



PUC GOIÁS

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS
E DESENVOLVIMENTO – MESTRADO

VINÍCIUS WAGNER DE SOUSA MAIA NAKANO

**DO POSITIVISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO:
UMA ABORDAGEM DO PONTO DE VISTA SEMIÓTICO**

GOIÂNIA

2013

VINÍCIUS WAGNER DE SOUSA MAIA NAKANO

DO POSITIVISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO:

UMA ABORDAGEM DO PONTO DE VISTA SEMIÓTICO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, sob orientação do Professor Doutor Haroldo Reimer.

GOIÂNIA

2013

FOLHA DE APROVAÇÃO

VINÍCIUS WAGNER DE SOUSA MAIA NAKANO

Do positivismo ao neoconstitucionalismo: uma abordagem do ponto de vista
semiótico

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, sob orientação do Professor Doutor Haroldo Reimer _____ apresentado em _____/_____/_____.

BANCA EXAMINADORA

1. Prof. _____
2. Prof. _____
3. Prof. _____

AGRADECIMENTOS

A Deus.
À minha família.
A meu orientador.
À Pontifícia Universidade Católica de Goiás por fomentar a pesquisa e o desenvolvimento.
À Fundação de Amparo à Pesquisa que subsidiou meus estudos.

RESUMO

MAIA NAKANO, Vinícius Wagner de Sousa Maia Nakano. Neoconstitucionalismo: revolução semiótica. (Dissertação de Mestrado). Goiânia, 2013.

Este trabalho foi elaborado dentro da perspectiva multidisciplinar do programa de mestrado da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, tendo como objetivo aproximar o estudo do direito dos estudos sobre a linguagem. Principiando pela apresentação de teorias linguísticas como metadiscursos da linguagem e passando pela análise do positivismo e constitucionalismo como metadiscursos jurídicos, buscamos ao final a associação desses dois universos no intuito de verificar se as mudanças havidas no mundo jurídico podem ser traduzidas em termos linguísticos na passagem do estruturalismo para o dialogismo. E a base teórica do trabalho sustenta-se no dialogismo de Mikhail Bakhtin. O trabalho está dividido em três capítulos. O capítulo 1 compreende a abordagem dos metadiscursos linguísticos estruturalista e dialógico, nas perspectivas de Ferdinand de Saussure e Mikhail Bakhtin. O Capítulo 2 compreende a análise do positivismo e do constitucionalismo, a partir da abordagem linguística, no desenrolar histórico, ocasião em que tentamos associar os fenômenos. O Capítulo 3 compreende a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF, a partir da abordagem associada entre o neoconstitucionalismo e o dialogismo. A hipótese investigada enuncia que o neoconstitucionalismo é o fenômeno jurídico que traduzido em termos linguísticos representa a passagem do estruturalismo para o dialogismo. O resultado, diferente do que foi suposto inicialmente, conforma a hipótese, mas com reservas, já que o discurso jurídico se põe com precedência sobre os demais no âmbito das discussões travadas nos tribunais. Ao invés de uma imbricação semiótica, o resultado de um julgamento assume caráter preponderantemente jurídico, não fugindo do modelo estruturalista, em que pese a abertura da discussão que passou a envolver outras áreas do conhecimento, o que leva a admitirmos que houve maior prática dialógica, sem que isso tenha reconfigurado por completo o modelo proposto na teoria pura do direito.

Palavras-chave: estruturalismo, dialogismo, positivismo, neoconstitucionalismo, hermenêutica.

ABSTRACT

MAIA NAKANO, Wagner Vinicius de Sousa Maia Nakano. Neoconstitucionalismo: semiotic revolution. (Master's Dissertation). Goiânia, 2013.

This work was done within the multidisciplinary perspective of the master's program at the Catholic University of Goiás, in Law, International Relations and Development, aiming to approach the study of law studies on language. Beginning by presenting linguistic theories of language and how metadiscourses through the analysis of positivism and legal constitutionalism metadiscourses as we seek to end the association of these two universes in order to verify that the changes taking place in the legal world can be translated into linguistic terms in the passage of structuralism to dialogism. And the theoretical basis of the work holds up in dialogism of Mikhail Bakhtin. The work is divided into three chapters. Chapter 1 covers the structuralist approach of linguistic and dialogical metadiscourses, the prospects of Ferdinand de Saussure and Mikhail Bakhtin. Chapter 2 includes the analysis of positivism and constitutionalism, from the linguistic approach, in the unfolding history, during which we tried to associate the phenomena. Chapter 3 contains the analysis of the Direct Action of Unconstitutionality No. 3510/DF from the associated approach between neoconstitutionalism and dialogism. The hypothesis investigates if the neoconstitutionalism is the legal phenomenon that linguistically translated represents the transition from structuralism to dialogism.. The result, unlike what was initially supposed, conforms to the hypothesis, but with reservations, since the legal discourse sets with precedence over others in the context of discussions in the courts. Instead of an overlap semiotics, the result of a legal judgment takes character mainly, not fleeing the structuralist model, despite the opening of the discussion that began to involve other areas of knowledge, which leads to admit that there was more dialogic practice, without this having completely reconfigured the model proposed in the pure theory of law.

Keywords: structuralism, dialogism, positivism, neoconstitutionalism, hermeneutics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DO ESTRUTURALISMO AO DIALOGISMO E A SOCIOSEMIÓTICA	13
1.1 O ESTRUTURALISMO	13
1.1.1 Enunciados e Proposições Jurídicos	16
1.1.2 Linguagem e Metalinguagem, Semiótica e Metassemiótica	18
1.1.3 Jogos de Linguagem e o Direito	19
1.1.4 Do Estrutural ao Histórico	20
1.2 O DIALOGISMO	23
1.2.1 O Dialogismo	23
1.2.2 O Tema e Enunciado	23
1.2.3 Complexos Semióticos Imbricados	24
1.3 CATEGORIAS LINGUÍSTICAS APLICÁVEIS À COMPREENSÃO NA SÓCIOSEMIÓTICA	25
1.3.1 Formação Discursiva	25
1.3.2 Intertexto	26
1.3.3 Interdiscurso	27
1.3.4 Dialogismo	27
1.3.5 Polifonia	28
2 A HERMENÊUTICA DO POSITIVISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO	30
2.1 HERMENÊUTICA GERAL	30
2.2 HERMENÊUTICA NO POSITIVISMO	35
2.2.1 Positivismo Jurídico	35
2.2.2 Positivismo Lógico ou Neopositivismo	38
2.3 HERMENÊUTICA NO CONSTITUCIONALISMO	43
2.3.1 Fases do Constitucionalismo	44
2.3.2 Virada Ontológico-Hermenêutica	48
2.3.3 Problemas e Influências da Linguagem na Hermenêutica Constitucional	59
2.3.4 Concepções Hermenêuticas Constitucionais Interpretativistas e Não-Interpretativistas	66
2.3.5 Direito e Ideologia	68
2.3.6 O Correto Preenchimento do Sentido	73

2.3.7	A Fenomenologia Enquanto Método de Conhecimento dos Fenômenos Jurídicos.....	78
2.3.8	A Hermenêutica e a Proteção do Direito à Vida	85
3	ANÁLISE CRÍTICA DA ADIN 3510/DF	91
3.1	ANÁLISE NO CASO DO CONCEITO DE EMBRIÕES INVIÁVEIS	94
3.1.1	A Linguagem Objeto	94
3.1.2	O Objeto do Litígio	95
3.1.3	Atores, Argumentos e Teses Apresentados	96
3.1.4	Os Valores Ideológicos em Conflito	98
3.1.5	A Ponderação dos Valores em Conflito.....	98
3.1.6	A Decisão do Supremo Tribunal Federal.....	99
3.1.7	A Prevalência do Utilitarismo.....	100
3.1.8	A Metalinguagem Utilizada no Processamento e Julgamento	101
3.1.9	Os Conceitos de Embrião, de Ser Humano e de Pessoa	101
3.1.10	A Crise da Ontologia da Vida.....	104
3.2	CATEGORIAS LINGUÍSTICAS APLICADAS NA ADIn 3510/DF	105
3.2.1	Formação Discursiva	105
3.2.2	Monofonia, Intertexto, Interdiscurso e Dialogismo na Práxis Hermenêutico Constitucional	107
	CONCLUSÃO	113
	REFERÊNCIAS.....	Erro! Indicador não definido.

INTRODUÇÃO

A linguagem é forma de expressão humana que se relaciona ao direito enquanto linguagem objeto e metalinguagem. E percebemos que as mudanças havidas no direito são também parcela das mudanças que ocorrem no mundo cultural que abrange a linguagem.

Quando há uma grande mudança no mundo jurídico, também é pela linguagem, enquanto manifestação do espírito, que a percebemos, visto que boa parte das práticas culturais sustenta-se em realidades construídas sobre conceitos.

No final do século XIX e início do século XX houve uma grande mudança de paradigmas que abrangeu quase todas as áreas do saber no mundo ocidental. Essa mudança é caracterizada por metadiscursos que conferiram um novo sentido e significação à totalidade dos fenômenos no campo das ciências humanas.

O metadiscorso que vigorava até então foi construído sobre bases metafísicas e teológicas. O positivismo ou cientificismo combatia essas bases afirmando o empirismo e a razão lógico-formal como únicos fundamentos válidos dos conhecimentos científicos. Isso se dava no espírito ou programa da modernidade.

Nessa esteira, o direito, que era fortemente influenciado pela metafísica e pela teologia, aos poucos se aproximou dessa nova abordagem naquilo que ficou conhecido num primeiro momento como positivismo jurídico.

Dando continuidade ao programa da modernidade, o cientificismo logo apresentou uma nova demanda, calcada preponderantemente em problemas linguísticos, num período que ficou conhecido como virada linguística.

Paralelamente, ao menos do ponto de vista didático, e num outro plano, o constitucionalismo que dispõe preponderantemente sobre os papéis esperados do Estado em suas relações, também sofreu mudanças profundas que marcaram a passagem dos modelos de Estados liberais ou de direito para modelos de Estados sociais e destes para Estados constitucionais.

Esses dois processos, primeiramente do mundo jurídico considerado em seus próprios termos, com prevalência em questões linguísticas, e em segundo lugar do direito enquanto conjunto de regras que dispõem sobre o Estado em suas relações, acredita-se, em um dado momento se reuniram, criando algo novo, uma teia semiótica complexa que relaciona forma e conteúdo exigindo um novo nível de

compreensão não meramente sintático ou bivalente, tal como ocorria outrora. Supõe-se que semiótica, sintaxe, semântica e pragmática passaram a compor o arsenal hermenêutico do novo direito, o que coincidiu com o pós-segunda guerra mundial.

No auge da virada linguística, o método estrutural de Saussure ganhou bastante prestígio, tendo sido incorporado ao direito por Hans Kelsen. Tratou-se de uma verdadeira revolução epistemológica que foi posta em prática em diversos campos do conhecimento. O teórico que mais longe levou a teoria estruturalista foi Claude Lévi-Strauss, que o aplicou à antropologia.

Associado ao discurso científico, o estruturalismo situa-se entre os grandes esquemas metanarrativos pelos quais se pretende explicar ou significar o mundo social. Em termos linguísticos, o projeto procura eliminar as ambivalências, os conflitos ideológicos, as variações, ou seja, todas as mudanças, irregularidades, descontinuidades observadas na fala.

Tendo extrapolado o seu campo inicial de abordagem, o estruturalismo foi incorporado a diversos campos do saber, em especial das ciências humanas e sociais, por ter tornado possível a construção de teorias e modelos explicativos compatíveis com o discurso da modernidade nas ciências do espírito. Nesse diapasão, o discurso científico e o modelo científico de produção de conhecimento atingiram expressivo prestígio nos meios acadêmicos, políticos, filosóficos etc., influenciando os arranjos e valores sociais em suas diversas dimensões.

Todavia, no decorrer da primeira metade do século XX, em que o discurso positivo prevaleceu, também ocorreram guerras e conflitos motivados por argumentos “científicos”, seja para legitimar a ocupação de países, seja para motivar práticas eugênicas, seja para justificar o engajamento do aparato estatal na consumação de referidas práticas.

Esses fatos colocaram em crise o discurso da modernidade e sua metanarrativa, ensejando um movimento de crítica consistente na problematização dos fundamentos desse discurso e dessa metanarrativa, abrangendo as diversas dimensões acadêmicas, políticas, filosóficas etc..

No campo linguístico, ante as insuficiências do estruturalismo, desencadeou-se um fenômeno de retorno da língua ao enunciado que ensejou uma mudança das preocupações do campo sintático para o campo hermenêutico, semelhantemente ao que ocorreu nos movimentos filosóficos pós-modernistas que

guinaram o foco das atenções da filosofia da linguagem para o existencialismo e outras correntes preocupadas com o próprio sentido do existir humano no mundo além de outras concepções desconstrutivistas e críticas.

O método dialógico de Bakhtin ganhou bastante destaque após os anos 60, quando o estruturalismo mostrava algumas insuficiências, ocasião em que “foram [...] percebidos como problemas três traços do estruturalismo que já vinham sendo criticados em outras áreas do conhecimento: seu caráter anti-historicista, anti-idealista e anti-humanista. Esses traços são inerentes ao estruturalismo enquanto atitude filosófica, e não há como negá-los” (ILARI, 2009, p. 83).

Inserido nesse contexto de mudança no curso da história, o tema da dissertação compreende as grandes transformações nos metadiscursos que ensejaram alterações nas diversas áreas do conhecimento, em especial na compreensão que temos sobre o Direito.

Como esse fenômeno é complexo, envolvendo diferentes dimensões ou planos do mundo cultural, elegemos a linguagem jurídica numa abordagem sóciossemiótica como objeto de investigação.

Os métodos utilizados na dissertação serão a análise histórica das mudanças por que passaram o Direito, do positivismo ao neoconstitucionalismo e a linguagem do estruturalismo ao dialogismo, a compreensão conceitual e analítica desses fenômenos, o que implica utilização do método dedutivo, e a comparação por associação entre direito e linguagem. Essa comparação será feita tomando por base a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF, sobre a Lei de Biossegurança – Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (BRASIL, 2005).

A hipótese da presente dissertação é de que o neoconstitucionalismo é o fenômeno jurídico que, observado do ponto de vista linguístico, concretiza o retorno da língua à enunciação, fato que é percebido no mundo linguístico como revolução semiótica.

