

Texto constitucional não é norma, mas vincula



Na busca da efetividade da Constituição e realização da normatividade dos

princípios, especialmente quando vinculados à concretização de direitos fundamentais, questões consideradas básicas na Teoria do Direito têm adquirido cada vez maior importância: Qual o papel do texto constitucional/jurídico para a diferenciação do Direito em relação aos demais sistemas sociais? Qual a vinculação dos intérpretes em relação ao texto, sem recair em exegetismo positivista? Uma decisão vinculada ao texto constitucional/legal é, necessariamente, positivista?

Tais questões vêm sendo sistematicamente enfrentadas pelo professor Lenio Streck em seus livros, artigos, palestras e colunas da **ConJur**. Em homenagem ao mestre gaúcho, a coluna de hoje vem se somar a essas reflexões.

De partida, é preciso deixar claro: cumprir o que determina o texto constitucional/legal não significa ser positivista. Como já demonstrado em colunas anteriores, o positivismo jurídico se funda em inúmeras coordenadas: política-institucional, axiológica, funcional, propriamente jurídica e epistemológica, além de possuir uma base filosófica muito própria: a filosofia da consciência assentada no racionalismo moderno. Ou seja, tratar essa questão com seriedade significa admitir sua complexidade, e não reduzir o positivismo a rótulos superficiais.

Texto não se confunde com norma. Há muito essa tese já foi demonstrada por autores do porte de Hans Kelsen (quando trata da proposição jurídica em sua Teoria Pura do Direito), Franco Cordero e Friederich Müller. Entre nós, Jacinto Coutinho, Lenio Streck, Alexandre Rosa e muitos outros do primeiro time.

O fato de não ser norma não esvazia a importância do texto. Sob os auspícios da hermenêutica filosófica, Gadamer deixa claro que o papel do hermeneuta é deixar o outro falar em sua alteridade doadora de sentido: no campo do Direito, o processo de desvelamento significa acima de tudo que o sujeito intérprete não pode contaminar o processo interpretativo com suas idiossincrasias, isto é, com seus pré-juízos inautênticos e individuais. E é na fusão de horizontes da dimensão ôntica do texto com a ontológica da existência que a norma (e, logo, a determinação de seu conteúdo) deve emergir.

Vamos compreender melhor essa ideia. A eliminação do caráter instrumental da linguagem, em prol de sua historicidade e centralidade operada com a guinada linguística, demonstra que a lógica formal não fornece um acesso pleno ao sentido do ente (no caso, a própria estrutura do sistema jurídico e seus textos normativos).

A lógica-formal não dá conta do logos hermenêutico inerente ao mundo prático, doador de sentidos existencialmente compartilhados[1], bem como não contempla a possibilidade, sempre real e iminente, de que o sentido seja antecipado por meio de um giro metafórico ou metonímico provenientes do inconsciente.

Isso não significa que se deva ignorá-la ou mesmo que se deva abdicar de uma detida análise das estruturas do texto normativo. Mais do que isso, a própria ideia de sistema no Direito, suas regras de relacionamento interno (coerência, unidade e vinculação hierárquica) e a exigência de controle formal e material desde a Constituição deixam antever que há também aí uma dimensão estrutural-linguística que não pode ser negligenciada.

Nesse contexto, é a projeção hermenêutico-normativa do sistema constitucional que servirá de fonte maior para a decisão, de maneira a integrar a previsão normativa da hipótese fática ao conjunto de fatos do caso concreto e seus diversos aspectos, conforme ensina Aldacy Rachid Coutinho[2].

Sendo assim, uma vez considerado que o processo compreensivo que gera a decisão se desenvolve em uma complexa unidade[3], a receptividade do “outro” (texto) no círculo hermenêutico é imprescindível para que se evite o domínio das opiniões prévias e se alcance uma objetividade, nunca pura nem neutra, mas enquanto ponto médio em incessante reconstrução no processo compreensivo que se desenvolve a partir das aberturas da pré-compreensão do intérprete a novas experiências, até que chegue a uma conclusão ou “acontecer de verdade”.

A famosa “eureca” do professor Pardal dos desenhos animados de Walt Disney reflete bem esse processo: da angústia oriunda do estranhamento gerado pela tentativa de se resolver um problema, passa-se às incessantes aberturas para receber novos argumentos/fatos/provas (os giros no círculo hermenêutico) até que, ao final, chega-se à satisfação quando a “compreensão” é alcançada, daí a sensação de alívio advinda da solução do caso.

