**O PROBLEMA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA RESPOSTA
HERMENÊUTICA AO PROCEDIMENTALISMO DE JONH HART ELY E JÜRGEN
HABERMAS**

***THE PROBLEM OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION: A HERMENEUTICS'
RESPONSE TO JOHN HART ELY AND JÜRGEN HABERMAS' PROCEDURALISM***

Fernanda Andrade¹

Neuro José Zambam²

RESUMO

Considerando a realidade brasileira, em que as promessas da modernidade, contempladas no texto constitucional, carecem de efetividade, este trabalho pretende investigar se as teorias procedimentalistas de John Hart Ely e Jürgen Habermas (bem) respondem ao problema da Jurisdição Constitucional, tendo-se como marco teórico a Hermenêutica Filosófica. A hipótese negativa ao problema se confirma: sob um aspecto, não é possível eliminar a ideia de pré-compreensão, posto que sempre se chega ao procedimento com elementos anteriores, não se podendo cindir a pré-compreensão/interpretação/aplicação; sob outro, uma postura que trabalha com a perspectiva de implementação dos direitos fundamentais e sociais, materializados no texto da Constituição, através da Jurisdição Constitucional, afigura-se como condição de possibilidade da própria Constituição, reforçando seu papel dirigente e compromissário. O estudo utiliza, como critério metodológico, o método dedutivo. A técnica utilizada será a Pesquisa Bibliográfica. Os fundamentos teóricos estão embasados, em especial, em John Hart Ely, Jürgen Habermas, Hans-Georg Gadamer e Lênio Luiz Streck.

Palavras-chave: Constituição; Direito; Hermenêutica Filosófica; Jurisdição Constitucional; Procedimentalismo.

ABSTRACT

Considering the Brazilian reality in which the promises of modernity, contemplated in the Constitution, lack of effectiveness, this paper aims to investigate whether the proceduralists theories of John Hart Ely and Jürgen Habermas (well) respond to the problem of Constitutional Jurisdiction, the Philosophical Hermeneutics being the theoretical basis. The negative hypothesis to the problem is confirmed: in one aspect, it is not possible to eliminate the idea of pre-understanding, since the procedure is always initiated with previous elements, being

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo/RS; Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo; Advogada; e-mail: fernandaandrade.pf@gmail.com. Passo Fundo, RS, Brasil.

² Pós-doutor em Filosofia na Universidade do Rio dos Sinos – Unisinos; Doutor em Filosofia pela PUCRS. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito e da Graduação em Direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: nzambam@imed.edu.br. Passo Fundo, RS, Brasil.

impossible to split pre-understanding/interpretation/application; in another hand, a posture that works with the perspective of implementation of fundamental and social rights embodied in the Constitution through Constitutional Jurisdiction, is a condition of possibility of the Constitution itself, reinforcing its leading and committed role. The study uses as a methodological criteria, the deductive method. The technique used is the bibliographical research. The theoretical foundations are based in particular in John Hart Ely, Jürgen Habermas, Hans-Georg Gadamer and Lênio Luiz Streck.

Keywords: Constitution; Law; Philosophical Hermeneutics; Constitutional Jurisdiction; Proceduralism.

Introdução

A atuação da Jurisdição Constitucional possui forte relação com o caráter dirigente e compromissário da Constituição Federal, por seu papel decisivo na defesa e na implementação de direitos fundamentais e sociais constitucionalmente previstos.

Essa relação carrega implícita a tensão entre os poderes do Estado: de um lado, os textos constitucionais do segundo pós-guerra, estipulando a realização dos direitos fundamentais e sociais; de outro, os Poderes eleitos, nem sempre concordantes com os ditames e com o dirigismo constitucional. Nessa tensão também reside o questionamento acerca da legitimidade de o Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de leis votadas pelo Poder Legislativo, eleito democraticamente pelo povo.

A força normativa da Constituição e seu grau de dirigismo – aspectos fundamentais para a definição do papel a ser exercido pela Jurisdição Constitucional – vão depender da assunção de uma das teses que balizam a discussão: de um lado as teorias procedimentalistas, e, de outro, as teorias substancialistas.

As teses substancialistas colocam ênfase na regra contramajoritária (freios às vontades de maiorias eventuais), o que reforça a relação Constituição-democracia. Para os procedimentalistas, isso enfraquece a democracia, pela falta de legitimidade da Justiça Constitucional (STRECK, 2014, p. 91).

A partir desse horizonte de compreensão, questiona-se: as teorias procedimentalistas (bem) respondem ao problema da Jurisdição Constitucional, considerando a realidade brasileira, em que as promessas da modernidade, contempladas no texto constitucional, carecem de efetividade? Revela-se, no próprio questionamento, a relevância e atualidade do tema proposto.

A hipótese para essa questão – tendo-se como marco teórico a compreensão através da Hermenêutica Filosófica – surge, inicialmente, como negativa: sob um aspecto, não é possível eliminar a ideia de pré-compreensão, posto que sempre se chega ao procedimento com elementos anteriores, não se podendo cindir a pré-compreensão/interpretação/aplicação; sob outro, uma postura que trabalha com a perspectiva de implementação dos direitos fundamentais e sociais, materializados no texto da Constituição, através da Jurisdição Constitucional, afigura-se como condição de possibilidade da própria Constituição, reforçando seu papel dirigente e compromissário.

Entre os doutrinadores de claro perfil procedimentalista estão os jusfilósofos John Hart Ely e Jürgen Habermas, cujas ideias constituem o ponto de partida para a solução do questionamento posto. Na sequência, apresenta-se a compreensão através da Hermenêutica Filosófica e a verificação da hipótese apresentada a partir desse marco teórico.

O estudo utiliza, como critério metodológico, o método dedutivo. A técnica utilizada será a Pesquisa Bibliográfica. Os fundamentos teóricos estão embasados, em especial, em John Hart Ely, Jürgen Habermas, Hans-Georg Gadamer e Lênio Luiz Streck.