O percurso possibilitará, ao final, alcançarmos os seguintes objetivos: constatar se o fenômeno jurídico pode ser traduzido num plano linguístico; se houve uma mudança de paradigma no plano linguístico do mundo jurídico da língua para o enunciado; se o modelo proposto por Ferdinand de Saussure, fundador do estruturalismo, que se espalhou para as demais áreas do conhecimento, foi sucedido pelo dialogismo de Mikhail Bakhtin; se decisões proferidas pelo Supremo Tribunal

Federal nas causas em que atuam os amigos da corte resultam na abertura da semiótica jurídica para outras semióticas, sem haver precedência de uma sobre as demais, ou se com a imbricação inaugura-se uma nova semiótica em que o discurso jurídico recepciona outras semióticas sem perder a precedência.

A dissertação apresentará a seguinte estrutura. No Capítulo 1 investigaremos questões linguísticas, históricas e conceituais associadas ao estruturalismo e ao dialogismo, em especial à mudança de perspectiva entre os modelos. Identificada a imbricação nos sistemas semióticos analisaremos os conceitos de linguagem objeto e as metalinguagens, discurso, interdiscurso, polifonia, intertexto e outras categorias necessárias à investigação do problema.

No Capítulo 2 investigaremos questões linguísticas, históricas e conceituais nos processos de mudança do positivismo ao neopositivismo e do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo, para ao final verificarmos se houve, em algum momento, aproximação desses processos no plano linguístico.

No Capítulo 3 verificaremos se a hipótese pode ser comprovada a partir da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF em que se apreciou a Lei de Biossegurança – Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (BRASIL, 2005).

No plano teórico, o desenvolvimento do Capítulo 1 terá por base preponderante as obras *Curso de Linguística Geral* de Ferdinand de Saussure e *Marxismo e Filosofia da Linguagem* de Mikhail Bakhtin.

Para o desenvolvimento do Capítulo 2, será utilizada preponderantemente a obra *Teria Pura do Direito* de Hans Kelsen.

Como pano de fundo no plano metadiscursivo em relação às grandes mudanças, serão utilizadas as obras *A Condição Pós-moderna* de Jean-François Lyotard e *A Estrutura das Revoluções Científicas* de Thomas S. Kuhn.

1 DO ESTRUTURALISMO AO DIALOGISMO E A SOCIOSSEMIÓTICA

Neste capítulo apresentaremos sinteticamente características do estruturalismo e do dialogismo, além de categorias da sociossemiótica, e os trataremos como diferentes abordagens que se sucedem na história enquanto teorias para compreensão da linguagem.

Temos como primeira experiência o estruturalismo de Saussure, nascido em 1857 em Genebra e morto em 1913 (SAUSSURE, 2006). O estruturalismo que desenvolveu insere-se entre as produções do movimento positivista, primando pela construção de um arcabouço teórico que possibilita tratar as ciências do espírito com semelhante rigor e precisão que marcam as ciências lógico-formais. Sua abordagem elabora um sistema objetivo abstrato, que prescinde dos sujeitos em sua enunciação concreta.

Como segunda experiência temos o dialogismo de Bakhtin nascido em 1895 em Oriol e morto em 1975 (BAKHTIN, 2009, p. 11-13). Sua teoria, diversamente do estruturalismo, refere-se às relações concretas, às interações, situadas no tempo e no espaço, tendo por base justamente aquilo que Saussure havia excluído de sua teoria, somando-se a isso categorias adequadas para compreensão dos diálogos em suas diversas manifestações.

Com isso teremos os dois metadiscursos que utilizaremos quando tratarmos da hermenêutica jurídica.

1.1 O ESTRUTURALISMO

O *Curso de Linguística Geral* é uma obra póstuma construída com base em notas de alunos de Ferdinand de Saussure, e constitui a base do estruturalismo, tendo sido publicada no ano de 1916.

Mas apesar da discussão que envolve críticas à obra bem como ao conjunto de escritos apontados como sendo de sua autoria, não se nega o fato de o autor ter apresentado uma metateoria axiomática aplicável aos estudos da língua e de outras ciências humanas, que àquele tempo buscavam afirmação científica.

Basicamente, o estruturalismo propõe a construção de sistemas axiomáticos construídos semelhantemente ao que ocorre com jogos como o xadrez. No jogo, cada peça pode ser movimentada segundo critérios pré-definidos, sendo o

conhecimento dos movimentos possíveis a condição de possibilidade do próprio jogo, exemplo que também é utilizado em Wittgenstein (2004, p. 18-19).

A compreensão desse metadiscurso é facilitada com as ideias de linguagem objeto e metalinguagem, de gramática e normatividade, da diferença entre língua e fala, além de conhecimentos sincrônicos ou estáticos e diacrônicos ou históricos entre outros.

Os conhecimentos sincrônicos levam ao objetivismo abstrato que é a consideração dos elementos do discurso sem levar em consideração as variações ou mudanças históricas. Na prática da linguística, a sincronia leva à construção de um sistema dogmático que contém um vocabulário ou conjunto de elementos, regras de formação de proposições que determinam que construções sintáticas são válidas, regras de inferência e algumas proposições primitivas ou axiomas (ABBAGNANO, 1998, p. 910).

Já os conhecimentos diacrônicos ou históricos, visam à compreensão das variações e mudanças havidas na língua, seja na pronúncia ou escrita. Como não é possível estabelecer leis ou regras *a priori* sobre mudanças históricas, então estudam os fatos tal como havidos no suceder do tempo, donde se fala na mutabilidade, na inconstância, na ausência de continuidade ou repetibilidade.

O modelo sincrônico possibilita a criação de uma gramática normativa a partir da qual serão avaliados os elementos do sistema. O mesmo não ocorre com o modelo diacrônico, que não confere a possibilidade de antever o futuro.

Saussure (2006, p. 21), ao distinguir língua e fala, explicou que a fala era individual, ainda que pautada pela língua, e não poderia ser objeto da linguística, pois a sua execução jamais é feita pela massa, o que feria seu caráter normativo. Semelhantemente, Kelsen fez o mesmo no mundo jurídico, ao excluir do direito a moral e a política, entre outros aspectos.

Enquanto ciência de vanguarda do estudo da linguagem o estruturalismo teve seu escopo inicial de abrangência ampliado para abarcar outras áreas do saber, tendo se espreado para a antropologia e o direito, entre outros. Significou o máximo de objetividade até então alcançado nas ciências do espírito ou humanas, que eram vistas como ciências fracas quando comparadas com as ciências lógico-matemáticas. Suas insuficiências, contudo, foram escancaradas quando o objetivismo abstrato teve seu ápice nos estados totalitários, quando puseram os aparelhos do Estado em funcionamento para concretizar os objetivos de

desenvolvimento e progresso e colocaram em prática ações de extermínio em massa entre outras igualmente reprováveis.

O estruturalismo, assim como outros conhecimentos construídos com amplitude totalizante, busca abranger o todo, assim compreendida a parcela do mundo que pode ser pensada destacadamente, por exemplo, toda a cultura do mundo, os direitos humanos, as religiões, as relações familiares etc.. Porém, em que pese a intenção inicial de conferir máxima expressão a esses todos ensimesmados, no entrelaçamento das culturas, dos direitos, das religiões, das relações familiares, entre outras coisas, chega-se à conclusão de que nenhuma parcela da realidade possui a extensão do todo. Diante disso, a totalização reduz-se ao sistema mesmo, que abrange parcela da realidade, compreendida a partir de seus próprios fundamentos segundo axiomas pré-definidos.

Para compreendermos a associação entre as ideias de sistema e estrutura nos valem da explicação de Pêcheux, conforme segue:

[...] a tese fundamental da posição formalista em Linguística pode, segundo o que pensamos, resumir-se em dois pontos, a saber:

- 1) A língua não é histórica precisamente na medida em que ela é um sistema (pode-se também dizer uma estrutura);
- 2) É na medida em que a língua é um sistema, uma estrutura, que ela constitui objeto teórico da Linguística.

Consequentemente, o sistema (ou estrutura) se opõe à história da mesma forma que o explicável se opõe ao seu resíduo inexplicável, e, como o explicável sistêmico ou estrutural é primeiro, não há o que questionar acerca das condições que o instituem como explicável: o *estruturalismo linguístico*, mas também o funcionalismo e até mesmo o gerativismo, “se dão” seu objeto sob a forma geral da língua (ou da gramática). Nessa medida, e especialmente no que diz respeito à “Semântica”, o estruturalismo linguístico não pode deixar de desembocar em um *estruturalismo filosófico* que tenta abarcar no explicável o resíduo do inexplicável (2009, p. 21).

Na prática, nenhuma cultura, direito, religião, relação familiar etc. é compreendido de forma única e total no tempo e no espaço. São as diversas manifestações dessas realidades, pensadas isoladamente que podem ser compreendidas estruturalmente, enquanto sistemas, o que não implica dizer que sejam suficientes para explicar todos os acontecimentos nessas dimensões.

Diante da insuficiência da prática estruturalista, objetivista abstrata, restauram-se o historicismo e a tradição. Mas isso não significa afirmar que o estruturalismo não permaneça. Permanece, porém, sofrendo as críticas que revelam as suas insuficiências. Ao invés de uma preocupação preponderantemente sintática,

resgata-se a abordagem pragmática nas ciências do espírito, numa forma dialógica e comunicacional em que a hermenêutica amplia a relevância do papel do hermeneuta ou dos hermeneutas em sua relação construtiva e compreensiva dos sentidos possíveis do mundo.

Do ponto de vista normativo, valores e dogmas permanecem, mas não estão imunes, podendo toda pessoa, a todo o momento, criticá-los. Isso não leva à conclusão de que não haja objetividade dos valores morais ou sociais. Mas sem essa compreensão restariam infundadas todas as práticas sociais.

Concernente à linguagem, é ela que porta o significado do mundo, que nos possibilita organizar nossos pensamentos e nos relacionar. A linguagem possibilita algo que a consciência impede. Enquanto a consciência só é acessível a cada um de nós, isolada e individualmente, a linguagem manifesta-se, e não apenas a linguagem escrita ou falada, mas também a corporal.

1.1.1 Enunciados e Proposições Jurídicos

Hauridos da lógica, enunciados e proposições são expressões dotadas de sentido e avaliáveis. São afirmações ou negações. “Só as proposições podem ser afirmadas ou negadas” sendo possível “julgá-las como verdadeiras ou falsas” (COPI, 1978, p. 22).

A linguagem jurídica caracteriza-se pelos específicos sentidos e significados jurídicos. Seus enunciados e proposições, segundo o modelo estruturalista, atuam normativamente como metacondutas utilizadas na avaliação de condutas, ou seja, caracterizam modelos propostos que serão comparados com condutas concretas, donde se formarão juízos.

E como as condutas e leis – proposições e enunciados jurídicos – são expressos linguisticamente contando com específica significação jurídica, no modelo formal desenhado por Kelsen, não havia preocupação extralingüística, tal como se dá atualmente quando a prática hermenêutica tende à avaliação, da experiência nas três dimensões afirmadas por Reale: fato, valor, e norma (REALE, 1994).

Vale lembrar a seguinte advertência: “a linguagem quer ser ignorada: é seu destino natural o de ser um meio e não um fim, e só artificialmente que a pesquisa pode ser dirigida para o próprio meio do conhecimento” (HJELMSLEV, 2009, p. 03).

No caso do direito, a linguagem pode ser analisada sem se problematizar seu conteúdo, o que é apropriado para modelos axiomatizados e dogmáticos em que os axiomas são apodícticos. Essa atitude, porém, é inapropriada para práticas hermenêuticas que exigem ativa participação do hermeneuta na construção do correto sentido. Diante da estrutura escalonada do direito e sua nova conformação neoconstitucionalista, as leis e fatos jurídicos devem ser analisados a partir do paradigma constitucional que não apresenta enunciados com tanta clareza ou com univocidade.

Assim, a construção hermenêutica se torna mais complexa já que ao invés de uma análise normativa entre lei e fato, amplia-se o escopo para abarcar constituição, lei e fato, sendo a constituição e as leis dotadas de valor e normatividade e avaliáveis a partir da constituição.

Nesse diapasão, não só a causa é avaliada, mas também as leis. Ocorre que, nessa atividade de avaliação, considerando algumas peculiaridades do sistema constitucional vigente, algumas dificuldades podem surgir, seja pelo fato de normas constitucionais, por demais gerais serem vagas, seja pelo fato de nossa constituição ser compromissória, albergando valores que se colidem, seja pelo fato de existirem concretamente desacordos morais razoáveis.

Assim, considerando a diversidade de modos possíveis de construção de enunciados e proposições e de como pensá-los quando já postos, podendo os mesmos serem claros, específicos, casuísticos, reduzidos ou no sentido oposto, vagos, gerais, ampliados, temos consequências na órbita legislativa, ou no plano hermenêutico.

Num universo estruturalista tal como organizado por Kelsen, prevalece a visão bipolar em que os atos são julgados válidos ou inválidos, existentes ou inexistentes, legais ou ilegais, permitidos ou proibidos, enfim, a análise é limitada e os enunciados são construídos para possibilitar tal prática. Havendo falhas ou lacunas, aplicam-se regras pré-dispostas de solução, conferindo-se pouca margem ao intérprete. Partindo de um conceito pensado logicamente como *Grundnorm*, tem-se o pressuposto de validade dos demais enunciados, e se houver coerência e consistência entre eles, o sistema persiste.

De outro lado, nas situações em que os enunciados são vagos, imprecisos, ambíguos, é quase impossível adotar as soluções bipolares, surgindo a

necessidade de inserção de novos valores e da construção de um novo tipo de lógica que admita graus ou valores não exclusivos.

1.1.2 Linguagem e Metalinguagem, Semiótica e Metasemiótica

Dependendo das diversas abordagens possíveis, seja da sintaxe, semântica, pragmática, semiótica, a linguagem pode ser pensada, segundo o modelo estruturalista, a partir das noções de objeto e metaobjeto.

A partir dessas premissas, podemos definir formalmente uma semiótica como uma hierarquia da qual qualquer um dos componentes admite uma análise ulterior em classes definidas por relação mútua, de tal modo que qualquer dessas classes admite uma análise em derivados definidos por mutação mútua (HJELMSLEV, 2009, p. 113).

A metasemiótica apresenta-se como uma semiótica que tem por objeto outra semiótica ou a mesma semiótica num outro plano.

Do mesmo modo, segundo o modelo estruturalista, se a linguagem é a soma da língua e da fala (SAUSSURE, 2006, p. 92), metalinguagem é a linguagem que tem outra linguagem por objeto ou a mesma linguagem num outro plano.

Quando a linguagem atua como tal e como metalinguagem, temos uma relação que pode ser normativa, atuando uma como norma dotada de valor e a outra como fato observável e apreciável.

