ordenamento jurídico de acordo com as disposições das normas constitucionais.

Isso, entretanto, denota apenas um caráter de trivialidade da interpretação conforme a Constituição. De modo geral, todo o intérprete e todo o tribunal interpretam conforme a Constituição, o que significaria acolher, entre vários sentidos *a priori* da norma infraconstitucional, aquele que esteja em maior conformidade com a Constituição, evitando a declaração de inconstitucionalidade da lei.⁵²⁵

Com isso, desenvolveu-se uma pauta de princípios de interpretação constitucional, os quais devem ser aplicados conjuntamente, em uma relação de complementações e restrições recíprocas. Esses princípios são o da unidade da constituição, da concordância prática, da correção funcional, da eficácia integradora, da força normativa da Constituição e da máxima efetividade. Além desses princípios, que são exclusivos de interpretação constitucional,

⁵²³ SEGADO, Francisco Fernández. “Reflexiones en torno a la interpretación de la constitución”... p. 28.

⁵²⁴ Vide HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**... passim.

⁵²⁵ Conforme SILVA, Virgílio Afonso da. **La interpretación conforme a la constitución**: entre la trivialidad y la centralización judicial. Disponível em < <http://www.ejournal.unam.mx/cuestiones/cconst12/CUC1201.pdf>>. Acesso em 07.01.2006.

integram a pauta os princípios da proporcionalidade ou razoabilidade, o da presunção de constitucionalidade das leis e, justamente, o princípio da interpretação conforme a Constituição.⁵²⁶

Bonavides diz que o princípio da interpretação conforme a Constituição não se trata a rigor de um princípio de interpretação constitucional, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição. Como método especial, foi desenvolvido especialmente com base em julgados da Corte Constitucional de Karlsruhe, significando, em essência, que nenhuma lei será declarada inconstitucional quando comportar uma “interpretação em harmonia com a Constituição e, ao ser assim interpretada, conservar seu sentido ou significado”.⁵²⁷

O método justifica-se, na medida em que uma norma pode admitir várias interpretações, sendo que algumas conduzem à inconstitucionalidade, e outras, ao revés, a tornam compatível com a Constituição. O intérprete deve necessariamente optar pela segunda solução, evitando-se, assim, a nulidade da lei em razão de normas dúbias nela contidas, desde que seja possível torná-la compatível com a Constituição. O fim da lei não deve ser desprezado, de modo a ser conservado o máximo possível da intenção do legislador, ou seja, o intérprete não pode levar às últimas conseqüências a aplicação deste método, a ponto de perder de vista o fim contemplado pelo legislador.⁵²⁸

Esse método denota a presunção de que o legislador possui a disposição de não infringir a Constituição, a presunção de que toda a lei é constitucional: em caso de dúvida, a lei será interpretada conforme a Constituição. A declaração de nulidade de uma lei é o último recurso do qual lança mão o juiz, quando não encontra outra saída além do reconhecimento da inconstitucionalidade da lei.⁵²⁹

Bonavides aponta um aspecto negativo e um positivo da interpretação conforme a Constituição. Negativamente, afirma que se deve temer que o método possibilite a adoção de artifícios que façam prevalecer incólumes no ordenamento jurídico leis inconstitucionais, o que teria por conseqüência aliviar a vigilância do legislador contra a emissão de normas semelhantes: “Corre-se não raro com o emprego desse método o risco de transformar a interpretação da lei conforme a Constituição numa interpretação da Constituição conforme a lei”.⁵³⁰

⁵²⁶ Conforme COELHO, Inocêncio Mártires. “Métodos e princípios da interpretação constitucional”... p. 29.

⁵²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**... p. 518.

⁵²⁸ Idem, p. 519.

⁵²⁹ Idem, *ibidem*.

⁵³⁰ Idem, pp. 519 – 520.