1. As Teorias Procedimentalistas de John Hart Ely e Jürgen Habermas

Ely (1938-2003), jus filósofo norte-americano, em sua obra de maior relevância, “Democracia e Desconfiança” (ELY, 2010), lançada em 1980, elaborou uma teoria do controle de constitucionalidade, esclarecendo sua pretensão de ir além do ele chamou de “falsa dicotomia”:

Atualmente, o debate constitucional está dominado por uma falsa dicotomia: um lado afirma que devemos nos ater firmemente aos pensamentos daqueles que escreveram os trechos essenciais de nossa Constituição e considerar ilegais apenas as práticas que eles julgavam inconstitucionais, enquanto o outro assevera que, para que os tribunais possam controlar a legislação, eles devem ter autoridade para corrigir e reavaliar as opções valorativas do legislativo. Cada um dos lados está interessado em sustentar a ideia de que essas são as únicas opções possíveis. No jogo da retórica, cada um deles marca pontos quando expõe a inadmissibilidade da alternativa contrária; sendo o debate definido desta maneira, essa tarefa não é difícil – para ambas as partes, e pela mesma razão. Afinal, nenhuma das teorias professadas – nem aquela que daria aos membros nomeados de nosso Judiciário a soberania sobre as escolhas de valores substantivos da sociedade, nem a que deixaria tais escolhas sujeitas às crenças de pessoas que faleceram há mais de um século – é em última análise, compatível com os pressupostos democráticos implícitos em nosso sistema. Neste livro, tenciono elaborar uma terceira teoria do controle de constitucionalidade (ELY, 2010, p. IX).

Ely identifica dois grandes grupos de intérpretes da Constituição, conforme a forma de interpretar que adotam. Os “interpretacionistas” entendem que “os juízes que decidem as questões constitucionais devem limitar-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição escrita”. Já os “não-interpretacionistas” adotam a opinião de que “os tribunais devem ir além desse conjunto de referências e fazer cumprir as normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do documento” (ELY, 2010, p. 03).

Ely diz que há dois atrativos à abordagem interpretacionista: O primeiro é que ela se encaixa melhor nas recorrentes concepções do que é o Direito e como ele funciona (decidir se certo comportamento é permitido ou se ele entra em conflito com outra lei); o segundo advém das dificuldades de se conciliar o não-interpretacionismo com a teoria democrática, posto que os juízes, embora não desconsiderem por completo a opinião popular, não foram eleitos para tomar decisões que vão reger a sociedade (ELY, 2010, p. 03-14).

Para Ely, o problema do controle de constitucionalidade é que um órgão sem significativo grau de responsabilidade política diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam. Os defensores do interpretacionismo, embora reconheçam a possibilidade de a maioria tyrannizar a minoria, ressaltam que é por isso que a Declaração de Direitos assinala certos direitos que devem ser protegidos. Sob outro aspecto, ainda que seja necessário estabelecer limitações ao governo da maioria, é mais democrático estabelecer limitações impostas pelo próprio povo. Como o interpretacionista toma seus valores diretamente da Constituição, e como a Constituição foi ratificada pelo povo, esses valores vêm do povo (ELY, 2010, p. 03-14).

Em contrapartida, Ely também apresenta ressalvas ao interpretacionismo. Ressalta que “a voz do povo” representa a voz de pessoas que faleceram há um ou dois séculos, com a presunção de ter o direito de controlar as gerações futuras. Não obstante, a Constituição contém várias disposições que convidam o intérprete a ir além de seu sentido literal; ao mesmo tempo em que o necessário saber do que foi intencionado, nem sempre chega ao intérprete atual pelos registros dos processos de debate (ELY, 2010, p. 15-55).

Apresentado esse contexto, Ely passa a tratar, construindo sua teoria de controle de constitucionalidade, do “desbloqueio dos canais de mudança política” e da “representação das minorias” (ELY, 2010, p. 139-241).

Em relação ao desbloqueio dos canais de mudança política, Ely destaca a liberdade de expressão, o direito ao voto e um processo legislativo transparente. O controle de constitucionalidade na área de liberdade de expressão deve envolver a eliminação de qualquer restrição à liberdade que seja desnecessária para promoção de um interesse do Estado. Na opinião de Ely, permitir certas perturbações, manifestações, mensagens, ainda que possam “incomodar”, é o preço que se tem de pagar para a sustentação de um modo de vida; passar por períodos de crise pode ser menos difícil se for utilizado um presente de barreiras criadas para proteção da liberdade de expressão.

Com relação ao direito ao voto, Ely deixa claro a importância de se eliminar as obstruções ao processo democrático. A teoria que envolve o voto deve ser essencial para o processo democrático e suas dimensões não podem ser deixadas somente a cargo dos representantes eleitos, que têm um interesse óbvio no *status quo*. Ely diz que não se pode deixar que os incluídos decidam quem deve ficar de fora; portanto, é obrigação dos tribunais assegurar não apenas que a ninguém se negue sem motivo seu direito ao voto, mas também que, quando há um motivo, que ele seja bastante convincente.

Sobre o processo legislativo, Ely chama a atenção para o fato de que boa parte do tempo de um representante é ocupada não com o exame de propostas de legislação, mas com assuntos variados dos seus eleitores, deixando que “algum burocrata ou comissão independente recheiem a casca do texto legal”. Essa evidência torna sem sentido a preocupação com a distribuição do sufrágio se as decisões políticas importantes não são tomadas pelas autoridades eleitas.

Para Ely, o princípio de representação exige mais que o simples direito a voz e voto. Isso porque, por mais aberto que seja o processo, aqueles que obtêm maior número de votos têm condições de garantir vantagens para si em detrimento dos outros, ou de recusar-se a levar em conta os interesses das outras pessoas e grupos. Então, o autor começa a esclarecer o método de funcionamento do seu sistema de controle de constitucionalidade procedimental.

Nesse trilhar, Ely sustenta que se for possível identificar que o objetivo que o legislador visava era inconstitucional, a lei é inconstitucional. Mas, se for impossível fazer uma demonstração confiante da motivação, graça à pressão indireta exercida pela teoria da classificação suspeita, o ponto de vista constitucional apresentará dificuldades. Além disso, não basta justificar a não representação de minorias por falta de organização política, mas é preciso buscar os indícios de bloqueio no acesso à representação, investigando as condições que cercam o grupo para ver se há bloqueios sistêmicos ao acesso à representação, ainda que não oficiais ou legais.

A teoria de Ely defende a “ação afirmativa” e aborda os “direitos processuais das minorias”. A ação afirmativa, defendida por Ely, é a discriminação compensatória em favor de minorias raciais ou de outra espécie, que suscita questões éticas complexas. No caso dos negros, para uma oportunidade mínima de curar a sociedade do racismo é preciso que um número maior de membros ingresse nas profissões e camadas superiores da sociedade; para isso, é preciso atribuir a eles um peso positivo na distribuição de oportunidades, o que fará com que outros tenham suas necessidades negadas. Para Ely, como a maioria é branca, não há nada de constitucionalmente suspeito no fato de uma maioria discriminar a si mesma. O autor não desconhece, também, que existe um conjunto de discriminações protegendo aqueles que fazem as leis e outros como eles dos rigores de sua aplicação.