Existe hierarquia por que uma linguagem atua como parâmetro a partir do qual a outra será analisada e apreciada ou julgada como correta ou incorreta, válida ou inválida. Tal como ocorre com uma gramática que contém as regras normativas de uma língua, servindo de referência para as produções linguísticas, sejam faladas ou escritas ou imagens ou outra, uma servirá de modelo a partir do qual a outra será analisada.

No aprendizado de língua estrangeira, pode-se utilizar a língua materna ou a língua a ser ensinada. Em todo caso, quando o aluno elaborar um texto ou se expressar pela fala, será avaliado a partir da gramática da língua ensinada. Essa abordagem dá maior relevo à gramática normativa, atuando a língua como metalinguagem e linguagem objeto. A metalinguagem, no caso, será a utilizada para ensinar a linguagem objeto.

Igual raciocínio se aplica ao plano da semiótica em que sistemas simbólicos são construídos e podem ser avaliados a partir de axiomas.

1.1.3 Jogos de Linguagem e o Direito

No *Tractatus Logico-Philosophicus* Wittgenstein apresenta uma teoria da linguagem em que a preocupação concentra-se na sua forma e estrutura. Foi essa abordagem do autor que influenciou os neopositivistas lógicos. Em referida obra, o autor apresenta afirmações como:

o nome significa o objeto. O objeto é seu significado. [...] O nome substitui, na proposição, o objeto [...] Os objetos, só posso nomeá-los. Sinais substituem-nos. Só posso falar sobre eles, não posso enunciá-los. Uma proposição só pode dizer como uma coisa é, não o que ela é (WITTGENSTEIN, 2010, p. 151).

O corpus construído pela explicação identificava como uma das fontes dos problemas relacionados à linguagem a falta de compreensão da própria linguagem:

A linguagem é um traje que disfarça o pensamento. E, na verdade, de um modo tal que não se pode inferir, da forma exterior do traje, a forma do pensamento trajado; isso porque a forma exterior do traje foi constituída segundo fins inteiramente diferentes de tornar reconhecível a forma do corpo. Os acordos tácitos que permitem o entendimento da linguagem corrente são enormemente complicados. A maioria das proposições e questões que se formularam sobre temas filosóficos não são falsas, mas contrassensos. Por isso, não podemos de modo algum responder a questões dessa espécie, mas apenas estabelecer seu caráter de contrassenso. A maioria das questões e proposições dos filósofos provém de não entendermos a lógica de nossa linguagem (WITTGENSTEIN, 2010, p. 165).

Adiante, o autor explica que o mundo vai até aonde a linguagem alcança. “Que o mundo seja meu mundo, é o que se mostra nisso: os limites da linguagem (a linguagem que, só ela, eu entendo) significam os limites de meu mundo. O mundo e a vida são um só. Eu sou meu mundo” (WITTGENSTEIN, 2010, p. 245).

Esse modo de pensar a associação entre pensamento e linguagem resultava num modelo estruturalista, visto que os fundamentos de todo o sistema eram a clareza da linguagem e a associação dos elementos entre si. O segundo Wittgenstein, numa abordagem diferente, trata dos jogos de linguagem, enquanto práticas sociais. Estas consistem no seguinte:

Na prática do uso da linguagem (2), uma parte grita as palavras, a outra age de acordo com elas; mas na instrução da linguagem vamos encontrar este processo: o aprendiz dá nome aos objetos. Isto é, ele diz a palavra quando o professor aponta para a pedra. De fato, vai-se encontrar aqui um exercício ainda mais fácil: o aluno repete as palavras que o professor pronuncia-

ambos, processos linguísticos semelhantes. Podemos imaginar também que todo o processo de uso de palavras em (2) seja um dos jogos por meio dos quais as crianças aprendem sua língua materna. Quero chamar esses jogos de “jogos de linguagem”, e falar de uma linguagem primitiva às vezes como de um jogo de linguagem.

E poder-se-ia chamar também de jogos de linguagem os processos de denominação das pedras e de repetição da palavra pronunciada. Pense em certo uso que se faz das palavras em brincadeiras de roda. Chamarei de “jogo de linguagem” também a totalidade formada pela linguagem e pelas atividades com as quais ela vem entrelaçada (WITTGENSTEIN, 2004, p. 18-19).

A perspectiva, que antes era estruturalista, passa a ser tratada num outro plano, do uso da linguagem. E no âmbito do uso da linguagem há um novo tipo de abordagem em que os atores são introduzidos no discurso, passando este a ser analisado a partir do contexto. “O significado de uma palavra é seu uso na linguagem. E o significado de um nome se explica, muitas vezes, ao se apontar para o seu portador” (WITTGENSTEIN, 2004, p. 38).

Aplicando-se tal raciocínio ao direito teríamos o jogo de linguagem jurídica correspondendo ao conjunto de todas as proposições e elementos da linguagem possíveis e aos novos que surgem na quotidianidade da atividade dialético-hermenêutica no espaço dialógico político-jurídico.

Cada novo elemento que não figurava na relação anterior não cria um novo jogo, pois a nova regra admite novos elementos, desde que compatíveis com as regras de formação. E essas regras são abertas e compatíveis com a prática hermenêutica aplicável às ciências do espírito e com a historicidade que marca a diacronicidade.

O direito, na segunda perspectiva, é um jogo aberto. Ser aberto não significa ser sem limites ou sem regras. Significa admitir o novo não antevisto, sendo, pois, o tempo e o espaço, fundamentais à sua conformação. Se no modelo estrutural cada novo enunciado, cada nova proposição, cada nova regra, criavam novos jogos, no modelo dialógico o jogo se mantém o mesmo, sendo a novidade antevista enquanto possibilidade. Não se sabe de antemão o que ou como será o novo, mas se admite a possibilidade dele vir a ser.

1.1.4 Do Estrutural ao Histórico

Enquanto a linguagem é o objeto de investigação da linguística, na hermenêutica atua tanto como linguagem-objeto quanto como metalinguagem já que

é na expressão inteligível dos pensamentos, que construímos e compreendemos o mundo em suas diversas dimensões.

Se a linguística tem por objeto preponderante o estudo da linguagem em suas diversas manifestações, o estruturalismo tem por escopo a linguagem da língua a partir de um modelo normativo que pode ser apresentado em uma gramática. Esse campo de estudos aborda a língua em seu aspecto estático, normativo, sincrônico.

Por outro lado, no dialogismo, não se parte do modelo normativo para o juízo, sendo a prática muito mais próxima de uma práxis hermenêutica, como etapa de suplementação das insuficiências dos métodos interpretativos, conferindo ao hermeneuta papel relevante na construção e busca dos sentidos possíveis das práticas humanas e espirituais.

Contrapõe-se ao metadiscurso estruturalista ou sistemático o metadiscurso histórico, marcado pela descontinuidade, pelas mudanças, pela dificuldade de ordenação e sistematização, pela falta de coesão e consistência, pela construção do sentido dos acontecimentos pelo espírito.

Os fatos observados historicamente relacionam-se basicamente por se sucederem uns aos outros. Em algumas situações há conexão entre eles, mas isso não é preponderante nas análises sistematizadas sincronicamente, prevalecendo o aspecto narrativo, dotado de começo, meio e fim, consistindo basicamente a análise numa unidade de discurso. E o sentido conferido à narrativa histórica é um importante papel que pode ser compreendido a partir da semiótica.

“Essa realidade [histórica] é mais do que a sequencia de acontecimentos e mudanças no passado tal como relatados nas fontes; ela é, em si mesma, uma corporificação do sentido” (RÜSEN, 1996, p. 83). A construção dialógica desse sentido é fundamental para que o conhecimento histórico seja útil à compreensão de nossa experiência cultural do presente e futuro.

A semiótica, enquanto teia de sentidos construídos culturalmente e sua compreensão, possibilita-nos abordar todos os aspectos dessa teia como um grande texto da vida. Sendo o direito parte dessa grande teia, pode ser compreendido através da semiótica. E o sentido preponderante de que nos valem aqui em diante, nos é dado na última concepção do excerto:

Em seus aspectos de ciência moderna, a semiótica foi fundada duas vezes, mais ou menos contemporaneamente, entre o final do século XVIII e o início

do século XIX: por um grande linguista europeu, Ferdinand de Saussure, que a via como disciplina-mãe da linguística e como parte da “psicologia social”, e pelo filósofo americano Charles Sanders Peirce, que a concebia como uma disciplina essencialmente filosófica, aparentada com a lógica e a fenomenologia [...] Mas a semiótica está, sobretudo, dividida entre a vocação de ser filosofia do signo, do sentido e da comunicação e a **ambição de ser uma das ciências humanas, especializada nas técnicas de leitura dos textos, em estreita relação com todas as outras teorias científicas**, sociológicas, psicológicas etc. que se ocupam da comunicação (VOLLI, 2007, p. 13).[Grifei]

Assim, detemo-nos na semiótica enquanto ciência humana especializada nas técnicas de leitura dos textos, no caso de textos jurídicos, mais especificamente do texto constitucional, numa permanente prática de construção e compreensão do sentido. E ao invés de uma abordagem sincrônica, própria do estruturalismo aplicado ao modelo positivista, privilegamos numa ótica neoconstitucionalista, a abordagem histórica em que a compreensão do sentido depende da práxis hermenêutica.

Se o modelo que prevaleceu no constitucionalismo moderno pautou-se por uma conformação marcadamente estruturalista, a partir do constitucionalismo contemporâneo passou-se a pensar o direito numa conformação menos vinculada ao discurso científico lógico-formal.

Essa passagem ou mudança do estrutural ao histórico não se deu pontualmente, nem isoladamente. No direito, na linguagem, nas artes e em diversas outras manifestações, ocorreram mudanças fundamentais após as barbáries praticadas pelos Estados totalitários na primeira metade do século XX que foi um período turbulento cujo ápice se materializou no holocausto. Finda a segunda guerra mundial, com a bipolarização do mundo e a guerra fria, ainda ocorreram situações extremas, mas já haviam vozes e manifestações contra tais práticas.

O estruturalismo que é marcado por noções relevantes às ciências tais como a regularidade, a calculabilidade, a previsibilidade e o juízo de normalidade, prima por uma abordagem sintática ou autorreferenciada. Quando os Estados totalitários colocaram os aparelhos dos Estados em movimento para perpetrar a morte e a barbárie em nome do progresso e desenvolvimento, logo se percebeu que era imprescindível o resgate dos valores historicistas, idealistas e humanistas.

O dialogismo, em que pese ser apresentado numa obra com conteúdo ideologicamente marxista, o que o próprio título denuncia, enquanto obra teórica apresenta o que de melhor existe em referida ideologia que é acentuar o caráter crítico e emancipador da inteligência consciente. Bakhtin desnuda a prática dos

discursos neutros ou imparciais e municia seus leitores de meios para perceber aspectos que são excluídos na abordagem estruturalista, revitalizando-os e reumanizando-os.

1.2 O DIALOGISMO

1.2.1 O Dialogismo

O dialogismo de Mikhail Bakhtin, contrapondo-se ao estruturalismo de Saussure, que o autor chama de objetivismo abstrato, apresenta a práxis enunciativa como verdadeira substância da linguagem. Diversamente do enfoque estático empreendido pelo estruturalismo, adota uma forma de pensar a linguagem em sua dinâmica interativa.

Tal discussão lembra a dicotomia havida entre Parmênides e Heráclito, sendo adequado, porém apreender os dois modelos de investigação que são utilizados para explicar parcelas da realidade. Para o autor de *Marxismo e Filosofia da Linguagem* a substância da língua não se situa num plano meramente pensado introspectivamente, da razão, estático.

A verdadeira substância da língua não é constituída por um sistema abstrato de formas linguística nem pela enunciação monológica isolada, nem pelo ato psicofisiológico de sua produção, mas pelo fenômeno social da interação verbal, realizada através da enunciação ou das enunciações. A interação verbal constitui assim a realidade fundamental da língua (BAKHTIN, 2009, p. 127).

O objetivismo abstrato é criticado por não corresponder às mudanças históricas ou ao contexto da leitura ou da comunicação. Na prática, e com o passar do tempo, passa-se a perceber que a gramática se descola da práxis social precisando de inovação. Sem isso há um descompasso e a teoria deixa de ser adequada para explicar os acontecimentos, visto que pensada em seus próprios termos. Compatível e coerente com os fundamentos teóricos, mas incompatível com a realidade.

1.2.2 O Tema e Enunciado

Na interação verbal que é a fonte eleita da investigação da linguagem em Bakhtin, a unidade básica da enunciação completa é o tema que se apresenta como uma situação concreta, ou seja, na interação verbal, situada no tempo e espaço,

sendo, portanto, irrepetível. O tema leva em consideração as palavras enunciadas, seu tom, o contexto envolvendo lugar, tempo e outros elementos não verbais e abrange a totalidade da enunciação.

No interior do tema encontram-se a significação e a enunciação.

Quando se pergunta “que horas são?”, essa expressão adquire sentido no contexto em que é enunciada. Se se aproxima o momento da execução por fuzilamento ou se se aproxima o trem, são diferentes os contextos apesar de a expressão ser a mesma. Os elementos não verbais, portanto, adquirem especial importância nessa abordagem.

Enunciado não é um conceito formal. É um acontecimento concreto ligado à história. O enunciado supõe a presença do enunciador e daquele que recebe o enunciado bem como o enunciado mesmo. Sendo assim, ao invés de uma situação abstrata em que o signo vale por si, é imprescindível situar o enunciado na interação social.

A significação é compreendida no sentido da língua em Saussure, que é o conjunto de palavras formadas convencionalmente que possibilitam a interação e comunicação, porém sem ser estática, sendo “o aparato técnico para a realização do tema” (BAKHTIN, 2009, p. 134).

Enquanto o tema leva à compreensão, o que exige do hermeneuta conhecimento uma práxis espiritual sobre aspectos da enunciação, a significação se limita à decodificação que se faz numa versão direta entre línguas, por exemplo, ou num cotejo com uma gramática normativa.

1.2.3 Complexos Semióticos Imbricados

Diferentemente da abordagem estruturalista que confere proeminência ao aspecto sintático, no dialogismo amplia-se o escopo que passa a levar em consideração as pessoas ou sujeitos, os enunciados na práxis discursiva, os papéis desempenhados pelos sujeitos no tempo e espaço sociais, de tal modo que semântica, pragmática e semiótica adquirem proeminência num plano histórico.

Nesse novo plano em que a preocupação migra para o universo da enunciação, o valor simbólico adquire especial relevo, visto que as práticas simbólicas gozam de real valor no universo cultural.