Positivamente, o método faz com que juízes e tribunais percebam que sua tarefa não é a de desautorizar o legislativo e tampouco a de legislar, apenas controlá-lo, visando ao aproveitamento máximo dos conteúdos normativos, reconhecendo-lhes a validade sempre que possível. Dessa forma, seu emprego dentro de limites relevantes representa uma das mais seguras alternativas de que pode dispor o Poder Judiciário, para evitar a declaração de nulidade das leis. Adotado sem excesso, o método não desprestigia a função legislativa, além de não enfraquecer a magistratura, que exerce seu poder de conhecer e interpretar a lei pelo ângulo de sua constitucionalidade.⁵³¹

Mendes adota um entendimento similar ao de Bonavides. Em atualização da obra de Meirelles, afirma que a doutrina constitucional brasileira incorporou esse postulado do direito norte-americano, de modo que o juiz, na dúvida, deve reconhecer a constitucionalidade de uma lei. De igual forma, no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição. Deve-se sempre partir do princípio de que o legislador ordinário busca positivizar uma norma constitucional. Assim, a interpretação conforme a Constituição conhece seus limites tanto na expressão literal da lei, quanto na “vontade do legislador”, de modo que somente é possível se “não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador”.⁵³²

Coelho afirma que o método ou princípio da interpretação conforme a Constituição, ao recomendar aos aplicadores da Constituição, em face de normas infraconstitucionais de múltiplos significados, que escolham o sentido que as torne constitucionais, a um só tempo valoriza o trabalho legislativo, conservando as leis, e previne o surgimento de conflitos, que seriam perigosos, caso os juízes se colocassem a invalidar os atos legislativos. Recomenda, no entanto, que essa prudência não seja excessiva, para que os juízes não se ponham a salvar leis inconstitucionais, às custas da Constituição. Acresce, por fim, que o método passou a consubstanciar, modernamente, um mandado de otimização do “querer” constitucional, no sentido de que, entre diversas interpretações igualmente constitucionais de uma lei, deve-se escolher a que melhor se orienta para a Constituição, ou a que melhor corresponde às decisões do constituinte.⁵³³

Na doutrina estrangeira, Larenz sustenta que somente o Tribunal Constitucional pode decidir se uma decisão do Direito “pós-constitucional” contradiz a Constituição (considerando

⁵³¹ Conforme BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. ... pp. 520 e 524.

⁵³² MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 28.ed. at. por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 400.

⁵³³ Conforme COELHO, Inocêncio Mártires. “Métodos e princípios da interpretação constitucional”... p. 35.

que na Alemanha não há controle difuso de constitucionalidade, apenas concentrado). A Corte Constitucional alemã em muitos julgados declarou que uma disposição somente será inconstitucional quando não puder ser interpretada “em conformidade com a Constituição”. Para que uma interpretação possa reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei, seria preciso apurar-se, de acordo com os métodos de interpretação tradicionais, se essa interpretação é a única possível. Nesse caso, a disposição seria inválida; caso contrário, se possível uma interpretação que resulte em conformidade com a Constituição, de acordo com os demais critérios de interpretação, deve ser preferida em relação a qualquer outra em que a disposição viesse a ser declarada inconstitucional:

Disto decorre, então, que de entre várias interpretações possíveis segundo os demais critérios sempre obtém preferência aquela que melhor concorde com os princípios da Constituição. ‘Conformidade à Constituição’ é, portanto, um critério de interpretação.⁵³⁴

Prossegue Larenz afirmando que, se a interpretação conforme a Constituição pretende continuar sendo interpretação, não pode ultrapassar os limites resultantes do sentido literal possível e do contexto significativo da lei, não podendo, tampouco, a interpretação deixar de atender ao escopo da lei. Mas, caso tenha o legislador intentado um efeito mais amplo do que o permitido nos termos da Constituição, a lei poderá ser interpretada restritivamente conforme a Constituição. Nesse caso, diz o autor, já não se trataria de interpretação, mas de uma “redução teleológica” e, conseqüentemente, de um desenvolvimento do Direito conforme a Constituição.⁵³⁵

Para Canotilho, a interpretação conforme a Constituição é fundamentalmente um princípio de controle, cuja função é a de assegurar a constitucionalidade de uma interpretação. Terá relevância autônoma quando não for possível, por meio da utilização dos vários elementos interpretativos, a obtenção de um sentido inequívoco, dentre os vários significados da norma. Constrói, assim, uma formulação básica para o princípio: “no caso de normas

⁵³⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito...** p. 480.