Ao mesmo tempo em que se propõe a elaborar uma teoria do controle de constitucionalidade, Ely afirma que sua teoria é apenas uma das várias maneiras de se elaborar uma teoria do controle que ressalta a importância da representação (ELY, 2010, p. 243).

Afirma Ely que sua teoria do controle de constitucionalidade é estruturada de modo que faça com que os tribunais sejam instrumentos que ajudam a tornar os valores substantivos da sociedade uma realidade. Ainda, que sua teoria restringe o controle de constitucionalidade “na medida em que insiste que esse controle só pode tratar de questões de participação, e não dos méritos substantivos das decisões políticas impugnadas”. Ao afirmar isso, adianta-se e responder à crítica natural que advém dessa afirmação: “se a atuação dos tribunais é limitada à correção de falhas na representação – sem apreciação do mérito substantivo – os tribunais teriam de confirmar leis que dispusessem sobre “qualquer coisa””. Ou seja, “se os tribunais não podem apreciar os méritos substantivos teriam de confirmar a constitucionalidade do Holocausto ou uma lei que possa colocar em risco não só uma minoria ou grupo específico, como de toda a população, motivada por algum critério irracional. O autor diz que, embora o Holocausto nunca vá acontecer nos Estados Unidos e que é impossível ser aprovada uma lei que coloque em risco a saúde da população, essas questões são abrangidas pela sua teoria constitucional. Isso porque ele defende uma democracia – representativa - que não vitimize, nem uma minoria isolada, nem a totalidade da população (ELY, 2010, p. 243-246).

O texto “Democracia e Desconfiança”, de Ely, é citado por Habermas em “Direito e Democracia: entre facticidade e validade” (HABERMAS, 1997), lançada em 1992, no capítulo que Habermas trata sobre o papel e a legitimidade da Jurisdição Constitucional.

Habermas diz que Ely procura aliviar a jurisprudência da orientação por princípios jurídicos de proveniência moral ou ética. Ainda, que Ely parte da ideia de que a Constituição

americana regula, em primeira linha, problemas de organização e de procedimento e não foi talhada para distinção e implementação de valores fundamentais (HABERMAS, 1997, p. 323-330).

Habermas também destaca, sobre o pensamento de Ely, que se a Suprema Corte tem como encargo vigiar a manutenção da Constituição,

[...] ela deve, em primeira linha, prestar atenção aos procedimentos e normas organizacionais dos quais depende a eficácia legitimativa do processo democrático. O tribunal tem que tomar precauções para que permaneçam intactos os ‘canais’ para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, através do qual uma comunidade jurídica democrática se auto organiza (HABERMAS, 1997, p. 327).

Então, os direitos de participação adquirem um lugar privilegiado na teoria de Ely. As leis que discriminam minorias étnicas, religiosas, grupos sociais (idade, opção sexual, condição física) pecam contra o princípio de tratamento igual e não somente do ponto de vista de conteúdo; o processo político deformado nas condições procedimentais democráticas conduzem a tratamentos legalmente desiguais de grupos que deveriam ser tratados de maneira igual. Por isso, o controle das normas deve se referir às condições da gênese democrática das leis.

Então, inicialmente, deve haver uma estrutura comunicativa na esfera pública de massa; a seguir, deve haver espaço para as vozes desviantes reclamarem direitos de participação formalmente iguais, chegando-se até a representação simétrica de todos os grupos, interesses e orientações no nível das corporações parlamentares. Essa representação simétrica, no nível das corporações parlamentares, dos temas, argumentos, problemas e valores, faz com que tudo isso tenha entrada nas deliberações parlamentares e sejam levados em conta na fundamentação das normas a serem decididas (ELY, 2010, p. 327-328).

Habermas diz que Ely é um “cético”. O ceticismo de Ely volta-se contra uma compreensão “paternalista” do controle jurisdicional de constitucionalidade que se alimenta da desconfiança amplamente difundida entre os juristas contra a irracionalidade de um legislador que depende de lutas de poder e de votações da maioria. Essa interpretação justificaria uma jurisdição juridicamente criativa do tribunal constitucional, a partir do distanciamento que o tribunal teria da política e da racionalidade superior de seus discursos. Porém, ainda que se trate de um órgão especializado na aplicação de normas e seja um terceiro imparcial, o discurso do tribunal não pode substituir o discurso político construído para a fundamentação de normas e determinações de objetivos, exigindo a inclusão de todos os atingidos.

Habermas conclui que Ely imprime um “rumo procedimental” à desconfiança. Ele se interessa pelas limitações do pluralismo e utiliza a representação para reclamar uma participação com igualdade de chances para as minorias, que são tecnicamente representadas, porém, de fato, excluídas. Sob outro aspecto, o tribunal constitucional somente preservaria sua imparcialidade se resistisse à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais.

Em sua obra “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, Habermas busca esclarecer a tensão entre fatos sociais e sua validade normativa, ao mesmo tempo em que apresenta a sua Teoria da Ação Comunicativa como forma de gerar a autonomia do Direito a partir da inter-relação e complementaridade da moral e da política no Direito.

[...] Habermas desponta como um crítico da crítica, exatamente para, com sua teoria do agir comunicativo, responder às importantes indagações deixadas pela primeira geração dos frankfurtianos. Por isso, na esteira da viagem linguística, a razão, a verdade e a democracia estarão assentadas na linha da intersubjetividade processual discursiva, como forma de reconstrução do tecido da racionalidade pós-moderna (BITTAR, 2009, p. 396).

Habermas esclarece:

Os vestígios do normativismo do direito racional perdem-se, pois, no trilema: após a implosão da figura da razão prática pela filosofia do sujeito, não temos mais condições de fundamentar os seus conteúdos na teleologia da história, na constituição do homem ou no fundo casual de tradições bem-sucedidas. Isso explica os atrativos da única opção que ainda parece estar aberta: a do desmentido intrépido da razão em geral nas formas dramáticas de uma crítica da razão pós-nietzscheana, ou à maneira sóbria do funcionalismo das ciências sociais, que neutraliza qualquer elemento de obrigatoriedade ou de significado na perspectiva dos participantes. Ora, todo pesquisador na área das ciências sociais que não deseja apostar tudo em algo contra intuitivo, não será atraído por tal solução. Por esta razão, eu resolvi encetar um caminho diferente, lançando mão da teoria do agir comunicativo: substituo a razão prática pela comunicativa. E tal mudança vai muito além de uma simples troca de etiqueta (HABERMAS, 1997, p. 19).

Habermas acredita que as pessoas somente são no mundo a partir das interações com os demais numa comunidade, através da qual constroem sua identidade por meio das relações de reconhecimento e tensão. Contudo, para poderem exercer sua autonomia numa coletividade, dependem da linguagem para explicar e argumentar racionalmente sobre suas ações para que estas sejam aceitas e, portanto, tidas como válidas no mundo dos fatos.