A imbricação é a superposição não coincidente, semelhante ao que ocorre com as escamas dos peixes. Sistemas semióticos imbricados, retomando as

noções de objeto e metaobjeto, são relações entre sistemas semióticos, que não se confundem e não se excluem. Sistemas como o religioso, o moral, o jurídico, não se excluem e não se confundem, interferindo uns nos outros. Cada um deles possui sua gramática, seu código linguístico, seus parâmetros normativos, sendo percebidos como estruturas ou sistemas.

Tomando o conceito weberiano, cada um desses sistemas pode ser pensado como tipo ideal, puro. Na prática, porém, essa idealidade não ocorre, visto que se tratando de sistemas culturais, influenciam uns aos outros. Assim, o sistema jurídico sofre influências dos sistemas religiosos, políticos, familiares etc., interferindo igualmente nos mesmos.

Porém, considerando não apenas o plano hermenêutico ou da compreensão e passando ao plano da autoridade, pode ser que um sistema tenha precedência em relação ao outro.

Analisando a história do Brasil e dos países do Ocidente, percebe-se que durante muito tempo houve influência da religião nos demais sistemas. Mas essa atuação da Igreja deixava o plano meramente religioso ganhando conotação política, visto que interferia na autoridade. Na Idade Média, houve mesmo a necessidade de se classificarem e limitarem os escopos dos universos religiosos e políticos, sob pena de haverem conflitos entre os dois planos institucionais, motivos de discórdias e conflitos entre autoridades políticas e religiosas.

Desse modo, e conciliando os diversos complexos simbólicos semióticos, no plano da compreensão, cada um mantém a sua conformação estrutural. Todavia, quando entram em contato no plano de algum dos universos semióticos, pode ser que haja precedência.

1.3 CATEGORIAS LINGUÍSTICAS APLICÁVEIS À COMPREENSÃO NA SÓCIOSSEMIÓTICA

Considerando o panorama exposto, insta apresentarmos as categorias semióticas adequadas para a compreensão hermenêutica do direito.

1.3.1 Formação Discursiva

A formação discursiva tem a prática enunciativa como fenômeno complexo social, envolvendo enunciadores e receptores na práxis dialógica. Desse

modo, ao invés de um conjunto de conceitos abstratos ou palavras consideradas umas em relação às outras, tal como se dá no estruturalismo, na formação discursiva prepondera a dinâmica interativa, sendo relevantes à compreensão questões ligadas à posição social, ideológica, política, etc. do enunciante. Numa teia semiótica, o enunciante ocupa diferentes posições em cada um dos universos simbólicos e em cada um deles participa levando em consideração seu papel, tempo, lugar, circunstâncias etc..

Michel Foucault postula a existência das instâncias da enunciação em termos de lugares pondo a ênfase na preexistência de uma topografia social sobre os falantes que aí vêm se inscrever. É um conceito de lugar cuja especificidade reside no fato de que cada um alcança sua identidade no interior de um sistema de lugares que o ultrapassa. A teoria do discurso não é assim uma teoria do sujeito antes de ele enunciar, é sobretudo uma teoria da *instância de enunciação* que é intrinsecamente um efeito de enunciado. Nesse contexto, a principal tese de Foucault concernente à formação das instâncias de enunciação é a de que o sujeito social que produz um enunciado não existe fora do discurso, mas é uma função do próprio enunciado (SOUZA, 2006, p. 129).

A abordagem, pois, ao invés de se limitar ao objetivismo abstrato, é ampliada para abarcar os sujeitos e suas posições nas práticas discursivas.

1.3.2 Intertexto

Esse termo foi apresentado por Julia Kristeva para explicar o Mikhail Bakhtin entendia por dialogismo (ZANI, 2003, p. 122).

A intertextualidade possibilita a compreensão de textos com aspectos que lhe são externos e referentes às práticas discursivas envolvendo os sujeitos no campo em que se situam, como se houvessem camadas compreensíveis pela análise crítica que identificam influências, intenções, bases ideológicas etc., o que supõe do intérprete capacidade de reconhecer esses elementos no texto.

Nenhum texto é lido independentemente do sistema literário mais amplo no qual está inserido e, portanto, da experiência que o leitor tem dos outros textos encontrados no passado [...]. O conjunto de textos de uma cultura é chamado de *intertexto* (a rede de textos unidos entre si por uma série de várias chamadas), e o conhecimento do intertexto é denominado *competência intertextual* do destinatário (VOLLI, 2007, p. 164-165).

Um leitor de Dante que se disponha a compreender seus escritos, por exemplo, perceberá as influências que recebeu de outros escritos na religião, na política, na literatura, enfim, reconhecerá nas obras o que o autor recepcionou de outras obras.

1.3.3 Interdiscurso

As influências que participam de nossas manifestações, às vezes não são percebidas por nós mesmos, se não realizarmos uma análise crítica do nosso próprio discurso. Sem refletirmos sobre como construímos nossos discursos, simplesmente os colocamos em prática e expressamos experiências passadas reproduzindo ideologias. Mas se nos atentarmos para as palavras que utilizamos e para os discursos que construímos, nos aperceberemos das influências ideológicas que recebemos. Ao fazê-lo, resgatamos a ideologia num novo ato interlocutório. O enunciado concretiza a interdiscursividade enquanto memória, resgatando os enunciadores do passado.

O interdiscurso é construído através da organização ideológica que garante a existência de discursos já produzidos, retransformados por um novo ato interlocutório [...] A conclusão universaliza o sujeito. Nessa direção, ela contém um vetor pragmático estabelecendo relações interdiscursivas com enunciados produzidos anteriormente (SOUZA, 2006, p. 131).

Essa abordagem reconhece na prática discursiva a influência das ideologias e dos papéis ocupados por cada sujeito do discurso no campo discursivo em diferentes tempos, inclusive levando em consideração às posições de cada um dos sujeitos em relação aos outros, sejam as relações simétricas ou não.

1.3.4 Dialogismo

Característica fundamental da obra de Bakhtin, dialogismo é o eixo que direciona a análise do discurso. Ao invés de uma preocupação com aspectos psicológicos ou cognitivos, o dialogismo aborda a enunciação e o enunciado como parcelas da compreensão num campo em que os sujeitos agem, interagem e reagem.

A enunciação enquanto tal é um puro produto da interação social, quer se trate de um ato de fala determinado pela situação imediata ou pelo contexto mais amplo que constitui o conjunto das condições de vida de uma determinada comunidade linguística [...] A verdadeira substância da língua não é constituída por um sistema abstrato de formas linguísticas nem pela enunciação monológica isolada, nem pelo ato psicofisiológico de sua produção, mas pelo fenômeno social da interação verbal, realizada através da enunciação ou das enunciações. A interação verbal constitui assim a realidade fundamental da língua. O diálogo, no sentido estrito do termo, não constitui, é claro, senão uma das formas, é verdade que das mais importantes, da interação verbal. Mas pode-se compreender a palavra “diálogo” num sentido amplo, isto é, não apenas como a comunicação em

voz alta, de pessoas colocadas face a face, mas toda comunicação verbal, de qualquer tipo que seja (BAKHTIN, 2009, p. 126-127).

Assim, somente no campo da práxis inter-humana compreendem-se os discursos, os conceitos e demais aspectos relacionados ao dialogismo. Sendo a interação a base de compreensão do dialogismo, significação, tema e enunciado se relacionam possibilitando a compreensão do diálogo numa perspectiva social.

1.3.5 Polifonia

Os discursos são indissociáveis de suas bases ideológicas e culturais. O sujeito que apresenta um discurso não é neutro, sendo influenciado por sua própria inserção no contexto dialético social. Assim, se uma pessoa enuncia algo, pode ser que outros sujeitos reajam a tal enunciação ideológica e faticamente, resistindo ao discurso autoral.

Ainda que o discurso científico seja apresentado como neutro, de fato não o é, principalmente nas ciências do espírito. Segundo texto de Walter Benjamin em uma de suas *Teses sobre o Conceito da História*, esta é contada pelos vencedores. Justamente por isso, por ser contada pelos vencedores, por aqueles que despojaram os vencidos ou por seus sucessores, reproduzem nas superestruturas o processo de dominação. Por isso o autor enunciou a tarefa de escovar a história a contrapelo (BENJAMIN, 1987).

Sendo parte essencial à compreensão de toda enunciação, a polifonia coloca em tensão dialética discursos diferentes, com bases ideológicas diferentes sem que haja prevalência de um discurso sobre o outro.

Se o dialogismo é constitutivo da linguagem, a polifonia marca a copresença de vozes polêmicas em um discurso sendo uma análise do enunciado. Na monofonia há um discurso prevalente que domina os demais.

“A particularidade essencial do romance polifônico é a existência de dialética; as consciências individuais dos personagens são dotadas de autonomia e entram em relação dinâmica umas com as outras” (SOUZA, 2006, p. 147). A tensão que emerge desse contato de diferentes sem que haja precedência de um em relação ao outros, permite compreendermos as diferenças sem hierarquizá-las. Permite, ainda, percebermos se por trás de uma suposta neutralidade existe dominação.

Com isso, temos os dois metadiscursos, estruturalismo e dialogismo, que servirão de base para investigação da hermenêutica jurídica.

Supomos que esses metadiscursos exercem direta influência na passagem do positivismo para o neoconstitucionalismo.

Essas categorias linguísticas possibilitam um tipo de abordagem diversa daquela que foi empreendida por Kelsen (2009) em sua *Teoria Pura do Direito*, onde tratou de da estática jurídica, da seleção da norma como aspecto que possibilitaria o estudo do fenômeno jurídico, de modo semelhante ao que fez Saussure (2006) em seu *Curso de Linguística Geral*, ao eleger a língua como objeto principal de sua investigação.

No dialogismo e na sociossemiótica, o enunciado é a base de investigação e o tema, formação discursiva, intertexto, interdiscurso, polifonia e dialogismo são as categorias que tornam possível a análise dos aspectos referentes ao discurso e ao diálogo no universo semiótico. O direito, enquanto prática simbólica, também pode ser abordado por essa nova perspectiva, que resgata o sujeito concreto, a história e a tradição, rompendo com o objetivismo abstrato que é próprio e inerente ao estruturalismo, seja na linguagem, seja no mundo jurídico.

Adiante investigaremos se o neoconstitucionalismo possui características próprias do dialogismo tal como a teoria pura do direito as possui do estruturalismo, e o faremos a partir da compreensão jurídica no percorrer histórico a partir do século XVIII, e da comparação entre as características do positivismo, do neopositivismo e do neoconstitucionalismo, com foco preponderante na linguagem. Nossa hipótese é que o neoconstitucionalismo traduz uma mudança do estruturalismo para o dialogismo.

2 A HERMENÊUTICA DO POSITIVISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO

Neste capítulo abordaremos historicamente as principais características da passagem do positivismo para o positivismo lógico e do constitucionalismo liberal para o moderno e o contemporâneo.

Trataremos esses fenômenos destacadamente pressupondo que o positivismo está intimamente relacionado a uma abordagem sintática do direito, numa visão científico-positiva, enquanto o constitucionalismo está relacionado a aspectos preponderantemente semânticos e pragmáticos, numa visão de ciência do espírito. Sendo assim, enquanto o positivismo trabalha uma gramática jurídica em que os elementos são relacionados entre si a partir de um modelo normativo, no constitucionalismo há uma progressiva ampliação do escopo de abrangência e importância do papel exercido pela Constituição no Estado, de tal modo que passa de um lócus marginal para o centro. E essa migração exige dos juristas uma mudança de atitude, seja pelo modo como o direito deve ser pensado, seja pela importância que os enunciados jurídicos devem assumir. Além disso, superando uma prática meramente decodificadora das leis, fruto do positivismo e do cientificismo, passa-se a exigir dos juristas uma postura hermenêutica relacionada às ciências do espírito, o que se traduz do ponto de vista linguístico, no projeto proposto, na passagem do estruturalismo para o dialogismo.

2.1 HERMENÊUTICA GERAL

Na hermenêutica busca-se a compreensão do sentido correto de acontecimentos no mundo. Visto que acontecimentos podem ser compreendidos de diferentes modos e com diferentes sentidos, cabe à práxis hermenêutica, enquanto manifestação do espírito, nos levar à compreensão. Mas a hermenêutica também remete o sujeito para o futuro, num permanente buscar transcendente, num permanente devir que não se objetiva e não se exclui da história.

Enquanto o estruturalismo leva à formação de sistemas de signos e com isso à sua objetivação, separando-os dos falantes (RICOEUR, 1989, p. 32), a hermenêutica busca religar os falantes e as práticas discursivas numa abordagem histórica que resgata a tradição, a memória e sua importância.

A compreensão de um acontecimento pode reduzir-se à sua descrição o que é bem compatível com um modo estruturalista de pensar que procura o máximo de objetividade. Mas isso deixa de lado os aspectos humanos, ideais e históricos, que possibilitam extrair dos acontecimentos, características que são muito importantes para a correta construção do sentido. As formações discursivas, a intertextualidade, a polifonia, o dialogismo e a interdiscursividade possibilitam algo além da decodificação e além de uma gramática normativa.

Nesse sentido a hermenêutica é melhor compreendida quando pensada a partir do dialogismo e demais categorias que resgatam o enunciado em sua complexidade, não se limitando a uma busca pura e simples por objetividade.

E após a releitura da metafísica e da teologia, passou-se a perceber que pensamento e linguagem relacionam-se com o mundo. E do ponto de vista das ciências do espírito, a capacidade humana de criar explicações e de conferir sentido e significação aos fatos havidos da experiência, possibilita a construção cultural de enunciações sociais.

É nesse sentido que nos valem do excerto de Geertz, que por sua vez colhe em Max Weber a associação que há entre cultura e semiótica.

O conceito de cultura que eu defendo [...] é essencialmente semiótico. Acreditando, como Max Weber, que o homem é um animal amarrado a teias de significados que ele mesmo teceu, assumo a cultura como sendo essas teias e a sua análise, portanto, não como ciência experimental em busca de leis, mas como uma ciência interpretativa, à procura do significado. É justamente uma explicação que eu procuro, ao construir expressões sociais enigmáticas na sua superfície (GEERTZ, 2011, p. 04).

A semiótica manifesta-se, pois, como objeto da práxis hermenêutica que é a atividade espiritual de procura de sentidos, ou seja, um tipo de ciência com fundamentos e bases diferentes das ciências experimentais e também das ciências lógico-formais. Como ciência interpretativa, a semiótica tem por objeto a compreensão dos sistemas de signos, assim compreendidos os sistemas autorreferenciados numa abordagem estruturalista cabendo à hermenêutica levar à compreensão desses sistemas.

Segundo o modelo estruturalista, as explicações teóricas centram-se no uso da linguagem no universo discursivo, sem extrapolar para qualquer referência extralinguística. Conhecem-se os termos a partir das relações mantidas com outros termos, segundo regras de formação da linguagem e das proposições ou

enunciados. A metalinguagem apresenta-se como linguagem técnica, com clareza e univalência.