⁵³⁵ Afirma Larenz que o Tribunal Constitucional Federal tem reiteradamente decidido que uma interpretação conforme a Constituição não é possível em face do “claro teor literal” de uma disposição. A interpretação conforme a Constituição seria, portanto, uma situação distinta da interpretação de princípios constitucionais. Os princípios, segundo Larenz, são pautas “carecidas de preenchimento, para cuja concretização são convocados tanto o legislador ordinário como a jurisprudência”. No caso da interpretação conforme a Constituição, vigora o primado de concretização do legislador. Isso significa que, onde houver diferentes possibilidades de concretização, os tribunais estarão vinculados à escolhida pelo legislador ordinário, o que será possível somente quando a regulação encontrada pelo legislador for contraditória em relação à Constituição. (Idem, pp. 481 – 482).

polissêmicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição”.⁵³⁶

Ainda segundo Canotilho, essa formulação comporta uma série de dimensões,⁵³⁷ as quais devem ser articuladas conjuntamente, tornando-se claro que: a interpretação conforme a Constituição só é possível quando houver um espaço de decisão onde forem admitidas várias propostas de interpretação; o resultado interpretativo que levar à contrariedade à Constituição impõe a rejeição, por inconstitucionalidade, da respectiva norma; a interpretação conforme a Constituição deve ser afastada quando se obtém um regulação nova e distinta, contrária ao resultado pretendido pelo legislador, ou em contradição com o sentido literal ou sentido objetivo da lei, ou, ainda, em manifesta dessintonia com os objetivos pretendidos pelo legislador.⁵³⁸

No Brasil, a interpretação conforme a Constituição está, segundo já decidiu o Supremo Tribunal Federal, inserida no âmbito do juízo de constitucionalidade em abstrato. Assim, não se apresenta como método ou regra de interpretação, mas como modalidade de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, acórdão da lavra do Ministro Moreira Alves, Relator da Representação de Inconstitucionalidade nº 1417-7/DF:

O princípio da interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) é princípio que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação. (...) Em face da natureza e das restrições da interpretação conforme a Constituição, tem-se que, ainda quando ela seja aplicável, o é dentro do âmbito da representação de inconstitucionalidade, não havendo que se converter, para isso, essa representação em representação de interpretação, por serem instrumentos que têm finalidade diversa, procedimento diferente e eficácia distinta.

Pela posição adotada já de longa data pelo Supremo Tribunal Federal, os métodos de interpretação podem ser livremente utilizados por qualquer intérprete ou tribunal, mas a interpretação conforme a Constituição, como técnica de julgamento na via concentrada de

⁵³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**... p. 235.

⁵³⁷ As dimensões são as seguintes: “(1) o princípio da prevalência da constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se a interpretação que não seja contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) o princípio da conservação de normas afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; (3) o princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição, mas ‘*contra legem*’, impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais”. (Idem, pp. 235 – 236. Grifos no original).

⁵³⁸ Idem, p. 236.

controle de constitucionalidade, fixa a interpretação da Constituição Federal. Essa tarefa é precípua do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição.⁵³⁹

Isso não significa, entretanto, que o próprio Supremo Tribunal Federal não possua limites em sua interpretação conforme a Constituição, como esclarece o próprio Ministro Moreira Alves:

A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF - em sua função de Corte Constitucional - atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo. (...) No caso, não se pode aplicar a interpretação conforme a Constituição, por não se coadunar essa finalidade inequivocamente colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa, e que dele ressalta pelos elementos da interpretação lógica.⁵⁴⁰

Todos os entendimentos demonstrados sobre a interpretação conforme a Constituição apresentam como traço característico o fato de ser concebida como princípio ou método de interpretação, cujos limites são fixados objetivamente pela intenção do legislador ordinário. Apenas pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal a interpretação conforme a Constituição não é concebida como mera técnica de interpretação, mas como princípio situado no âmbito específico do controle abstrato de constitucionalidade, posição que tem a nefasta consequência de esvaziar o controle difuso de constitucionalidade.

4.3.3 A interpretação conforme a Constituição como modo de ser-no-mundo do intérprete

*Nenhum dos entendimentos arrolados no tópico anterior está em consonância com a perspectiva da Constituição dirigente defendida neste trabalho.*⁵⁴¹ Com efeito, a conclusão a que se chega é a de que a interpretação conforme a Constituição, como método de interpretação, é irrelevante, pois não pode contrariar a intenção do legislador colimada na regra infraconstitucional. Por outro lado, torna-se também irrelevante se concebida com princípio exclusivo ao âmbito de atuação do Supremo Tribunal Federal, tornando praticamente inócuo o controle difuso de constitucionalidade. Pelo quadro apresentado, o

⁵³⁹ Conforme ANJOS, Luís Henrique Martins dos. **A interpretação conforme a Constituição enquanto técnica de julgamento do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <<http://www.direito.ufrgs.br/processoeconstituicao/cursos/arquivosdocurso/InterpretaCfConst.doc>>. Acesso em 12.01.2006.