As pessoas de uma determinada sociedade devem ter, portanto, o mesmo entendimento linguístico como mecanismo de coordenação da ação para que as suas pretensões possam

orientar a construção e manutenção da ordem social. Essa tensão entre faticidade e validade entre indivíduos socializados comunicativamente permite que se discutam questões morais, e essa mesma discussão constrói uma força política disseminada entre todos os cidadãos capaz de produzir um sistema normativo com pretensão de estabilização social.

Para Habermas, a criação desse sistema normativo decorrente dessa força política advém da soberania do povo, que, juntamente com os direitos humanos, constitui fonte de legitimação do Direito. O autor entende a soberania como um poder político disseminado por toda a sociedade, na figura de todos os participantes dela. Essa soberania se materializa na execução da autonomia individual de cada cidadão na constituição democrática da organização social. Portanto, a soberania deve ser entendida como uma força dinâmica e argumentativa, sem que esteja associada a uma figura central, pois é de todos e de ninguém ao mesmo tempo; no momento em que passa a ter um rosto, perde a sua razão de ser.

Nesse sentido, a soberania, como exercício do poder de um povo, permite, através da sua força política, a normatização das questões morais e dos consensos sobre a forma de vida e a noção de bom e de justo, criar um sistema de normas legítimas e válidas. Da mesma forma, os direitos humanos, servindo-se, assim como a soberania, da interação entre o princípio do discurso e a positividade do Direito, asseguram a dinamicidade de um sistema jurídico crítico e cíclico, incluindo os direitos fundamentais de proteção da autonomia privada e pública.

Nessa linha, contudo, a legitimidade e a concretização do Direito positivo dependem da transformação do poder comunicativo, verificado no discurso político amplo – calcado em argumentos pragmáticos, éticos e morais, e em negociações equilibradas pelo princípio da maioria –, em poder administrativo, que executa decisões e normas com base no controle e na coerção, mas sempre limitado pelos princípios da estrita legalidade e da separação dos poderes. Habermas argumenta que

[...] o direito moderno se adequa especialmente à integração social de sociedades econômicas que, em domínios de ação neutralizados do ponto de vista ético, dependem das decisões descentralizadas de sujeitos singulares orientados pelo sucesso próprio. Porém o direito não pode satisfazer apenas às exigências funcionais de uma sociedade complexa, devendo levar em conta também as condições precárias de uma integração social que se realiza, em última instância, através das realizações de entendimento de sujeitos que agem comunicativamente, isto é, através da aceitabilidade de pretensões de validade. O direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apoia no princípio da soberania do povo. Com o auxílio dos direitos que garantem aos cidadãos o exercício de sua autonomia política, deve ser possível explicar o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade. Por que se trata de um paradoxo? Porque esses direitos dos cidadãos têm, de um lado, a

mesma estrutura de todos os direitos os quais abrem ao indivíduo esferas da liberdade de arbítrio: Mesmo sem levar em conta as diferenças nas modalidades de uso desses direitos, os direitos políticos também devem poder ser interpretados como liberdades de ação subjetivas, as quais simplesmente fazem do comportamento legal um dever, portanto *liberam* os motivos para um comportamento conforme a regras. De outro lado, o processo legislativo democrático precisa confrontar seus participantes com as expectativas normativas das orientações do bem da comunidade, porque ele próprio tem que extrair sua força legitimadora do processo de um *entendimento* dos cidadãos sobre regras de sua convivência. Para preencher a sua função de estabilização das expectativas nas sociedades modernas, o direito precisa conservar um nexos interno com a força socialmente integradora do agir comunicativo (HABERMAS, 1997, p. 114-115).

Ao reconstruir uma Teoria do Direito baseada na teoria do discurso, Habermas ainda cuida da racionalidade da jurisdição na aplicação do Direito. Nesse quesito, o autor vale-se da teoria interpretativa de Dworkin para fortalecer a sua tese de que o Direito é um sistema coerente de normas que, através dos princípios deontologicamente constituídos, podem conferir uma resposta correta aos casos concretos, reconstruindo ciclicamente o Direito. Contudo, Habermas dispensa o juiz Hércules por entender que o Direito se constrói por meio do discurso, do diálogo, não monologicamente, o que, no processo decisório, confere à aplicação do Direito um aspecto de cooperação e construção da solução correta, adequada.

As noções de legalidade, legitimidade e validade permeiam toda a discussão travada por Habermas sobre a tensão entre faticidade e validade, que se desloca da linguagem para o Direito. Na linguagem, a tensão está presente tanto no quesito semântico, que expressa conceitos vinculados a um contexto, mas que o ultrapassam, pretendendo a concretização da proposição linguística, que depende da verificação da sua falibilidade e das condições futuras e desconhecidas.

Do mesmo modo, essa tensão se projeta nas normas jurídicas; quanto ao seu conteúdo, tem pretensão de liberdade e de coerção, mas, quanto à sua produção, visam a legalidade/positividade e a legitimidade.

A tensão interna entre faticidade e validade diz respeito à auto compreensão da própria ordem jurídica pelos participantes do sistema normativo, os mesmos que exercem a razão comunicativa na sua formação. A tensão externa, por outro lado, se dá em razão da compreensão normativa e democrática do Direito em confronto com a sua realização empírica sob a pressão da economia e da administração política no jogo de interesses.

Ainda argumentando em favor de uma Teoria do Agir Comunicativo na formação e manutenção de um Estado de Direito válido e legítimo, Habermas critica a teoria de justiça de Rawls, assim como outras que pretendem tornar a produção do Direito um processo abstrato de

criação de leis, sem dar a devida relevância para o aspecto social do procedimento. Ademais, o autor critica o positivismo clássico, bem como o de Kelsen, que entendem o Direito somente como sistema de organização social baseado na coerção, interesses e estruturas impessoais de produção jurídica.

Para o estudioso alemão, uma Teoria do Direito deve integrar ideias e interesses, considerando os processos sociais juntamente com os processos jurídicos, formalizando-os através do debate público de todos os cidadãos a chegar a um consenso sobre o que é de interesse de todos, e a partir de então, gerar as normas, regras e princípios jurídicos, vinculantes a todos. Isso permite a sua generalização/universalização e transcendência (em relação ao tempo e espaço históricos).

Faticidade e validade se complementam, portanto. Sem a faticidade decorrente dos objetivos e interesses, os conceitos e ideias permaneceriam no vácuo da abstração; sem a pretensão de validade dos enunciados e ideais abstratos, os fatos sociais estariam fadados à disputa violenta de interesses.