Problematizando-se a metalinguagem e a linguagem objeto, tem-se um novo panorama em que, para se compreender os termos é preciso antecipadamente contextualizar o discurso, inclusive apontando seus fundamentos. Além disso, é possível que, rompendo o paradigma sincrônico, tenhamos uma estrutura em que os termos da linguagem objeto e da metalinguagem sejam vagos ou ambíguos.

Num contexto como esse, o sistema apresenta-se aberto, ferindo fundamento do estruturalismo, pois não mais se faz possível a compreensão do sistema, seus elementos e funcionamento, sem conhecimento de fatos externos que nele interferem.

Os conflitos ideológicos situam-se exatamente nas disputas que envolvem a metalinguagem, sua falta de clareza e, principalmente, as remissões feitas a bases extradiscursivas, sejam empíricas, metafísicas ou teológicas. Reconhecendo-se, pois, que o modelo estruturalista aplicado às ciências do espírito depende do uso de uma metalinguagem que possibilite construir interpretações ou leituras unívocas, ou pelo menos claras e univalentes, estabelece-se um problema caso a metalinguagem seja problemática e problematizada, principalmente se houver valores aparentemente antagônicos com igual capacidade de fundamentar soluções de controvérsias.

No plano da metalinguagem em sistemas autorreferenciados os enunciados às vezes são apresentados pressupondo outros enunciados não expressados. Assim, quando alguém apresenta um conceito, diferentes soluções podem surgir a partir das diferentes bases epistemológicas e metodológicas adotadas no uso da metalinguagem.

Nessas hipóteses, tem-se a necessidade de uma metalinguagem para a metalinguagem, já que a linguagem objeto é abordada por uma metalinguagem que também precisa de nova explicação em outro nível linguístico.

Isso se dá no mundo jurídico com os princípios jurídicos, em especial aqueles que se encontram no texto das Constituições ou nos tratados internacionais.

Diante de tal situação, a construção discursiva sustentada em princípios problematizados, pode levar a situações contrárias ou mesmo contraditórias. Assim, enquanto o estruturalismo em sua forma clássica pensa os elementos em suas relações na forma sincrônica, o que supõe um sistema lógico e formalmente

coerente e consistente, segundo o modelo formal clássico, no momento em que se problematizam os elementos fundamentais, rompe-se com características que regem a lógica formal clássica, pois surge a possibilidade de que contradições ou contraditoriedades ou colisões ocorram, sem que ocorra explosão do sistema ou sua trivialização.

Para que seja possível trabalhar um sistema em que conceitos vagos ou ambíguos são princípios, necessitamos de um novo nível discursivo além do metalinguístico.

Isso ocorre nas análises de controvérsias envolvendo princípios quando é preciso buscar argumentos e dados além da estrutura e de seu universo discursivo. E isso se dá com maior constância nas situações limite em que o dimensionamento de conceitos fundamentais gera repercussões em outras áreas do conhecimento.

O desenvolvimento de argumentos envolvendo enunciados remete a outros enunciados e estes a outros até que se chegue a um nível não problematizado. E a não problematização pode decorrer de uma tomada de posição. Alguns conceitos ou categorias são indemonstráveis. Por serem indemonstráveis são aceitos apoditicamente. Porém, quando esses argumentos são problematizados, os próprios fundamentos do sistema passam a ser objeto de crítica. Nesse sentido, pode-se falar num sistema que é reconstruído por análises críticas e reflexivas como num jogo permanente em que as regras são criadas e recriadas continuamente. É pertinente, nesse sentido, a transcrição que segue:

Três observações precisam ser feitas a respeito dos jogos de linguagem. A primeira é que suas regras não possuem legitimação nelas mesmas, mas constituem objeto de um contrato explícito ou não entre jogadores (o que não quer dizer todavia que estes a inventem). A segunda é que na ausência de regras não existe jogo, que uma modificação, por mínima que seja, de uma regra, modifica a natureza do jogo, e que um “lance” ou um enunciado que não satisfaça as regras, não pertence ao jogo definido por elas. A terceira observação acaba de ser inferida: todo enunciado deve ser considerado como um “lance” feito num jogo. Esta última observação leva a admitir um primeiro princípio que alicerça todo o nosso método: é que falar é combater, no sentido de jogar, e que os atos de linguagem provêm de uma agonística geral (LYOTARD, 2011, p. 17).

A expressão “jogos de linguagem” remete às investigações filosóficas onde se lê: “Chamarei de “jogo de linguagem” também a totalidade formada pela linguagem e pelas atividades com as quais ela vem entrelaçada” (WITTGENSTEIN, 2004, p. 19).

No estruturalismo, concebe-se uma estrutura, um sistema em que as palavras são compreendidas dentro dessa estrutura. Sendo um sistema de conceitos, apresenta-se fechado somente sendo possível trabalhá-los até aonde seja possível. Esse modo de pensar um sistema é compatível com uma leitura ou interpretação lógico-formalizada, em que definições são precisas, em que conceitos têm pouca variação. Na lógica simbólica e na matemática, por exemplo, é possível que qualquer pessoa em qualquer canto do mundo, ainda que utilizando diferentes idiomas como metalinguagem, compreenda do mesmo modo o significado ou sentido de proposições e enunciados lógicos ou matemáticos.

O mesmo não ocorre em sistemas culturais em que conceitos e enunciados podem adquirir variados sentidos a depender do contexto, do tempo, do espaço. Até mesmo a concepção de quem explica um mesmo fato pode mudar de abordagem. Vejam-se as histórias das guerras e conflitos não apenas a partir da visão dos vencedores, mas também dos vencidos. A explicação dos vencedores é diferente da explicação dos vencidos e um mesmo fato pode ser contado de modos diversos. E como sistemas culturais, além de descritos, precisam ser explicados, isso sói ocorrer mediante uma práxis espiritual em que a consciência inteligente, além da razão, busca o sentido correto. Ao invés de um juízo de existência ou de verdade, um juízo compreensivo em que a explicação dá-se a partir de diversas perspectivas até que se encontre um ponto de equilíbrio.

Nos sistemas culturais e nas ciências do espírito, por maior que seja o desejo de formar conceitos precisos, claros, univalentes, unissignificativos, tal não se faz possível e ao final, o que se apresenta como “verdade” é apenas um juízo hegemônico ou adequado para o caso. A objetividade nas ciências do espírito, pois, não corresponde à única versão possível e sim à versão que ao final prevalece, que poderá noutra ocasião ser substituída.

A disputa e a tensão ocorrem no plano discursivo e as diferentes versões se entrecrocaram, disso resultando algo novo, diferente. Ao invés de uma expressão havida de intelecção unipessoal, algo construído dialogicamente.

Essa construção dialógica pode ter por ponto de tensão as diversas leituras sobre fatos, sobre conceitos, e juízos construídos sobre tais aspectos. A linguagem expressa elementos que possibilitam a percepção de tais tensões, e quando se dá o ponto de equilíbrio é possível percorrer as explicações de suas bases até às conclusões.

2.2 HERMENÊUTICA NO POSITIVISMO

2.2.1 Positivismo Jurídico

O positivismo jurídico e o positivismo lógico não se confundem. São metadiscursos que se fundam em bases e preocupações distintas. Estando intimamente associado ao discurso científico, o positivismo jurídico tem por característica principal, uma exigência de postura científica frente ao direito, o que leva à sua objetividade, abstração e sistematização, ao esvaziamento ético e moral do direito, e por consequência, à elaboração de enunciados descritivos que não fazem alusão àqueles aspectos. Tem por foco preponderante as definições e conceitos numa abordagem normativa, e na aplicação do direito para os realistas. Além disso, dá proeminência ao aspecto formal considerando a lei a única fonte do direito (BOBBIO, 1995).

O positivismo jurídico faz contraponto ao jusnaturalismo. Nessa discussão, o ponto fundamental de tensão diz respeito à fonte do discurso e à fonte de legitimação do discurso num período em que se tentava romper o modelo então predominante de estrutura social e estatal. É o período em que a Igreja e os Estados se afastam cada vez mais, diminuindo o poder de influência que aquela exerce sobre estes.

De maneira magistral, como lhe é peculiar, Norberto Bobbio apresenta 6 (seis) critérios para distinguir direito natural e direito positivo e o faz do seguinte modo:

Podemos destacar seis critérios de distinção:

- a) O primeiro se baseia na antítese *universalidade / particularidade* e contrapõe o direito natural que vale em toda parte, ao positivo, que vale apenas em alguns lugares (Aristóteles, Inst.- 1º definição);
- b) O segundo se baseia na antítese *imutabilidade / mutabilidade*: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda. (Inst.- 2º definição-, Paulo); esta característica nem sempre foi reconhecida. Aristóteles, por exemplo, sublinha a universalidade no espaço, mas não acolhe a imutabilidade no tempo, sustentando que também o direito natural pode mudar no tempo.
- c) O terceiro critério de distinção, um dos mais importantes, refere-se à fonte do direito e funda-se na antítese *natura-potestas populus* (Inst. 1ª definição -, Grócio);
- d) O quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual chega a nós (isto é, os destinatários), e lastreia-se na antítese *ratio – voluntas* (Gluck): o direito natural é aquele que conhecemos através de nossa razão. (Este critério liga-se a uma concepção racionalista da ética, segundo a qual os deveres morais podem ser conhecidos racionalmente, e, de um modo mais geral, por uma concepção racionalista da filosofia.) O direito positivo, ao

- contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação);
- e) O quinto critério concerne ao objeto dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados por estes: os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo (é justo aquilo que é ordenado, injusto o que é vetado) (Aristóteles, Grócio);
 - f) A última distinção refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo: o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil (BOBBIO, 1995, p. 22-23).

E a hermenêutica fundada no direito positivo, tem as seguintes características:

1. A fonte do direito era a lei produzida pelo Estado;
2. Existia um órgão estatal competente para criar leis;
3. Tinha-se no legislador certa fé em sua infalibilidade e racionalidade e com isso, pressupondo-se que o direito não possuía lacunas, nem falhas, nem erros.
4. O papel do magistrado resumia-se à aplicação dialética da lei num silogismo formal. Aplicar a lei era o máximo que se permitia ao magistrado, sendo este impedido de conceber soluções fora da lei. Eram irrelevantes para o juízo os sentimentos do magistrado, que apenas aplicava a lei. O magistrado nunca criava o direito. Interpretava e aplica a lei.
5. Os métodos hermenêuticos interpretativos eram dados pela própria lei. O método não era auxiliar, e seu ideal era bitolado. Desse tempo eram os métodos literal, lógico, histórico e sistemático.
6. Chegava-se à solução pelo silogismo numa prática de justificação formal. Sentido da lei + caso = solução.
7. Importante papel era dado às Universidades. Era o tempo dos grandes doutrinadores juristas. Imperava o dogmatismo. O Direito era tido como ciência dogmática. Havia cátedras pré-estabelecidas. Era papel dos doutrinadores sistematizar, organizar e interpretar o direito. Saber direito era conhecer a ciência jurídica, organizar e interpretar leis. Na prática agia-se com seletividade dando-se maior visibilidade às disciplinas tradicionais. Outras como filosofia e sociologia eram consideradas marginais.
8. O plano de estudos organizava matérias tradicionais que se referiam a partes de Códigos e somente estas eram consideradas matérias jurídicas.
9. Que papel tinha a Constituição nesse contexto? O programa Constitucional clássico privilegiava o papel do legislativo atendo-se a Constituição à parte orgânica do Estado e aos direitos fundamentais (VIGO, 2012, vídeo).

E esse programa ou modelo caracteriza o direito positivo da modernidade, resistente a todo tipo de metafísica e teologia. Em lugar da metafísica e da teologia surgiu um tipo de estatolatria.

Segundo a concepção jurídico-positivista, o direito expresso pela lei estava associado às categorias pré-jurídicas de cunho filosófico que concebiam a

hipótese da existência de um legislador infalível, como não podia deixar de ser, já que era o período de vitória da Revolução. As leis passaram a ser a expressão do direito tendo havido forte empenho de culto aos textos das leis, uma das características do positivismo jurídico, o que se concretizou, por exemplo, na Escola da Exegese que utilizava como técnica de aprendizagem e ensino do direito a análise da lei:

o estudo e exposição do Código de Napoleão, técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código (BOBBIO, 1995, p. 83).

Sentimos ainda hoje forte influência dessa forma de pensar o direito, sendo basicamente esta a forma de apresentação dos manuais e cursos de direito. São comentários das leis sendo estas a linguagem objeto da interpretação jurídica, única ou proeminente fonte do direito.

Desse modo, a compreensão do direito dependia, como ainda depende da compreensão de conceitos e categorias pressupostos, em outros campos discursivos, que extrapolam para a política, a filosofia, a sociologia, mas se dissimula essa cadeia remissiva por meio de estratégias discursivas construídas para fazer os emissores ou destinatários do discurso acreditarem que se trata de uma campo de conhecimento autorreferenciado, neutro e científico.

Do ponto de vista histórico, por Lei de 11 de agosto de 1827 (BRASIL, 1827), foram criados no Brasil dois cursos de ciências jurídicas e sociais, um na cidade de São Paulo, e outro na de Olinda. Naquela época Dom Pedro Primeiro era Imperador e já haviam eclodido as revoluções burguesas. A Constituição de 1824 era marcadamente liberal e do ponto de vista doutrinário, preponderava a influência francesa da escola da exegese que foi determinante na formação dos juristas brasileiros de então, o que certamente repercutiu nas gerações seguintes.

Esse sistema privilegia a fé no Estado e no legislador e se funda num discurso que confere proeminência aos papéis desempenhados por doutrinadores, professores universitários e pelas próprias universidades.

O que sustenta toda essa estrutura é a não problematização das leis, da sua legitimação, dos poderes hegemônicos, enfim, aceita-se a sociedade tal como se apresenta, retratando as conquistas das revoluções liberais burguesas.

2.2.2 Positivismo Lógico ou Neopositivismo

O positivismo lógico jurídico, havido no bojo das discussões epistemológicas dos séculos XIX e XX, não problematizava as fontes do discurso ou de legitimação do discurso.

Era o auge do poder dos Estados que disputavam espaços e áreas de influência num período em que as relações internacionais eram marcadas pela perspectiva realista.