Essa receptividade, quando operada no agir consciente, permite compreender a assertiva heideggeriana de que a linguagem é a morada do ser, à medida que faz com que o ente, ao ser internalizado e receber o sentido dado pela linguagem, provoca sensações/gera mutações/estimula novas voltas no círculo hermenêutico, fazendo com que se desloque o lugar de pré-compreensão do intérprete.

Em palavras rasteiras: o aluno de primeiro ano/período da faculdade, ao se deparar com o seu primeiro livro de Filosofia no Direito, certamente deve sentir um estranhamento: aquele vocabulário, os temas ali colocados não estão presentes (em sentido existencial, inclusive) em seu cotidiano. Ao ler esse texto, ele internaliza estruturas ônticas (o ente — conteúdo impresso) que apenas adquire sentido a partir da própria capacidade que o intérprete tem de dar-lhe sentido.

Com o passar do tempo e com a aquisição de novas experiências existenciais (as aulas de Filosofia do Direito, debate com os colegas, trabalho de classe, filmes e reflexão própria — sim, ela existe!), o texto começa a ganhar novos sentidos — mesmo não havendo nenhuma mudança em sua estrutura. Ora, quem mudou, então? A capacidade de compreensão do próprio aluno. Essa mudança só é possível porque o mundo externo fornece provocações ônticas (o ente-texto, o ente-argumento, o ente-filme) que promovem o aumento da capacidade de compreensão do intérprete, alterando o seu lugar de significação. Tal movimento faz com que a compreensão não tenha um caráter meramente reprodutivo, mas também produtivo[4].

Retornando ao fenômeno jurídico, tem-se que a diferença entre texto e norma é ontológica, em que texto é ente, norma expressa o “ser”, e “ente não existe como ente[5], pois só ganha existência quando internalizado. No entanto, quando isso ocorre, o texto (ente) expressa sua capacidade de promover a reorganização do universo compreensivo e, conseqüentemente, gerar novos sentidos.

Nesse aspecto, a especificidade do objetivo do Direito, que nunca pode deixar de permitir uma decisão em concreto, traz a exigência da busca do sentido fornecido pela dogmática (o outro), ainda que esse sentido já venha deformado pela prévia antecipação de sentido do sujeito no reinado da consciência. Nas palavras de Gadamer:

"Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe, pois, uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém uma posição predominante. Pois não é sustentável a ideia (sic) de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção[6]".

Desde aí, vislumbram-se algumas conseqüências práticas para o Direito. O controle de constitucionalidade, por exemplo, ganha novas dimensões. Agora, é o sentido existencial de Constituição (histórico, enraizado no tempo e, ao mesmo tempo, vinculado produtivamente ao tempo) que vai determinar a validade das normas infraconstitucionais, conforme sustenta Streck[7].

Essa leitura não ignora que no processo de formação do sentido que se tem de Constituição, o ente (texto constitucional) exerce uma função necessária e determinante, ocorrendo o mesmo quando se trata de um caso concreto (seja de sua descrição por quem narra o fato, seja da carga axiológica entificada que a ele é atribuído).

Assim, a tarefa do jus-hermeneuta (no mundo da consciência) está vinculada, inicialmente e preponderantemente, ao modo de compreender ontológico dependente do contexto em que a frase se dá, ou seja, “o compreender anterior que é já sempre saber como se está no mundo”[8], o qual fornece o sentido da verdade das proposições e por isso é chamado “sentido da estrutura”.

Em segundo e superficial plano, não se pode olvidar do compreender ôntico, oriundo da forma da intelecção de um enunciado, ou seja, sua racionalidade estrutural, o qual fornece a verdade enquanto propriedade da proposição em si e, portanto, abrange a “estrutura do sentido”[\[9\]](#).

Com efeito, a estrutura do sentido é explicada pelo “logos da compreensão da linguagem, que comunica”[\[10\]](#), denominado logos apofântico, inerente à tarefa da racionalidade lógico-semântica de explicar como a estrutura do enunciado determina o sentido.

Isso significa que o rearranjo nas estruturas textuais provocam importantes alterações no resultado final da norma, daí o velho postulado hermenêutico de que não existem palavras inúteis na lei. Diria mais, não apenas não existem palavras inúteis, como a posição/função que elas ocupam dentro da frase fazem toda a diferença na formação do significado. Dizer que temos uma “grande Constituição” não é o mesmo que dizer que temos uma “Constituição grande”.