Contudo, nem sempre uma ordem social legal e legítima é válida, como, exemplificativamente, a ordem social nazista. Para Habermas, uma ordem social somente será válida quando suas normas são originárias de um processo democrático, envolvendo todos os atingidos e interessados. Não será válida a ordem social, também, quando, do ponto de vista moral e racional, as normas não puderem ser consideradas justas por e para todos.

A ordem normativa, ao mesmo tempo, origina-se e interfere no “mundo vivido”. Alimenta-se de elementos históricos e empíricos e nele interfere remodelando-o conforme os elementos normativos que produz; é o que acontece com as questões de gênero, de opção sexual, de etnias, etc., em que a legalidade discursiva possibilita a legitimidade das reivindicações sociais. Ou seja, a “teoria discursiva do Direito” integra sistemicamente o “mundo vivido”.

Habermas propõe uma autonomia embasada no entrelaçamento do Direito com a moral e a política; nessa relação entre Direito, moral e política residiria a possibilidade do Direito ser autônomo, expressando o autor que não pode haver Direito autônomo sem democracia realizada:

O exercício da autonomia política significa a formação discursiva de uma vontade comum, porém não inclui ainda a implementação das leis que resultam desta vontade. O conceito do político estende-se *também* ao emprego do poder administrativo e à concorrência pelo acesso ao sistema político. A constituição de um código do poder

significa que um sistema administrativo se orienta por autorizações que permitem decisões coletivamente obrigatórias. Por isso, sugiro que se considere o direito como o *medium* através do qual o poder comunicativo se transforma em poder administrativo. Pois a transmutação do poder comunicativo em administrativo tem o sentido de uma *procuração* no quadro de permissões legais. A idéia do Estado de direito pode ser interpretada então como a exigência de ligar o sistema administrativo, comandado pelo código do poder, ao poder comunicativo, estatuidor do direito, e de mantê-lo longe das influências do poder social, portanto da implantação fática de interesses privilegiados. O poder administrativo não deve reproduzir-se *a si mesmo* e sim, regenerar-se a partir da transformação do poder comunicativo. Em última instância, o Estado de direito deve regular essa transferência, sem todavia tocar no próprio código do poder, o que o faria intervir na lógica da auto-orientação do sistema administrativo. Do ponto de vista sociológico, a idéia do Estado de direito ilumina apenas o aspecto político da produção de um equilíbrio entre os três poderes da integração global da sociedade: dinheiro, poder administrativo e solidariedade (HABERMAS, 1997, p. 190).

Habermas, então, alinha-se ao pensamento de Ely no que se refere à contrariedade da “compreensão paternalista” do controle jurisdicional da constitucionalidade, que se alimenta da desconfiança no legislador e que justificaria a jurisdição juridicamente criativa do tribunal (HABERMAS, 1997, p. 329).

No entanto, Habermas discorda de Ely quanto à interpretação dirigida por princípios no sentido da interpretação construtiva de Dworking, entendendo que o reconhecimento da interpretação dirigida por princípios não significa que os princípios que fundamentam a legitimação e o procedimento da formação democrática da vontade não sejam suficientes, devido à sua natureza procedimental, e tenham de ser complementados através de uma teoria substancial. Habermas diz que

[...] tal atitude não é consequente, na medida em que Ely tem que pressupor a validade de princípios e recomendar ao tribunal uma orientação por princípios e procedimentos dotados de conteúdo normativo. O próprio conceito do procedimento democrático apoia-se num princípio de justiça, no sentido do igual respeito por todos (HABERMAS, 1997, p. 328).

Apresentado esse horizonte de compreensão sobre as teorias de claro perfil procedimentalista de Ely e Habermas, cujas ideias constituem o ponto de partida para a solução do questionamento posto, passa-se a apresentar uma compreensão da Hermenêutica Filosófica e a verificação da hipótese apresentada a partir desse marco teórico.

2. A Hermenêutica Filosófica e a sua Resposta ao Procedimentalismo

Feita a digressão pelas teorias procedimentalistas em debate, cabe, agora, apresentar a resposta da Hermenêutica Filosófica ao problema da Jurisdição Constitucional, tendo como ponto de partida as teorias – procedimentalistas – de Ely e Habermas.

Antes de ser compreendida como Filosofia, com Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, a Hermenêutica buscava métodos para a compreensão, ditando regras que iam desde a análise lexical das palavras até a pretensão de saber o que o autor do texto quisera dizer (e não disse ou disse de maneira diferente) (MATEIRO, 2005, p. 10). Um ponto de partida da Hermenêutica Filosófica foi a busca de construção de uma Hermenêutica geral, interdisciplinar, como arte da compreensão (PALMER, 1989, p. 91).

Com a obra “Verdade e método”³, de Gadamer, a Hermenêutica entra numa nova e importante fase. Trilhando seu caminho a partir da “análise feita por Heidegger da estrutura prévia da compreensão e da historicidade intrínseca (*Geschichlichkeit*) da existência humana, Gadamer verifica que tudo está encoberto pela linguagem – “a casa do ser” na qual nós vivemos.

A tradição tem um papel primordial no pensamento de Gadamer, porque a linguagem nunca é imune ou isenta de “aquilo que do passado se conserva como não-passado”, ou seja, “o conhecimento histórico” (GADAMER, 2004, p. 383). Com isso, Gadamer volta à ideia de círculo da compreensão abordada pela teoria da Hermenêutica do século XIX, mas retira dessa noção a natureza formal que lhe havia sido dada⁴. O círculo, para Gadamer,

³ “[...] o título do livro de Gadamer é irônico: o método não é o caminho para a verdade. Pelo contrário, a verdade zomba do homem metódico. A compreensão não se concebe como um processo subjectivo do homem face a um objecto mas sim como o modo de ser do próprio homem; a hermenêutica não se define enquanto disciplina geral, enquanto auxiliar das humanidades, mas sim como tentativa filosófica que avalia a compreensão, como processo ontológico – o processo ontológico – do homem. O resultado destas reinterpretações é um tipo diferente de teoria hermenêutica, a hermenêutica “filosófica” de Gadamer. É essencial percebermos, logo desde o início, a distinção ente a hermenêutica filosófica de Gadamer e o tipo de hermenêutica que se orienta para os métodos e para a metodologia. Gadamer não se preocupa directamente com os problemas práticos da formulação de princípios interpretativos correctos; antes pretende esclarecer o próprio fenómeno da compreensão. Isto não significa que negue a importância da formulação de tais princípios; pelo contrário, eles são necessários às disciplinas interpretativas. Significa sim que Gadamer trabalha sobre uma questão preliminar e fundamental: como é possível a compreensão, não só nas humanidades mas em toda a experiência humana sobre o mundo? Esta é uma questão que se coloca às disciplinas da interpretação histórica mas que vai muito mais longe do que elas. É neste ponto que Gadamer liga explicitamente a Heidegger a sua definição de hermenêutica: ‘Penso que a análise temporal que Heidegger faz da existência humana, demonstrou eficazmente que a compreensão não é uma entre várias atitudes de um sujeito humano, mas um modo de ser do próprio *Dasein*. Neste sentido usei aqui o termo *hermenêutica* (em *WahrheitundMethode*). Designa o movimento básico da existência humana, constituído pela sua finitude e historicidade, e por conseguinte abrangendo a globalidade da sua experiência no mundo... O movimento de compreensão é englobante e universal’” (PALMER, 1989, p. 168-169, grifos do autor).