Na visão dos realistas, o Estado é o ator central das relações internacionais. O que se estuda na disciplina – como o próprio nome indica – são as relações entre um tipo específico de ator: os Estados. No que se pode caracterizar como uma definição minimalista do papel do Estado nas Relações Internacionais, ele teria duas funções precisas: manter a paz dentro de suas fronteiras e a segunda dos seus cidadãos em relação a agressões externas. Dessa forma, todos os Estados acabam desenvolvendo a mesma função: a estabilidade doméstica, e a segurança em relação a agressões externas. No plano doméstico, os Estados se caracterizam pelo que Weber chama de monopólio de uso legítimo da força, monopólio que não existe no plano externo (NOGUEIRA; MESSARI, 2005, p. 24).

Assim é que, longe de problematizar a legitimação do poder dos Estados, tinha-se nestes a fonte legítima do exercício do poder soberano que se manifestava no parlamento ou no executivo.

Em termos históricos essa postura é bastante compreensível, pois antes da consolidação dos Estados nacionais, vigia o modelo feudal fortemente calcado na tradição. As revoluções burguesas implicaram na mudança de exercício do poder que migrou de um regime feudal para um novo modelo burguês e liberal. Seria sem sentido criticar um modelo que então era visto como vitorioso, como melhor.

O que era moderno naquele período era transformar todo tipo de conhecimento em conhecimento científico. E esse é o programa do positivismo lógico aplicado ao direito. Quando, no final do século XIX, pensou-se no conhecimento científico como conhecimento matematizado, a tendência foi a aproximação dos diversos campos do conhecimento aos fundamentos da lógica e da matemática. Foi nesse sentido que Kelsen pensou o direito de maneira extremamente formalizada, se valendo exatamente dos conhecimentos que gozavam de maior prestígio então.

Com esse discurso da modernidade a promessa era de que todas as pessoas seriam livres, iguais e fraternas. O Estado seria o grande promotor e

garantidor desses valores. A distribuição dos bens e riquezas do mundo se daria a partir das leis de mercado, que supostamente assegurariam distribuição de riquezas e diminuição da pobreza, já que pessoas livres, iguais e fraternas, seguindo as leis da ciência e do mercado, certamente construiriam um mundo melhor.

Em decorrência disso, ao invés de se questionar a legitimidade do poder do Estado, os juristas que melhor representavam a visão lógico-positivista do direito pensaram-no à maneira estruturalista.

Kelsen, ao ter distinguido texto da lei e norma como planos da linguagem objeto e metalinguagem, introduziu no direito o modelo estruturalista. Mas o autor não utiliza os mesmos termos como lembram Warat e Rocha (1995, p. 50):

Kelsen foi o primeiro autor que utilizou, para o campo jurídico, as noções de linguagem-objeto e metalinguagem, ainda que sem mencioná-las expressamente. A distinção que efetua entre normas e regras de direito corresponde às mesmas necessidades que levaram Wittgenstein a falar de “uso” e “menção” e Russel de “linguagem-objeto” e “metalinguagem”.

O estruturalismo associava-se intimamente aos conceitos de modernidade e de ciência e estes, em boa parte a questões e problemas linguísticos, pois se supunha que a totalidade do conhecer se amparava na própria ideia de conhecimento científico e este se embasava no conceito de verdade e universalidade. E muitos dos problemas relacionados à ciência seriam solucionados se fosse construída uma linguagem única universal. A crítica a esse propósito é bem revelada em 1984. Como escrito no apêndice da obra, um dos objetivos da Novilíngua que era a língua oficial da Oceania, era “[...] impossibilitar outras formas de pensamento [...]” concretizando um dos propósitos ideológicos então almejados que era a uniformidade de pensamento, proposta típica de Estados totalitários (ORWELL, 2003, p. 287).

Mas nem de longe foi esse o propósito de Ferdinand de Saussure quando de seu *Curso de Linguística Geral*. Preocupado com o estado da arte da linguística, o próprio autor sintetizou três períodos históricos por que passaram os estudos da linguagem: gramática, filologia e gramática comparada. Diante da insuficiência dessas três formas de abordagem, o autor apresentou à linguística nova tarefa, tendo principiado por distinguir língua e fala. Adiante asseverou que “[...] a língua é um sistema que conhece somente a sua ordem própria” (SAUSSURE, 2006, p. 31).

Oras! Essa proposta cria uma nova forma de pensar as coisas, segundo uma perspectiva autorreferenciada. A consequência é que a partir desse modo de

pensar, o conhecimento pode estabelecer seus próprios limites, definir-se, afirmar-se em seus próprios termos. Assim, epistemologicamente, o conhecimento produzido a partir da perspectiva estruturalista cria seus próprios fundamentos, podendo eliminar antecipadamente qualquer tipo de crítica aos seus fundamentos ao modo da axiomática. Mais ainda, o projeto de Saussure apresentava o sistema linguístico como uma totalidade em que significantes e significados somente podiam ser compreendidos quando comparados a outros significantes e significados enquanto sons e ideias diferentes, cuja compreensão somente se tornava possível a partir da relação que tais elementos exerciam entre si no bojo do sistema. Ou seja, não havia qualquer preocupação com a relação que o som ou a ideia têm com as coisas ou fatos do mundo. Tratou-se de uma verdadeira revolução epistemológica que foi posta em prática em diversos campos do conhecimento.

Assim, no estruturalismo não há qualquer preocupação com eventual relação que possa existir entre palavra e coisa ou entre pensamento e linguagem. Ao modo computacional, importam unicamente as questões sintáticas.

E essa forma de produzir conhecimentos foi recepcionada por outras áreas do conhecimento, conforme retrata Levi-Strauss:

En el conjunto de las ciencias sociales, del cual indiscutiblemente forma parte, la lingüística ocupa sin embargo un lugar excepcional: no es una ciencia social como las otras, sino la que, con mucho, ha realizado los mayores progresos; sin duda la única que puede reivindicar el nombre de ciencia y que, al mismo tiempo, ha logrado formular un método positivo y conocer la naturaleza de los hechos sometidos a su análisis. Esta situación privilegiada entraña algunas obligaciones; el lingüista verá que, a menudo, investigadores de disciplinas vecinas pero diferentes se inspiran en su ejemplo e intentan seguir su camino. <<Nobleza obliga>>: una revista de lingüística como Word no puede limitarse a ilustrar tesis y puntos de vista estrictamente lingüísticos; se obliga también a recibir a psicólogos, sociólogos y conduce al conocimiento positivo de los hechos sociales (1995, p. 75).

Note-se que Levi-Strauss afirma que a linguística logrou formular um método positivo ou científico que tornou possível o estudo da linguagem e que tal tarefa podia ser aplicada em outras ciências sociais. E era justamente essa a preocupação dos cientistas de então. Tentar construir conhecimento científico, relegando qualquer forma de metafísica ou teologia.

Kelsen concebe o ordenamento jurídico a partir duma concepção estruturalista posicionando no topo a norma básica fundamental. Tal forma de pensar o direito está em consonância com questões afetas à lógica e à matemática

no tocante à consistência do sistema. A partir da norma fundamental básica, ergue-se toda a estrutura jurídica.

Tendo sido, o direito, concebido como um sistema axiomatizado, sua apresentação dá-se muito semelhantemente aos sistemas lógico-matemáticos. É nesse sentido que se apresenta o sistema jurídico como arranjo de normas organizadas axiomáticamente, encontrando-se no topo do sistema normas fundamentais e relacionando-se todos os elementos segundo regras de coerência e consistência, aferindo-se a validade dos enunciados a partir de critérios ou formas semânticas e sintáticas do próprio sistema.

A propósito, e para ilustrar a semelhança do sistema jurídico proposto por Kelsen com os sistemas estruturalistas de base lógica clássica, vejamos como o próprio autor concebe a teoria pura.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o direito, ou como deve ser feito. É ciência jurídica e não política do direito. Quando a si própria designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (KELSEN, 2009, p.01).

Diante dessa postura ou programa da teoria pura do direito, o autor apresenta sua concepção de ordenamento jurídico como sistema em que vigora a unidade lógica.

A unidade lógica da ordem jurídica; conflitos de normas. Como a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade destas normas. Esta unidade também se exprime na circunstância de uma ordem jurídica poder ser descrita em proposições jurídicas que não se contradizem. Não se pode naturalmente negar-se a possibilidade de os órgãos jurídicos efetivamente estabelecerem normas que entrem em conflito umas com as outras. [...] Este conflito não é, como anteriormente mostramos, uma contradição lógica no sentido estrito da palavra, se bem que se costume dizer que as duas normas se “contradizem”. Com efeito, os princípios lógicos, e particularmente o princípio da não contradição, são aplicáveis a afirmações a afirmações que podem ser verdadeiras ou falsas; e uma contradição lógica entre duas afirmações consiste em que apenas uma ou a outra pode ser verdadeira; em que uma é verdadeira, e a outra tem de ser falsa. Uma norma, porém, não é verdadeira nem falsa, mas válida ou não válida. Contudo, a asserção (enunciado) que descreve uma ordem normativa afirmando que, de acordo com esta ordem, uma determinada norma é validade, e, especialmente, a proposição jurídica, que descreve uma ordem jurídica afirmando que, de harmonia com essa mesma ordem jurídica, sob determinados pressupostos deve ser ou não deve ser

posto um determinado ato coativo, podem – como se mostrou – ser verdadeiras ou falsas (KELSEN, 2009, p. 228-229).

A unidade lógica, ainda que por associação, deriva do mundo lógico. E o mundo lógico compreende:

1º um vocabulário de símbolos primitivos; 2º as regras de formação que determinam quais as combinações de símbolos primitivos são permitidas e quais não são; 3º regras de inferência, ou seja, de transformação das expressões compostas que dão origem a outras; 4º algumas proposições primitivas ou axiomas (ABBAGNANO, 1998, p. 910).

No mesmo sentido assim se expressa Costa (2008, p. 154-155)

[...] um sistema lógico S é ortodoxo se cumprir as seguintes condições:
 I – A linguagem de S é qualquer sublinguagem de ordem $n, 1 \leq n \leq \omega$, da linguagem T [...] II – Os postulados (regras, axiomas e esquemas de axiomas) de S abrangem os postulados clássicos usualmente associados à sua linguagem [...] III – S possui uma semântica formal ou informal, em que seus postulados são *válidos*.

Partindo desses postulados sistemas inteiros são criados. O valor de verdade ou falsidade, validade ou invalidade dos argumentos vai depender da correspondência ou não do enunciado com os elementos do próprio sistema. Dado um enunciado, avalia-se se o mesmo pertence ao universo da linguagem, se segue a regra de formação e aí, então, se é válido ou inválido, verdadeiro ou falso. E o conhecimento científico é amplamente associado a sistemas lógicos, por ser o estudo da lógica concebido como “[...] o estudo dos métodos e princípios usados para distinguir o raciocínio correto do incorreto” (COPI, 1978, p. 19). Adiante o próprio autor alerta que o pensamento é qualquer processo mental que se produz na psique das pessoas de modo que nem todo pensamento constitui objeto da lógica.

Sendo a lógica e a matemática os conhecimentos científicos formais por excelência, acreditou-se por muito tempo, semelhantemente ao que ocorreu com os membros do Círculo de Viena, que a ciência, que no sentir desses teóricos abrangia todo conhecimento não metafísico e não teológico, era una e deveria ser elaborada numa linguagem comum.

O projeto de uma linguagem científica que permitiria unificar todas as ciências se explica pela concepção de conhecimento dos neopositivistas, cujo papel consistia em encontrar ligações entre as diferentes verdades. Mas os neopositivistas não entram em acordo sobre o modo de conceber a linguagem e sobre a maneira em que os enunciados podem ser reduzidos uns aos outros (OUELBANI, 2009, p. 88).

E essa concepção foi levada rigorosamente a sério, e constitui um conhecido marco divisor entre o positivismo clássico e sua forma nova.

E esse propósito de constituição de uma linguagem comum ficou conhecido como a virada linguística. “A virada linguística” – que possibilita a distinção entre a corrente neopositivista e a corrente positivista clássica, bem como das correntes empiristas mais clássicas – manifesta-se no projeto de realizar uma unidade linguística da ciência [...] O projeto unificador das ciências rejeita, em primeiro lugar, a distinção defendida pela Escola de Dilthey entre as ciências da natureza e as ciências humanas, tanto no que se refere a seu objeto como a seu método. É a redução a uma base única o que permitirá deixar para trás essas disparidades. A única dicotomia existente é a que se verifica entre ciências formas e as ciências empíricas ou naturais, ou seja, entre as ciências analíticas e as ciências do real (OUELBANI, 2009, p. 103-104).

E na busca de construção de conhecimentos rigorosos, com bases firmes, com linguagem científica, com coerência e consistência, tentou-se a eliminação de qualquer fundamento ou base que não pudesse encontrar amparo em algum fato empiricamente observável ou logicamente demonstrável.

Por esse motivo, a concepção neopositivista do direito em sua forma mais clássica em Kelsen é perfeitamente compatível com o programa científico em voga naquele tempo. E essa concepção tem fundamento manifestamente estruturalista.

Aliás, o estruturalismo mais que uma teoria é uma meta teoria fundada numa concepção lógico-formal aplicável a vários tipos de conhecimento. O sucesso de sua aplicação em diferentes áreas do conhecimento como na antropologia e no direito demonstra como seu campo foi ampliado com o tempo, até que suas insuficiências se manifestaram.

E as insuficiências se manifestaram quando o direito positivo aliado ao direito lógico positivo resultaram em abusos, em crimes de Estado até o ápice dos absurdos materializado no holocausto.

Neopositivismo e neoconstitucionalismo, como adiante se verá, representam paradigmas antagônicos do ponto de vista linguístico.

2.3 HERMENÊUTICA NO CONSTITUCIONALISMO

Constitucionalismo compreende uma teoria normativa da política que visava à mudança da ordem social e política estabelecida, o que se daria com a criação de uma Constituição formal, codificada.

Trata-se de fenômeno recente iniciado com as revoluções liberais. O constitucionalismo clássico ou liberal vai do século XVIII até a primeira guerra mundial. O constitucionalismo moderno ou social se inicia a partir da primeira guerra mundial e vai até o fim da segunda guerra mundial. O constitucionalismo contemporâneo vai da segunda guerra mundial até o presente.

2.3.1 Fases do Constitucionalismo

O constitucionalismo é fenômeno recente da história jurídica tendo sido engendrado no curso das revoluções liberais burguesas, ainda que tenha aproveitado acontecimentos e experiências do passado. As revoluções liberais marcam o contexto histórico de mudança e inauguram uma nova fase na órbita jurídica, com a consolidação normativa dos direitos civis e políticos. Do ponto de vista jurídico-político surgem as primeiras constituições escritas e populares, sendo esta a característica marcante e inovadora em relação aos períodos anteriores.