⁵⁴⁰ Representação de Inconstitucionalidade nº 1417-7/DF.

⁵⁴¹ Vide item 2.3.1, *supra*.

método ou princípio de interpretação que vigora não é o da interpretação conforme a Constituição, mas o da interpretação da Constituição conforme a legislação ordinária.

Em face do caráter dirigente da Constituição e da subjetividade da obra de arte que condiciona o movimento do jogo constitucional e as estruturas do ordenamento jurídico, é possível, desde logo, afirmar que a interpretação conforme a Constituição não é uma simples técnica de interpretação e que tampouco está restrita ao âmbito de atuação do Supremo Tribunal Federal, pela via do controle concentrado de constitucionalidade.

Como bem afirma Streck, a interpretação conforme a Constituição é mais do que mero método, é “um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela”.⁵⁴² Negar sua aplicação implica violação, institucionalizada pelo Poder Judiciário, da Constituição.

A interpretação conforme a Constituição não é mera técnica de interpretação da legislação ordinária. *É um princípio que viabiliza a interpretação da própria Constituição.* Se o sentido de Constituição constitui o sentido do ordenamento jurídico por meio da concretização dos princípios constitucionais, nenhuma regra pode ser aplicada de forma apartada da teleologia constitucional, mesmo porque os princípios não são meramente axiológicos, mas deontológicos.⁵⁴³ *Isso significa que a aplicação de uma regra infraconstitucional pressupõe sempre a interpretação da própria Constituição, cujo sentido se fará presente no caso concreto.*

Trata-se, pois, de *modo de ser-no-mundo*. É por isso que o jogo, em face da subjetividade da obra de arte, vincula na formação de juízos autênticos, ou seja, de juízos constitucionais. *Não existem, no ordenamento jurídico condicionado pelo movimento do jogo constitucional, várias interpretações possíveis de uma regra infraconstitucional.* Pressupor a possibilidade de várias interpretações é equiparar vigência à validade, nos moldes da teoria kelseniana, apartando o Direito e os fatos sociais do mundo do intérprete.

No movimento do jogo constitucional essa perspectiva não se sustenta, pois o próprio movimento do jogo, ao vincular na formação dos juízos autênticos, requer uma postura crítica do intérprete, em razão de sua constante tarefa de construção da obra de arte. As verdades, portanto, não dependem de métodos, “entendidos como momentos supremos da subjetividade

⁵⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise...** pp. 252 – 253.

⁵⁴³ Idem, p. 253.

do intérprete (...). Não há como sustentar meta-critérios que possam validar ou servir de fundamento ao método empregado”.⁵⁴⁴

Já não se trata mais de conceber a interpretação conforme a Constituição como método ou princípio de interpretação da legislação ordinária. Frente à subjetividade da obra de arte, o intérprete não mais define a realidade a partir de sua consciência “assujeitadora do mundo”, estabelecendo-se uma relação intersubjetiva.⁵⁴⁵ A interpretação conforme a Constituição não é, portanto, uma técnica de interpretação da legislação infraconstitucional; *é o próprio diálogo que se mantém com a Constituição*.

Por não residir a verdade nos enunciados, seu desvelamento pressupõe a realização global do programa constitucional, tarefa que o intérprete realiza quando se depara com um texto infraconstitucional. Se o desvelamento é o desvelamento do próprio sentido de Constituição, que, no ordenamento constitucional, está na base dos enunciados normativos, sendo, por isso, fundamento de verdade, a interpretação da legislação infraconstitucional é na verdade *a interpretação da própria Constituição*. No diálogo intersubjetivo entre o intérprete e a obra, a subjetividade desta arrebatada aquele do alheamento metafísico dualista do mundo da consciência, impondo-se como fundamento de verdade, como condição de possibilidade para a formação de juízos autênticos.