⁴ “[...] a teoria da hermenêutica do século XIX falava de estrutura circular da compreensão, mas sempre inserida na moldura de uma relação formal entre o individual e o todo, assim como de seu reflexo subjectivo, a antecipação intuitiva do todo e sua explicação subsequente no individual. Segundo essa teoria, o movimento circular da compreensão vai e vem pelos textos e, quando a compreensão dos mesmos se realiza, este é suspenso. Consequentemente, a teoria da compreensão tem seu apogeu na teoria de Schleiermacher sobre o ato adivinatório,

[...] não é objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato de subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Mas em nossa relação com a tradição essa comunhão é concebida como um processo em contínua formação. [...] O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo “metodológico”; ele descreve antes um momento estrutural ontológico da compreensão (GADAMER, 2004, 388-389).

Nisso se verifica a ruptura de Gadamer com a hermenêutica tradicional: “a descrição heideggeriana desse círculo mostra que a compreensão se encontra constantemente determinada pelo movimento de concepção prévia da pré-compreensão”. Por isso a “virada”, que se completa pelo caminho da “situação hermenêutica”⁵. Não se está, pois, diante da situação hermenêutica, mas se está nela, com a noção de “horizonte”: “Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto”⁶. Em outras palavras, “o horizonte é, antes, algo no qual trilhamos o nosso caminho e que conosco faz o caminho” (GADAMER, 2004, p. 399 e 402).

Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr constantemente à prova todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmo procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Não existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem conquistados. *Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos* (GADAMER, 2004, p. 404, grifos do autor).

Não há alargamento ou redução de um horizonte, mas a fusão constante de horizontes, porque em cada momento o passado se funde no presente; porque a situação hermenêutica que

mediante o qual o intérprete transporta inteiramente no autor e resolve, a partir daí, tudo o que é desconhecido e estranho no texto” (GADAMER, 2004, p. 388).

⁵ “O conceito de situação se caracteriza pelo fato de não nos encontrarmos diante dela e, portanto, não dispormos de um saber objetivo sobre ela. [...] situação em que nos encontramos frente à tradição que queremos compreender. [...] Ao conceito de situação pertence essencialmente, então, o conceito do *horizonte*” (GADAMER 2004, p. 399, grifo do autor).

“No termo situação (posição, condição – ‘estar em posição de..., na condição de...’), inclui-se um significado espacial. Não pretendemos eliminá-lo do conceito existencial. Pois ele também se acha no ‘pre’ da presença. Pertence ao ser-no-mundo uma espacialidade própria, anteriormente caracterizada nos fenômenos de distanciamento e direcionamento. [...] Cada vez que a situação é o pré, o aberto na de-cisão, que o ente que existe é. A situação não é a moldura simplesmente dada em que a pre-sença ocorre ou apenas se coloca. [...] a situação é somente pela e na de-cisão” (HEIDEGGER, 2005, p. 89-90).

⁶ “Aplicando esse conceito à consciência pensante, falamos então da estreiteza do horizonte, da possibilidade de ampliar o horizonte, da abertura de novos horizontes etc. A linguagem filosófica empregou essa palavra, sobretudo desde Nietzsche e Husserl, para caracterizar a vinculação do pensamento à sua determinidade finita e para caracterizar o ritmo de ampliação do campo visual. Aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Ao contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas para poder ver além disso” (GADAMER, 2004, p. 399-400).

provoca essa fusão acontece já e sempre na (em cada) aplicação; a pré-compreensão é um construir constante da compreensão, a qual tem sempre presente a aplicação. Então, não há dissociação entre pré-compreensão/compreensão/interpretação/aplicação e o círculo deixa de ser um voltar sempre, passando a ser um construir sempre pela “fusão” do passado no presente. “Essa é a razão por que todo o compreender é sempre algo mais que a mera reprodução de uma opinião”⁷.

O sentido é dado pela construção do intérprete no mundo-da-vida, a partir da sua vivência como ser-no-mundo. O sentido não existe por si só, mas consiste em uma “estrutura prévia”, em uma atribuição do intérprete pela sua tradição, pela sua linguagem⁸.

Gadamer vê que o processo de compreensão não é mais uma arte, um conjunto de regras, mas um modo de ser (MATEIRO, 2005, p. 26). A compreensão é um dar sentido ao ente. É no bojo da compreensão que o sentido vem (antecipado, contemporâneo e completo) pela pré-compreensão. A “nova” Hermenêutica, de base ontológica, não expressa preocupação com regras metodológicas, mas, sim, com a possibilidade de manifestação de sentido, não mais com a “certeza” ou a “verdade”, mas com construir constante pela fusão de horizontes que se processa no intérprete, pelo intérprete, no unitário momento da aplicação (HEIDEGGER, 2005, p. 219).

A Hermenêutica Filosófica supera o paradigma da filosofia da consciência e insere o mundo prático na filosofia, o que é proporcionado pelo giro ontológico linguístico. O giro ontológico reconcilia prática e teoria e, “ao mesmo tempo, ocorre um deslocamento subjetivista para um contexto intersubjetivo de fundamentação” (STRECK, 2014, p. 72, 75, 463). Em suma, é na invasão da filosofia pela linguagem, na inclusão da faticidade, na superação do esquema sujeito-objeto, na circularidade da compreensão, que a postura hermenêutico-ontológica deixa de hipostasiar o método e o procedimento e coloca no modo-de-ser e na faticidade o *locus* da compreensão (STRECK, 2014, p. 76-77).

⁷ “Não estamos fazendo uma descrição adequada da consciência quando, com Nietzsche, falamos dos muitos horizontes mutáveis aos quais a consciência histórica ensina a se deslocar. Aquele que assim faz abstração de si mesmo priva-se justamente do horizonte histórico, e na verdade a demonstração de Nietzsche das desvantagens da ciência histórica para a vida não diz respeito à consciência histórica como tal, mas à auto alienação de que ela é vítima quando compreende a metodologia da moderna ciência histórica como sua própria essência” (GADAMER, 2004, p. 388, 399, 402 e 403).