O constitucionalismo clássico ou liberal vai do século XVIII até a primeira guerra mundial. O Constitucionalismo liberal tem a primeira experiência marcante na Revolução Americana de 04 de julho de 1776, na Filadélfia, com o nascimento de 13 estados soberanos independentes, fato que resultou na Constituição dos Estados Unidos de 1787. Trata-se da primeira constituição escrita, formal, rígida e dotada de supremacia. Surgiu também nos Estados Unidos, o controle difuso de constitucionalidade tendo por parâmetro uma constituição escrita.

Nos Estados Unidos também houve o fortalecimento do Poder Judiciário, sendo este um dos aspectos marcantes do neoconstitucionalismo atual, um dos fatores que levou ao desenvolvimento do positivismo como realismo jurídico (BOBBIO, 1995, p. 144). Outras questões que ocorreram com sucesso nos Estados Unidos foram a república, o federalismo e o regime presidencialista.

A segunda experiência exitosa das revoluções liberais foi a Revolução Francesa que resultou na elaboração da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. É a revolução mais conhecida por ter sido posta em prática num Estado tradicionalmente monárquico muito importante no continente europeu. A primeira Constituição codificada da Europa foi a polonesa. A segunda foi a francesa de 1791.

No constitucionalismo francês sempre prevaleceu a ideia de supremacia do parlamento, pois havia muita desconfiança contra os magistrados, em grande

parte de origem nobre e ligados ao monarca. O parlamento era a expressão da vontade geral.

Também a garantia de direitos e a separação de poderes foram marcantes em França. A ideia de bloco de constitucionalidade vige em França, onde a Declaração de Direitos de 1789 ainda encontra-se em vigor. Outra característica marcante do constitucionalismo francês diz respeito à noção de poder constituinte originário e derivado.

Na França também teve berço a escola da exegese fortemente relacionada ao Código de Napoleão de 1804 que tinha por principais características a interpretação mecânica, ou seja, caberia ao juiz apenas revelar a inteligência da lei. O juiz era a boca da lei, e não podia interpretá-la, pois se cria que o Código de Napoleão era uma obra jurídica perfeita.

No período em que foram forjadas as constituições liberais, maior preocupação houve em assegurar os direitos civis e políticos. As constituições elaboradas nessa época ou com essas características são chamadas constituições garantia ou defensiva porque disciplinam relações entre Estado e povo, o seja, relações verticais. Assim, o constitucionalismo desse período é caracterizado pela mudança de paradigmas havida no período histórico que antecedeu e sucedeu às revoluções francesa e americana.

Estado de direito é marcado pela impessoalidade do poder da soberania do Estado. Todos, do rei, ao mais ínfimo funcionário são servidores do estado, contra o qual o cidadão não pode opor os próprios direitos originários, porquanto sua soberania não conhece limites. O estado perseguia seus fins dentro dos limites do direito e, portanto, ele devia garantir aos cidadãos a certeza de sua liberdade jurídica, uma liberdade sempre concedida pelo estado. O estado de direito é uma forma de exercício do poder (NOVELINO, 2011, p. 56-58).

O liberalismo pode ser analisado por duas perspectivas igualmente importantes:

1. liberalismo político em que prepondera a ideia de limitação do Estado pelo Direito, estendendo-se a limitação ao soberano e à administração pública com a garantia dos direitos individuais;
2. liberalismo econômico que sustenta a ideia de Estado mínimo, cabendo ao mesmo basicamente assegurar as ordens interna e

externa. Questões econômicas e sociais devem ser resolvidas pela iniciativa privada. O papel do Estado é abstencionista.

É também do Estado liberal a noção de constituição dispendo sobre normas de organização do Estado, de organização do poder e de direitos individuais.

Segundo Paulo Bonavides (2008, p. 36-39), os principais legados do constitucionalismo clássico foram:

1. A limitação do poder político: teoria normativa da política; princípio do governo limitado; garantia de direitos; separação dos poderes;
2. A reação contra a monarquia;
3. Texto escrito de origem popular; submissão dos governantes às leis; constituição hierarquicamente superior a todo o ordenamento jurídico do país;
4. Instituição de direitos humanos expressamente enunciados na constituição.

Em boa medida, a passagem do neopositivismo para o neoconstitucionalismo resultou numa mudança de abordagem hermenêutica.

O constitucionalismo moderno ou social se inicia a partir da primeira guerra mundial e vai até o fim da segunda guerra mundial, não tão precisamente.

O fator que levou ao surgimento dos novos direitos nas constituições foi a crise econômica pós-primeira guerra mundial, que ensejou o aumento das desigualdades pondo o liberalismo em crise. Enquanto em um primeiro momento pós-revolução francesa, o Estado ficou limitado às ações típicas indispensáveis, em um segundo momento, em resposta aos excessos da exploração de mão de obra dos trabalhadores, estes, inspirados pelos ideais marxistas, desencadearam os movimentos sociais revolucionários que vieram à tona após a primeira guerra mundial. Buscou-se com esses movimentos, conferir ao Estado um papel não mais limitado à garantia dos direitos individuais, mas também, exigindo-se do mesmo o dever de agir, realizando prestações positivas que garantissem o mínimo de condições às pessoas, de viverem dignamente.

Como decorrência da transformação do Estado de direito surge o Estado social e em lugar da postura abstencionista surge a postura intervencionista. Três características preponderantes do Estado social marcam o modelo:

1. a primeira é o abandono da postura abstencionista passando o Estado a agir interventivamente nas relações sociais, econômicas e laborais;
2. a segunda é o papel decisivo do Estado na produção e distribuição de bens;
3. a terceira é a garantia de um mínimo de bem estar social para as pessoas - *Welfare State* (NOVELINO, 2011, p. 59).

O marco histórico desse período são as revoluções sociais dos séculos XIX e XX e o primeiro texto com características sociais foi a Constituição Mexicana de 1917. A mais famosa constituição a dispor sobre os direitos sociais foi a Constituição Alemã de 1919 (LENZA, 2007, p. 42).

Estado de direito remetia à ideia de supremacia da lei. Diante da insuficiência do discurso científico do direito, das perspectivas jus positivista e positivista lógica, iniciou-se um movimento crítico cujo objeto de problematização situou-se exatamente no papel do Estado, na legitimação de seu poder, nos limites de sua atuação, no caráter necessariamente ético exigido daqueles que agem em seu nome.

O constitucionalismo contemporâneo vai da segunda guerra mundial até o presente e é o período de consolidação do Estado constitucional democrático que remete à supremacia e normatividade da constituição. O Estado constitucional democrático tenta superar as deficiências e sintetizar as conquistas dos modelos anteriores. Não é um modelo totalmente diferente dos modelos liberal e social, mas uma síntese que procura harmonizar as características de um e de outro (NOVELINO, 2011, p. 59-61).

Nesse período surgem os direitos de terceira dimensão ligados ao valor fraternidade. São de terceira dimensão os direitos ao desenvolvimento ou progresso, autodeterminação dos povos, meio ambiente, comunicação, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade (BONAVIDES, 2008, p. 569).

Conhecidas as experiências do nazismo entre outras práticas, passa a dignidade da pessoa humana a ser o valor principal das constituições do pós-segunda guerra mundial. Foi para combater o conceito de hierarquia entre pessoas

que se passou a considerar a dignidade humana como valor absoluto, por não existir gradação de dignidade nem pessoas com mais ou menos dignidade.

Por neoconstitucionalismo se entende o movimento jurídico-político que busca no texto da constituição e nos valores nela assentados, os fundamentos de ação estatal e social. Os valores constitucionais ganham densidade, destaque e aplicabilidade, não sendo mais vistos apenas como normas programáticas. São normas, possuem eficácia e devem ser concretizados. A forma jurídica, ainda em desenvolvimento, encontrada para explicar essa nova postura diante do Estado e do direito é chamada, entre outros nomes, de neoconstitucionalismo. Trata-se de um metadiscurso pelo qual se procura explicar o complexo fenômeno jurídico-político que sucedeu o fim da segunda guerra mundial.

2.3.2 Virada Ontológico-Hermenêutica

O conhecimento pós-moderno é influenciado pelo discurso crítico ao conhecimento moderno, já que o programa da modernidade reduzia quase tudo ao discurso científico. Vivenciada a crise, a modernidade passou a ser interpretada em diferentes perspectivas. E no lugar do discurso moderno, em lugar da fé no progresso, na ciência, surgiram novas formas de se abordar a existência humana no mundo, principalmente no tocante aos conhecimentos do espírito. Ao invés de preocupações metodológicas, como é próprio do discurso científico, que prima pelo método, linguagem, lógica, tal como apresentado por Saussure e Kelsen a hermenêutica ganhou nova forma e conteúdo e o centro das preocupações deslocou-se do modo de conhecer para o próprio conhecer enquanto modo de ser no mundo.

Compreender já não é, então, um modo de conhecimento, mas um modo de ser, o modo deste ser que existe ao compreender (RICOEUR, 1989, p. 09).

Para o historicismo, compreender é encontrar a gênese, a forma anterior, as fontes, o sentido da evolução. Com o estruturalismo, são os arranjos, as organizações sistemáticas num estado dado que são inteligíveis primeiro que tudo (RICOEUR, 1989, p. 32).

A hermenêutica, pois, não tem por foco a estrutura ou sistema objetivo abstrato, considerado em seus próprios termos, axiomáticamente. Tende à busca do sentido numa prática dialógica historicizada.

Enquanto teoria do conhecimento ou da interpretação, a hermenêutica foi primeiramente empregada no campo das discussões sobre textos religiosos.

Na sua origem estão as diferenças na interpretação da tradição. As tradições tornaram-se tão diferentes que umas se tornaram estranhas para outras. Isso trouxe rupturas. A Reforma pode ser considerada o início de um longo processo de dissolução, que se impõe definitivamente na revolução francesa. Enquanto a Reforma limitou sua reivindicação contra a compreensão tradicional da Igreja, sua consequência foi o questionamento da tradição ocidental na base de um texto comum e de uma verdade nele testemunhada. A revolução francesa, por sua vez, teve como base de seu programa a igualdade de todos. De maneira geral, tradição e origem não mais decidem o que é o homem e o que deve ser. Também a Bíblia perdeu seu lugar de destaque e sua força normativa, tornando-se um texto entre outros textos (ZILLES, 2005, p. 107).

Quando a concepção científica do mundo entrou em crise, a questão da hermenêutica veio à tona, por que é um traço característico do existir humano buscar ou agregar sentido às coisas do mundo, inclusive o próprio viver e ao próprio existir.

Com o enfraquecimento das concepções metafísicas e teológicas do mundo, e sem fé ou crença no progresso, na ciência, começou-se a buscar novas escoras de apoio para o sentido do existir. E o que resultou daí foi algo diferente de sentidos pré-concebidos tendo-se deslocado o problema da metodologia hermenêutica para uma ontologia hermenêutica. E o programa metodológico do conhecer transformou-se num problema ontológico hermenêutico do existir.

E pode-se supor que a principal mudança, em termos jurídicos, trazidos com a pós-modernidade, consiste no papel exercido pela constituição quando analisada no contexto da virada hermenêutico-ontológica.

O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista da separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente. [...] A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática (BARROSO, 2010, p. 248-249).

E Hesse, expressando-se sobre o valor da constituição assim se manifesta:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada

pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.

Mas, -esse aspecto afigura-se decisivo – a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas (1991, p. 14-15).

Perceba-se que Hesse, tal como o fazem os hermeneutas, antecipa para o campo da compreensão expressiva do ser, no âmbito da ontologia, o conceber o sentido e o agir segundo o sentido. A constituição, como visto, configura expressão do ser e do dever ser nos mundos jurídico e político.

Sendo, pois, o texto constitucional a expressão fundamental do ser nos mundos político e jurídico, ao se conferir a seus enunciados o valor de essência do existir nesses mundos, tem-se nele o centro ou o referencial a partir do qual toda realidade política e jurídica adquirem sentido. E o ser e o dever nessas dimensões devem ser pensados como um todo indissociável.

Resgatadas a tradição e a história nas ciências do espírito, sem vinculação a uma perspectiva determinista de fundo científico, a nova hermenêutica reconhece nos sujeitos a capacidade de criar, numa contínua prática dialogicamente elaborada, o sentido do existir no mundo, e a capacidade de agir segundo esse sentido construído que não se esgota e sempre se renova.

A tal respeito vale a transcrição que segue:

Se, em Schleiermacher, a << compreensão >> era ainda pensada como base da interpretação de textos, em Dilthey, o conceito de compreensão é entendido como fundamento das ciências do espírito. A compreensão já não é vista como produto individual de um sujeito. Pelo contrário, este realiza a compreensão como representante de uma sociedade. Compreensão é sempre, simultaneamente, uma *inserção no contexto da tradição* de uma

sociedade. Por um lado, em Dilthey, a compreensão é <<psicologizada>>. A compreensão é definida como o processo em que, a partir de sinais sensíveis, nós reconhecemos um psíquico, cuja exteriorização são os sinais. Mas, por outro lado, o sujeito já não é concebido como sujeito individual, mas como representante de um contexto de vida. A compreensão torna-se desinteressante enquanto problema científico-teórico. A compreensão é vista como algo que, numa sociedade, sempre funciona. Dilthey propõe-se tentar encontrar as razões pelas quais a compreensão funciona tão bem. Deste modo, chega-se à concepção segundo a qual os sujeitos se compreendem uns aos outros em virtude da sua <<afinidade>>.

É Heidegger quem resgata definitivamente a compreensão do campo da problematização da teoria dos saberes. A compreensão pertence ao <<estar-aí>> (<<Dasein>>). <<O estar aí é um ser que não surge apenas entre outros seres. Antes, caracteriza-se onticamente pelo facto de neste modo de ser, no seu ser, este mesmo ser estar em causa>>. Assim, a compreensão torna-se existencial. A interpretação é o processo pelo qual a compreensão se apropria/atribui da compreensão do ser. Na reformulação do problema do círculo hermenêutico feita por Heidegger, uma interpretação que pretenda oferecer compreensão tem de ter compreendido o objecto da interpretação.

Gadamer acrescenta às concepções da compreensão de Dilthey e Heidegger a questão das condições da possibilidade de compreensão. Segundo Gadamer, a compreensão só é possível, quando aquele que compreende parte para a abordagem do texto já com uma pré-compreensão. Isto significa por um lado, o intérprete orienta o texto por alguma coisa, a saber, pelo mundo em que se movimenta. Ao mesmo tempo, à compreensão de um texto liga-se um interesse na compreensão (SCHROTH, 2009, p. 382-383).

Consciência e mundo surgem simultaneamente. Temos de ir em busca de algo fora de nós para nos tornar algo. Daí a noção de projeto em que a realidade humana é aquilo que cada um projeta ser. Somos aquilo que projetamos ser. Como a consciência não é, pois é definida negativamente, então o constante projetar-se, transcender-se, constitui-se liberdade.