Interpretar a legislação infraconstitucional é interpretar a Constituição, não em razão de uma estrutura hierarquizada do ordenamento constitucional, que exigiria somente uma conformação formal entre Constituição e legislação ordinária, mas em razão da concretização da própria Constituição por meio dos princípios constitucionais, cuja aplicação não é apartada da aplicação de uma regra infraconstitucional.⁵⁴⁶

A unidade do ordenamento jurídico não se perfaz em razão do princípio positivista da não-contradição; *a unidade se perfaz como unidade de sentido, já que não há simplesmente essências, não há suportes de sentido, dependendo a interpretação da pré-compreensão do intérprete*.⁵⁴⁷

Como ensina Heidegger, na compreensão o *Dasein* projeta seu ser para possibilidades. O ser para possibilidades é um poder-ser que faz repercutir, sobre o *Dasein*, possibilidades como aberturas. Esse projetar da compreensão elabora-se em formas e, essa elaboração, é chamada por Heidegger de *interpretação*. Na interpretação, a compreensão apropria-se do que compreende, tornando-se ela mesma, não outra coisa. Dessa forma, não há como a

⁵⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise...** pp. 218 – 219.

⁵⁴⁵ Idem, p. 219.

⁵⁴⁶ Conforme discussão proposta no item 3.3 do trabalho.

⁵⁴⁷ Conforme STRECK, Lenio Luiz. **op. cit.** pp. 218 – 219.

compreensão fundar-se existencialmente na interpretação, mas, ao revés, a interpretação se funda existencialmente na compreensão. Nessa articulação do que é compreendido está a chave do “algo como algo”, que antecede qualquer proposição temática a seu respeito.⁵⁴⁸ Sendo a compreensão um existencial, o sentido, como o conteúdo que se apresenta à compreensão, também é um existencial. Daí Heidegger afirmar que o ente emerge do desvelamento de seu ser: “Ao desvelamento do ente chamavam os gregos *αληθεια*. Nós dizemos verdade e pensamentos bastante pouco com essa palavra. Na obra, se nela acontece uma abertura do ente, no que é e no modo como é, está em obra um acontecer da verdade”.⁵⁴⁹

No desvelamento decorrente da interpretação conforme a Constituição tem-se, pois, uma abertura do aberto, de onde emerge aquele “algo” que não reside na proposição da legislação infraconstitucional, mas no sentido de Constituição. O intérprete somente interpreta uma norma infraconstitucional em razão de sua pré-compreensão do sentido de Constituição. A compreensão do sentido de Constituição faz com que a subjetividade do ente constitucional se aproprie da própria compreensão que o intérprete desenvolve da Constituição, estabelecendo uma relação que é simultaneamente objetiva e subjetiva, formando, como conseqüência, juízos autênticos.

Dizer que a interpretação conforme a Constituição é mero método ou técnica de interpretação pressupõe um retorno à história metafísica do encobrimento do ser. Não há como a interpretação conforme ser concebida como técnica de interpretação da legislação infraconstitucional, sem enxergar o mundo a partir do paradigma dualista e objetificante da filosofia da consciência. A interpretação conforme é interpretação da própria Constituição, é o desvelamento do algo como algo, é a efetiva tarefa do intérprete de construção da obra de arte.⁵⁵⁰

A unidade do ordenamento jurídico se perfaz pelo sentido de Constituição porque a interpretação conforme a Constituição não é método ou técnica, mas simplesmente interpretar. Toda a interpretação é conforme a Constituição, porque do sentido de Constituição emerge a verdade do ente, a verdade da legislação constitucional.

Por isso, não há como falar em vários sentidos possíveis de uma norma infraconstitucional, mas apenas em um único sentido possível. Se há vários sentidos, os

⁵⁴⁸ HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit**... pp.148 – 149.

⁵⁴⁹ Idem. **A origem da obra de arte**... p. 27.

⁵⁵⁰ “Na obra de arte, põe-se em obra a verdade do ente. ‘Pôr’ significa adquirir, erigir. Um ente, um par de sapatos de camponês, acede na obra ao estar na clareira do seu ser. O ser do ente acede à permanência do seu brilho. A essência da arte seria então o pôr-se-em-obra da verdade do ente (*das Sich-ins-Werk-Setzen der Wahrheit des Seienden*)”. (Idem, ibidem).

demais não são “possíveis”, pois inautênticos. O único sentido possível de uma norma infraconstitucional é aquele que se coaduna com o sentido de Constituição.

Elimina-se, dessa forma, qualquer necessidade de referência à “intenção” ou à “vontade” do legislador. Não ocorre supressão do espaço de liberdade de conformação política do legislador; mas o intérprete não está, de maneira alguma, atrelado metafisicamente a uma vontade ou intenção supratemporal, muitas vezes divorciada da realidade social, ou comprometida em razão da pressão de certos grupos.