⁸ “De um modo mais simples, é necessário ter claro 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 o objeto. Observe-se que Gadamer, para se contrapor à hermenêutica enquanto método ou ars interpretativa, que estabelece regras sobre ‘como interpretar’, vai justamente calcar sua tese em uma ontologia hermenêutica, a qual se fundamenta na faticidade e no modo-de-ser-no-mundo do intérprete” (STRECK, 2003, p. 239-240, grifos do autor).

Com Gadamer, o fenômeno hermenêutico é o fenômeno da interpretação/compreensão; é um recriar produtivo – “o acontecer de uma autêntica experiência” (GADAMER, 2004, p. 625) – que, partindo de um ponto de vista (da pré-compreensão), vai fundir horizontes (o do passado no do presente) para alcançar a totalidade significativa.

Pois bem. Compreende-se, então, a Hermenêutica como Filosofia, com universalidade, conhecimento histórico, superação da objetividade da compreensão e indissociabilidade entre pré-compreensão/interpretação/aplicação, tendo na linguagem a condição de acesso ao mundo. Contudo, as teorias procedimentalistas expostas não realizaram (em sua totalidade) a “virada hermenêutica” exposta. É o que se passa a demonstrar.

De plano, é preciso vincar que separar “direitos materiais” de “procedimentos” – entendendo-se que possam subsistir isoladamente – é incorrer em cisão metafísica, permanecendo-se no esquema sujeito-objeto. “Veja-se os casos de controle de constitucionalidade: em que momento, ao declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo, estará o tribunal ‘invadindo’ a esfera de atuação dos demais Poderes e em que dimensão estará ‘cumprindo’ a Constituição?” (STRECK, 2014, p. 166-168).

A propósito, ainda que Habermas demonstre preferência pelo controle difuso de constitucionalidade, não há diferença – hermenêutica – entre a compreensão de uma lei no controle difuso e no controle concentrado, que são feitos do mesmo modo: a partir de pré-compreensões que estão sempre baseadas em situações concretas (STRECK, 2014, p. 166-168).

Avesso à Justiça Constitucional, Habermas propõe um modelo de “democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados ou conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exigem uma identidade política”. Entende que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do direito. Para Habermas, “o Tribunal Constitucional não deve ser um guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Deve, sim, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza de seus problemas e a forma de sua solução” (STRECK, 2014, p. 95).

Talvez não seja desarrazoado afirmar que o problema fundamental das teorias processuais-procedimentais reside no fato de procurarem colocar no procedimento o modo (ideal) de operar a democracia, a partir de uma universalização aplicativa. Visto desse modo, *o procedimento acaba sendo uma espécie de “novo princípio epocal”*,

na tentativa de superar aquilo que na fenomenologia hermenêutica podemos denominar de “diferença ontológica”, afastando qualquer possibilidade de intervenção substantiva. Afinal, como afirma Luhmann, nas sociedades complexas, a natureza das decisões deve ceder lugar aos procedimentos, que generalizam o reconhecimento das decisões; os procedimentos (processo legislativo e o próprio processo judicial) tornam-se a garantia de decisões que terão aceitabilidade (STRECK, 2014, p. 91).

As teses procedimentalistas, garantindo somente o acesso aos mecanismos de participação democrática no sistema (o que, não raro, exclui minorias isoladas e sem voz do processo de participação política), distanciam-se da realidade de países como o Brasil, já que em sua especificidade formal, não estabelecem condições de possibilidade para a construção de uma concepção substancial do que a Constituição estabelece em termos de direitos fundamentais e sociais. Aponta Lênio Luiz Streck:

[...] parece que a obtenção da resposta estará dependente da obediência da forma da argumentação, podendo soçobrar a conteudística, problemática que assume especial relevância quando se trata da discussão de direitos fundamentais prestacionais. E, com isso, pode soçobrar a Constituição. Daí a diferença entre substancialismo e procedimentalismo (STRECK, 2014, p. 155).

Habermas, como visto, realiza a substituição da razão prática pela razão comunicativa. Ocorre que, se a razão comunicativa substitui a razão prática, deve ser compreendida a partir do *médium* da linguagem cotidiana, e não de forma descontextualizada, independentemente das situações concretas, a partir de uma situação ideal de fala (STRECK, 2014, p. 113).

A invasão da filosofia pela linguagem, ao proporcionar a superação do esquema sujeito-objeto, coloca a linguagem como condição de possibilidade, sendo vedado utilizá-la como um instrumento, hipostasiando discurso previamente fundamentado, numa procedimentalização argumentativa que deixa em segundo plano a aplicação (que apenas entraria no “jogo” após estar resolvido o problema da fundamentação) (STRECK, 2014, p. 113).

As teorias com características procedurais apresentam comportamentos diferentes da Hermenêutica Filosófica para a compreensão do fenômeno da Constituição. Nos termos expostos, a Hermenêutica Filosófica rompe com o paradigma metafísico, abarcando o mundo prático, ao contrário das teorias que afastam a conteudística, sustentando a cisão entre fato e valor e entre discursos de justificação e discursos de aplicação. A normatividade das regras do procedimento é produzida por um sujeito do conhecimento, o que é um problema afeto ao paradigma da filosofia da consciência (STRECK, 2014, p. 120-122).

O mundo vivido, que é uma antecipação de sentido, para a teoria do discurso é um

parâmetro para a elaboração dos raciocínios dedutivos, que ocorrem contra factualmente. Mais que isso, há uma diferença entre a situação concreta dependente dos discursos de fundamentação, e o caso concreto entendido pela Hermenêutica Filosófica, em que a aplicação não é secundária em relação à fundamentação, inexistindo cisão entre fundamentação e aplicação. Para a Hermenêutica Filosófica, de caráter não procedimental, interpretar é aplicar, não havendo cisão entre discurso de fundamentação e discurso de aplicação; “entre fato e direito, entre ser e ente, há apenas uma diferença ontológica (essa diferença introduz o mundo prático na filosofia)” (STRECK, 2014, p. 122 e 143).

Consequência da inadequação, para a Hermenêutica Filosófica, da separação entre fundamentação e aplicação (ou discursos de fundamentação e discursos de aplicação), inadequada é a compreensão de que “fundamentação” é legislação e “aplicação” é jurisdição. Portanto, é incorreto pensar que o discurso de aplicação, a cargo do juiz, esteja desonerado do discurso de fundamentação, que está previamente dado, ou “que o discurso de fundamentação não está dependente situacionalmente das colisões normativas” (STRECK, 2014, p. 125).