Esse logos lógico-sintático atua na esfera ôntica e, por isso, só compreensível na ontológica, até porque, não sendo possível operar exclusivamente no “como” hermenêutico ou no apofântico, o círculo hermenêutico mostra que a pré-compreensão determina o sentido da estrutura e esta, por sua vez, tem o condão de provocar analiticamente a produção de novos sentidos, isto é, uma nova compreensão, quando internalizada.

Grosso modo, pode-se dizer que a estrutura empresta um significado inicial das antecipações de sentido da pré-compreensão do sujeito que interpreta e, ao fazê-lo, promove uma nova associação de sentidos/significados nele, em razão da capacidade humana de raciocínio lógico e contextualização dos enunciados no momento histórico-cultural em que é internalizado. Logo, o ente provoca (não doa!) novos sentidos para a compreensão do “ser”.

Resta claro, então, que a compreensão racional também é vinculada à estrutura, mesmo que sempre dependente do sentido prévio fornecido pelo logos hermenêutico, de modo que a internalização do ente e de sua estrutura ensejam a ampliação do universo de conhecimento (pré-estrutura de compreensão) do intérprete.

As filosofias analíticas promoveram, com sua metodologia, critérios úteis para explicar o sentido ôntico dependente da estrutura da norma jurídica, não só por meio da investigação do encadeamento lógico das palavras no corpo do enunciado, mas também na dinâmica da dogmática analítica que estuda a validade normativa a partir da posição da norma no sistema jurídico.

Em suma, a análise estrutural do enunciado feita pelo logos apofântico é necessária, ou seja, o texto constitucional vincula (inclusive de maneira mais rígida em matéria penal, tributária, direitos fundamentais e garantias processuais fundamentais, em razão da própria origem protetiva de direitos). Contudo, o sentido normativo e seu resultado “norma” estão além do texto, porque a análise de sua estrutura é sempre insuficiente, vez que só atinge o ente e não alcança o “sentido da estrutura”, fornecido pelo logos hermenêutico, por meio da leitura hermenêutica e os significados pré-existentes no mundo prático[\[11\]](#).

De qualquer modo, não resta dúvida de que a observância do texto, sem peripécias interpretativas, é

fundamental para preservar a lei e salvá-la do império das vontades, pois o Judiciário (e, em especial, seu órgão de cúpula) não pode desempenhar o papel de novo soberano.

[1] Para aprofundamento da temática, indico ao leitor a leitura da excelente coluna de Lenio Streck e Rafael Tomaz de Oliveira: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-26/diario-classe-indicacoes-metodo-fenomenologico-hermeneutico>.

[2] Em suas palavras: “O fenômeno jurídico, em toda a sua complexidade, envolve diversos aspectos, interdependentes e não necessariamente sucessivos, quais sejam, a previsão normativa da hipótese fática — hipótese normativa — a ocorrência de um acontecimento no mundo dos fatos que corresponde à hipótese normativa — suporte fático — e a consequente incidência infalível da norma — adjetivando o fato” (RACHID COUTINHO, Aldacy. *Invalidade processual: um estudo para o processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 18 (col. Biblioteca de Teses).

[3] Para compreender melhor a tese da unidade da *applicatio* em sua complexa unidade: MARRAFON, Marco Aurelio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

[4] GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Paulo: Unisinos, 1999, (coleção Focus). p. 193.

[5] STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 246.

[6] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Op.cit, p. 490.

[7] Em suas palavras: “... sendo um texto jurídico (cujo sentido, repita-se, estará sempre contido em uma norma que é produto de uma atribuição de sentido) válido tão-somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição dessa conformidade exige uma pré-compreensão (Vorverständnis) acerca do sentido de (e da) Constituição, que já se encontra, em face do processo de antecipação de sentido, numa co-pertença entre ‘faticidade-historicidade do intérprete e Constituição-texto infraconstitucional’. Não se interpreta, sob hipótese alguma, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei, etc) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição. Ou seja, o intérprete não interpreta por parte, como que a repetir as fases da hermenêutica clássica: primeiro compreende, depois interpreta, para, finalmente, aplicar”. (STRECK, Lenio. *Jurisdição...*, p. 209).

[8] STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. (coleção Filosofia – 40). p. 27.

[9] Idem.

[10] Idem.

[11] Ibidem, p. 29.

Date Created

28/12/2015