Segundo Canotilho, a força dirigente da Constituição exige uma análise normativo-estrutural de seus preceitos concretos, de modo que o princípio da conformidade dos atos estatais apresente duas dimensões: o princípio da constitucionalidade positiva e da constitucionalidade negativa da legislação. Isso significa que a legislação não é jurídico-constitucionalmente livre, mas também não é heteronomamente determinada no sentido de simples discricionariedade: deve prevalecer a idéia de direção ou força dirigente positiva da Constituição e de vinculação jurídico-constitucional positiva dos atos legiferantes. A vinculação jurídico-material positiva do legislador ultrapassa os esquemas dicotômicos que opõem execução de preceitos constitucionais à conformação da Constituição. A questão, portanto, não é de legalidade, mas de *legitimidade*: o legislador não pode permanecer indiferente aos preceitos constitucionais. O legislador é obrigado normativo-constitucionalmente a cumprir ou a realizar os preceitos constitucionais que necessitem de concretização legislativa, evitando a protelação dessas tarefas, ao mesmo passo em que cumpre sua missão constitucional.⁵⁵¹

Não há, assim, porque investigar a vontade do legislador ou a vontade da lei, pois o âmbito de liberdade do legislador encontra seu limite na conformidade material com a Constituição.

Dessa forma, a interpretação conforme a Constituição é simplesmente interpretação, e nada mais: *toda a interpretação é conforme a Constituição, inclusive a interpretação da Constituição*, no sentido de realização de seu programa global de construção de uma sociedade democrática.

Por outro lado, cabe lembrar que ao intérprete não é dado simplesmente ignorar o texto legal. Encontra, no texto, um limite objetivo, o qual o guia, no movimento do jogo, ao único sentido possível de uma norma infraconstitucional: o que a compatibiliza com a Constituição. Caso contrário, forçosamente terá de ser declarada sua inconstitucionalidade. O

⁵⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador...** Parte II, Capítulo I.

intérprete, pois, não atua de forma discricionária, limitado apenas pela “moldura” formada pelo sistema.

Por essas razões, é de se estranhar os entendimentos, acerca da interpretação conforme, de Bonavides, para quem deve ser conservado o máximo possível da intenção do legislador, e de Canotilho, para quem a interpretação conforme não pode levar a uma nova regulação, contrária ou distinta ao resultado ou objetivos pretendidos pelo legislador, conforme exposto no item anterior. Esses entendimentos chocam-se frontalmente com a própria idéia de Constituição dirigente: se a realização do programa constitucional esbarra na intenção do legislador, simplesmente não há dirigismo constitucional. Streck, em crítica a Canotilho, pergunta quais são os sentidos possíveis de um texto, se os sentidos dos textos não estão à disposição do intérprete, “como se fossem significantes primordiais fundantes à espera de uma acoplagem subsuntiva”? O intérprete não é livre para determinar o sentido que melhor lhe aprouver; o único sentido possível a ser atribuído a uma norma infraconstitucional é o que decorre da sua conformidade com o texto constitucional, não em razão de seu sentido ôntico-existencial, mas de seu sentido ontológico-existencial, sendo a Constituição compreendida a partir de seu todo principiológico.⁵⁵²

A interpretação conforme a Constituição sintetiza a tarefa do intérprete, abarcando os momentos do movimento circular da compreensão de uma Constituição dirigente: o sentido de Constituição se faz presente no caso concreto por meio da aplicação dos princípios constitucionais, os quais subjazem às regras infraconstitucionais, exigindo do intérprete uma permanente construção da obra de arte, ou seja, uma constante atribuição de sentido, a partir do sentido de Constituição que constitui o sentido do ordenamento jurídico.

⁵⁵² “Em um segundo momento, e como corolário das razões explicitadas anteriormente, entendo que, pela feição que assume a relação de Poderes no Estado Democrático de Direito, o mecanismo (princípio) da interpretação conforme (assim como o da nulidade parcial sem redução de texto) permite não somente redefinir o conteúdo do texto, como também adaptá-lo à Constituição. É o que acontece freqüentemente com as decisões que têm por base os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (...). Com efeito, não há como aferir a intenção do legislador e tampouco a fórmula normativa objetivada no texto, a não ser que retomemos o debate entre objetivistas e subjetivistas”. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**... pp. 583 e 587).