O procedimento implica um puro espaço lógico, uma troca de argumentos. Ocorre que cada um já vem de um lugar de compreensão, que é a pré-compreensão. Com a ideia do procedimento, elimina-se a ideia de pré-conceito, de pré-compreensão; esquece-se que sempre se chega ao procedimento com elementos anteriores ao procedimento, inelimináveis, que é o nosso modo de compreender (prático) (STRECK, 2014, p. 144-145).

Países como o Brasil, necessitam de Jurisdição Constitucional que não se limite à preservação dos procedimentos democráticos. As teses procedimentais enfraquecem o papel compromissário e vinculante do texto constitucional. Carente da concretização de direitos fundamentais e sociais, o país necessita de uma Constituição dirigente adequada (conteúdo compromissário mínimo) e de mecanismos de acesso à participação democrática e à jurisdição constitucional.

Não há dúvida, pois, de que o Estado Constitucional representa uma fórmula de Estado de Direito, talvez a sua mais cabal realização, pois, se a essência do Estado de Direito é a submissão do poder ao direito, somente quando existe uma verdadeira Constituição esta submissão compreende também a submissão do Poder Legislativo, nos diz Prieto Sanchís, aduzindo, ademais, que isto não deveria constituir qualquer novidade, uma vez que já em 1966 Elías Díaz se perguntava se no Estado de Direito havia base para o absolutismo legislativo e sua resposta era categoricamente negativa: *o Poder Legislativo está limitado pela Constituição e pelos Tribunais, ordinários ou especiais conforme os sistemas, que velam pela garantia da constitucionalidade das lei* (STRECK, 2014, p. 87, grifos do autor).

Não se trata de permitir que os vivos passem a ser governados pelos mortos, como questionou Ely. A propósito, a essa questão, Streck apresenta como resposta uma espada de dois fios: “Desejamos atuar de maneira responsável acerca das gerações sucessivas enquanto tendemos a rechaçar o conceito de que as gerações anteriores por nós responsáveis. Porém, é congruente adotar essa atitude?” (STRECK, 2014, p. 88). E acrescenta:

A Constituição é uma invenção destinada à democracia exatamente porque possui o valor simbólico que, ao mesmo tempo em que assegura o exercício de minorias e maiorias, impede que o próprio regime democrático seja solapado por regras que ultrapassem os limites que ela mesma – a Constituição – estabeleceu para o futuro. *Esta, aliás, é a sua própria condição de possibilidade.* Veja-se, e a lembrança vem novamente de Holmes, que Locke, Kant e tantos outros aprovaram as regras constitucionais duradouras ainda que não inalteráveis. E assim fizeram porque reconheciam que tais regras podiam fomentar o futuro aprendido. *Os mortos não devem governar os vivos; devem, sim, facilitar a que os vivos se governem a si próprios* (STRECK, 2014, p. 88, grifos do autor)

Alerta Streck que no contexto brasileiro, em que sequer a legalidade formal é cumprida, a falta de conteudística como resultado de uma opção procedimental coloca em xeque qualquer pretensão de “resposta correta”, indispensável para o enfrentamento/superação dos vários positivismos e suas múltiplas respostas.

Se a Constituição assue uma feição de resgate das promessas (incumpridas) da modernidade (esse é o modelo da revolução copernicana que atravessou o direito no século XX), a construção das condições para a obtenção de respostas corretas nada mais é do que a construção das condições para que se alcance respostas adequadas à Constituição. A Constituição (e seu desiderato) não pode ficar à mercê de múltiplas respostas e, assim, correr-se o risco de respostas despistadoras, enfraquecedoras de sua força normativa [...] (STRECK, 2014, p. 123).

Por fim, há que se deixar vincado que a defesa de uma postura que trabalha com uma perspectiva de Jurisdição Constitucional voltada para a implementação dos direitos fundamentais e sociais materializados no texto da Constituição, não implica em defesa de uma postura discricionária. Para a Hermenêutica Filosófica, o problema da discricionariedade se resolve pelo seu caráter anti relativista. “A antecipação de sentido que se dá na *applicatio* – porque não há cisão entre interpretar e aplicar – funciona como uma blindagem contra a discricionariedade na atribuição dos sentidos (STRECK, 2014, p. 430).

Conclusão

Considerando a realidade brasileira, em que as promessas da modernidade, contempladas no texto constitucional, carecem de efetividade, este trabalho pretendeu investigar se as teorias procedimentalistas de John Hart Ely e Jürgen Habermas (bem) respondiam ao problema da Jurisdição Constitucional, tendo-se como marco teórico a Hermenêutica Filosófica.

A hipótese negativa ao problema se confirmou. A implementação dos direitos fundamentais e sociais, substantivados no texto da Constituição, não é resultante de um método argumentativo ou alcançável apenas pela preservação dos procedimentos democráticos. Importante nessa compreensão, a Hermenêutica Filosófica ressalta a inadequação da cisão de discursos de fundamentação e aplicação; a impossibilidade de eliminação da ideia de pré-compreensão, posto que sempre se chega ao procedimento com elementos anteriores, não se podendo cindir a pré-compreensão/interpretação/aplicação; e a importância do mundo prático na filosofia, já que é a experiência do ser-no-mundo e com-o-outro, que permite a compreensão e a própria mudança autônoma do sujeito, através da fusão de horizontes que acontece já e em cada aplicação.

As teses procedimentais enfraquecem o papel compromissário e vinculante do texto constitucional. Carentes da concretização de direitos fundamentais e sociais, países como o Brasil necessitam de uma Constituição dirigente adequada e de mecanismos de acesso à participação democrática e à uma forte Jurisdição Constitucional.

Por certo que a atuação da Justiça Constitucional, na defesa e implementação dos direitos fundamentais e sociais previstos na Constituição, gera temores em relação a um “intervencionismo”, o que aparece nas posturas de Ely e Habermas. Contudo, em um país como o Brasil, em que os direitos fundamentais e sociais permanecem, em grande escala, incumpridos, passadas mais de duas décadas da promulgação da Constituição, a Jurisdição Constitucional afigura-se como condição de possibilidade da própria Constituição, reforçando seu papel dirigente e compromissário.

Referências

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 396.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de

constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. 14.ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **Ser e tempo**. Parte II. 12.ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

MATEIRO, Mário José Martins da Silva. **Acesso hermenêutico ao direito**: a decisão que vem com a compreensão. Trabalho (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2005.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1989.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica (jurídica)**: compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn. Programa de pós-graduação em Direito: mestrado e doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

_____. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 91.