Do ponto de vista ético, não se nega a história e sua importância, já que os fatos históricos interferem no nosso modo de ser e no nosso ser, mas não há como abdicar da liberdade em face de um determinismo histórico em que a totalidade assimila o sujeito aniquilando sua individualidade livre.

Além disso, ao invés de uma leitura etnocêntrica do mundo uma nova perspectiva tolerante às diferenças, que reconhece o valor nas diferentes culturas e modos de vida é algo a ser construído ou buscado. Veja-se que não se tende ao relativismo, mas a algo que reconheça a unidade no múltiplo.

Analisando a doutrina constitucional, é possível perceber que não existe uma uniformidade na descrição das características principais, essenciais ou contingentes, do neoconstitucionalismo. Tal diversidade de classificações deve-se, em nossa opinião, às peculiaridades de cada sistema jurídico, dos diferentes graus possíveis de constitucionalização, em como – em razão dos dois primeiros – da diversidade de entendimentos possíveis sobre quais as características deve possuir um sistema para que esteja de acordo como

o neoconstitucionalismo. [...] Conforme a classificação de R. Guastini, o constitucionalismo pressupõe as seguintes características: a) constituição rígida; b) garantia jurisdicional da Constituição; c) força vinculante da Constituição; d) sobreinterpretação da Constituição; e) a aplicação direta das normas constitucionais; f) a interpretação conforme as leis e g) a influência da Constituição sobre as relações políticas (MÖLLER, 2011, p. 30-31).

Essas características, comparadas aos modelos anteriores, tornaram possível admitir o texto constitucional como expressão fundamental do ser nos mundos político e jurídico. Ao se conferir a seus enunciados constitucionais o valor de essência do existir nos mundos político e jurídico, passou-se a ter na constituição o centro ou o referencial a partir do qual toda realidade política e jurídica adquirem sentido. E o ser e o dever ser nessas dimensões passaram a ser pensados como um todo indissociável.

Se as pessoas vivem em comunidades e se reúnem numa organização política chamada Estado, reconhecendo-se na constituição o ato fundacional dessa organização, que expressa sua essência e seu dever ser, é preciso então identificar que modelo de Estado e de comunidade política se funda em cada texto constitucional, visto que daí se saberá o que esperar do Estado, das pessoas e das comunidades e das relações havidas entre tais atores.

O ser aí, pois, no mundo jurídico é o *Dasein* que questiona, investiga e enuncia o ser jurídico, numa perspectiva histórica, situada, diferente da posição do sujeito puro que se supõe na reflexão transcendental, substituído este pelo ser aí que realiza a práxis dialógica.

E sendo o programa jurídico da pós-modernidade, do pós-estruturalismo, o neoconstitucionalismo, as investigações e questionamentos devem ocorrer a partir de suas características básicas, fundamentais, que criam e conferem sentido ao direito e ao mundo jurídico.

O intérprete não está só no mundo. Ele amplia o horizonte de sua compreensão na medida em que sua visão se encontra, se cruza e se funde com outras visões, com outros horizontes de diferentes autores, textos, contextos, lugares e tempos. Assim, ninguém conseguirá compreender o fenômeno jurídico isolando-se. Isso pelas seguintes razões: a) tal fenômeno se dá no convívio social; b) O intérprete, queira ou não, jamais poderá, por si só, construir a compreensão do Direito, pois situa-se ele em um meio social, cultural, linguístico que fala sobre o Direito e vivencia experiências identificadas como sendo jurídicas. Vive, portanto, num contexto que se lhe apresenta, também como se fosse um texto. E todo texto exige interpretação para que possa fazer sentido (GOMES, 2008, p. 131).

Resgatadas que foram a história e a tradição para compreensão das ciências do espírito, a práxis jurídica tentará conciliar o texto da lei fundamental com o mundo da vida, numa permanente construção do sentido em direção à solução correta ou adequada para cada caso.

Como o sentido do existir, do ser no mundo, não nos é dado, por força de nossa capacidade criativa e inventiva somos aptos a construir algo que pode adquirir esse sentido. Mas esse algo nunca está pronto, se reconstruindo numa permanente tensão e busca que envolve o viver e o compreender. Sem soluções prontas, estas podem ser construídas num plano dinâmico, sendo tal a característica marcante da experiência histórica.

Podemos erguer grandes sistemas que abarquem imensas quantidades de fatos do mundo, mas não temos a certeza de que princípios, meios e fins, perdurarão. O estruturalista que pensa o mundo como um sistema, ignora o tempo, a mudança, o vir a ser, o deixar de ser, porque no sistema, o ser não é em si, mas é sempre em relação a outro ser, numa plano meramente linguístico, discursivo. No sistema, a linguagem é, mas de costas para a vida. E esse é o preço da sincronia, o descolamento do mundo.

O religamento da linguagem, do pensar e do mundo possibilitam compreendê-lo, sem que este seja moldurado. Heidegger usa uma expressão que é extremamente interessante para retratar esse problema.

Se imaginamos ou pensamos um tempo que começa pelo futuro e para o qual o presente seja a realização do futuro, quer dizer para o qual o presente seja um futuro que vem ser, ou, como diz Heidegger algo abstrusamente, um "futuro sido", esse é o tempo da vida. Porque a vida tem isto de particular: que quando foi, já não é a vida; que quando a vida passou e está no pretérito, se converte em matéria solidificada, em matéria material ou matéria sociológica, em ideias já feitas, anquilosadas; em concepções pretéritas que têm a presença e inalterabilidade, o caráter do ser parmenídico, o caráter do ser eleático, daquilo que "já" é e daquilo que é idêntico, do ser ou ente secundário e derivado. Porém a vida não é isto. A vida, tão logo foi, deixa de ser. A vida é propriamente esta antecipação, este afã de querer ser; essa antecipação do futuro, essa preocupação que faz que o futuro seja, ele, o germe do presente. [...] O presente é um "Sido" do futuro; é um "futuro sido" (MORENTE, 1980, p. 314-315).

E esse permanente vir a ser, não recortado do passado visto que o presente é um futuro sido, mas é também continuidade daquilo que já foi, ainda que não nos forneça uma solução, confere-nos um sentido que é preenchido parcialmente pelas experiências vividas, e cria expectativas do futuro, mas sem nunca esgotar as possibilidades do que virá a ser.

Costuma-se atribuir a Schleiermacher, W. Dilthey, M. Heidegger, H. G. Gadamer e P. Ricoeur a trajetória da virada ontológica da hermenêutica. “Desde o humanismo tardio (século XVII) fala-se de hermenêutica; depois, no romantismo (Schleiermacher) e, de modo especial, a partir de Dilthey e Heidegger” (ZILLES, 2005, p. 106-107).

E principalmente a partir do conceito de “compreender” enquanto constituição ontológica do sentido da existência humana reconhece-se nas pessoas a capacidade de criar o sentido do existir bem como a capacidade de agir conforme esse sentido ou outro qualquer segundo a vontade.

Finda a fé ou crença no progresso, na ciência, nos discursos estruturados lógica e matematicamente, as ciências do espírito, históricas e humanistas fundaram novos e diferentes modos de pensar o mundo e buscaram conciliar diferentes tradições históricas, diferentes culturas. E o meio encontrado para reunir os diferentes modos de pensar, as diferentes leituras do mundo é a hermenêutica. Ao invés de uma leitura monotônica fundada nos pilares da modernidade, na verdade única, na linguagem única, no discurso único, uma leitura de vários, tons, cores e matizes.

A hermenêutica neoconstitucional não substitui a tradicional. Busca suprir suas insuficiências. E dado que algumas questões não são adequadamente resolvidas mediante utilização dos métodos tradicionais de solução, surge a necessidade de desenvolvimento de novas formas de se pensar o direito.

Assim, a colisão entre princípios fundamentais, divergências morais relevantes e questões de polissemia algumas vezes dependerão das novas formas de solução ante a insuficiência dos métodos hermenêuticos tradicionais.

Essa nova atividade não é meramente subsuntiva. Passa a ser criativa, inovadora e adequada ao novo cenário jurídico. A hermenêutica, enquanto prática de decodificação dos códigos linguísticos ou simbólicos em seu domínio supõe um código interpretável (decodificável) e um conjunto de elementos que torne possível a interpretação.

Deve-se supor que a linguagem objeto do direito na abordagem neoconstitucional seja vaga, ambígua e possibilita diferentes construções enunciativas, já que os princípios jurídicos não se assemelham à linguagem lógico-matemática.

Do ponto de vista histórico, a Lei Fundamental de Bonn inaugurou um novo tipo de Estado e de direito, após o ocaso do modelo estruturalista até então hegemônico, conferindo ao Poder Judiciário a possibilidade de decidir sobre questões e problemas envolvendo referida Lei e erigindo as normas constitucionais ao *status* de normas eficazes.

A segunda metade do século XX na Europa marca o trânsito do Estado de Direito Legal para o Estado de Direito Constitucional, ou seja, a passagem – no dizer de Ferrajoli – do Estado de Direito “débil” para o Estado de Direito “forte”. Assim, a realidade jurídica europeia se transforma em suas linhas fundamentais, mas, sinteticamente, essas mudanças supõem superar a sinonímia entre lei e direito, que impulsionou o século XIX a partir da revolução francesa, o que foi recepcionada pela primeira vez na lei fundamental de Bonn de 1949, quando se refere àquelas realidades (“lei” e “direito”) como distintas. Precisamente, esse direito que antecede, excede e controla a lei, é o que as novas Constituições reconhecem sob o rótulo - explícito ou implícito – de valores, princípios, fins ou direitos humanos, e, conseqüentemente, recomenda-se a Tribunais constitucionais que velem para que aquele “*higher law*” prevaleça sobre todas as tentativas de sua violação através do resto das normas infraconstitucionais (VIGO, 2008, p. 1-2).

Esse novo arranjo jurídico necessita de garantias institucionais sob pena de quedar-se incapaz de realizar os propósitos para os quais foi concebido. E nesse cenário, ocorre uma grande mudança estrutural e paradigmática.

[...] a Europa deixa de lado a matriz político-jurídica revolucionária, que se respaldava na confiança absoluta da “soberania popular” canalizada através de seus representantes legislativos, e se aproxima da matriz inventada do outro lado do Atlântico, que impunha a essa soberania certos limites consagrados na Constituição. Nesse novo marco, os juízes já não podem ficar reduzidos à “boca inanimada da lei”, devendo lhes ser exigido que ao dizerem o direito (*iurisdictio*) também digam o direito constitucional e não somente o legal, ainda que nessa função no lugar de encomendá-la aos juízes ordinários se criam ou “inventam” juízes especiais ou constitucionais, cuja tarefa específica é tornar a Constituição um limite a toda decisão e produção normativa. Esse controle de constitucionalidade jurisdicional não coincide com o que havia previsto e protagonizado Kelsen na primeira parte do século XX, tendo em vista que não se reduz a ser um legislador negativo, reduzido a controlar formas e procedimentos, uma vez que avança sobre o conteúdo material ou substancial das leis, tudo que resulta potencializado ao teor de que os textos constitucionais – apesar das advertências kelsenianas – estão carregados de referências axiológicas (VIGO, 2008, p. 2).

Problematizou-se o próprio modelo ou tipo de Estado, em seus diversos aspectos, e para fazer frente a essa nova realidade, foi necessário fundar uma nova ordem constitucional e judicial.

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional na Europa foi a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949,

sobretudo após a instalação do Tribunal Constitucional Federal, ocorrida em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica (BARROSO, 2010, p. 245-246).

A Lei Fundamental de Bonn inaugura o novo modelo. Esse modelo tem quatro características fundamentais:

1. Fundou-se um Estado Constitucional de Direito, conferindo-se à Constituição o caráter de norma jurídica superior, *higher law*, cabendo-lhe servir de base para solução dos casos jurídicos;
2. As Constituições passaram a ser documentos cheios de conteúdo moral e axiológico e eventuais contraditoriedades ou contrariedades se resolvem por novas técnicas e métodos;
3. As Constituições não apenas passaram a se encontrar acima como se tornaram eficazes, pois irradiam efeitos e definem direitos e deveres, diretamente, ou seja, permitido, proibido ou autorizado sendo dotadas de conteúdo deôntico, normativo;
4. O poder judicial passou a ter a última palavra em direito, tendo o poder de dizer a última ou única palavra em nome do poder constituinte, donde surge o controle judicial constitucional exercido por magistrados mediante utilização de novos métodos e técnicas.

O neoconstitucionalismo não é movimento de oposição contra o constitucionalismo. O termo “neo” anteposto elucida que se trata de uma nova leitura ou modo de se pensar o constitucionalismo, diante da insuficiência das fórmulas anteriores. O que há de novo são novas fórmulas aptas a explicar a nova realidade constitucional ante a insuficiência das fórmulas pretéritas.

Os textos constitucionais a partir do século XX incorporaram um desenho ou projeto social, dispendo sobre direitos fundamentais, sociais e uma nova divisão das funções da soberania. A prática jurisprudencial, diferente do constitucionalismo clássico, alçou os magistrados ao centro do poder. E as normas constitucionais, longe de serem pensadas como programas, ganharam centralidade e destaque no novo arranjo jurídico.

Novas práticas teóricas dos Estados constitucionais criam e recriam objetos de estudo. Não apenas descrevem, senão, também constituem normas. A nova forma de se pensar assegura uma metagarantia das garantias, inclusive para solução de antinomias e lacunas.

Duas características marcantes da novidade: a reunião de todos esses aspectos, ou seja, os elementos atuando ao mesmo tempo; a constitucionalização do ordenamento jurídico.

Essa nova ordem constitucional é marcada pela rigidez do texto constitucional, pelas garantias jurisdicionais, pela força normativa vinculante, pela sobreinterpretação enquanto técnica de extração – normas implícitas – não havendo espaços vazios, pela aplicação direta das normas constitucionais com eficácia horizontal, inclusive sobre questões particulares, por todos os magistrados. Soergue-se, ainda, a interpretação conforme das leis, bem como a influência da Constituição nas relações políticas e orgânicas entre entes políticos, além de outros aspectos.

Em um ponto, porém, o neoconstitucionalismo é um fenômeno marcadamente reativo. Isso se dá contra o logicismo a-ético havido do cientificismo e do positivismo lógico.

Nesse cenário metalinguístico, em que os princípios são ambíguos e multivalentes, surgem problemas que já podem ser identificados num exercício de crítica reflexiva sobre as próprias inovações havidas com o neoconstitucionalismo.

Rodolfo Luiz Vigo, em artigo publicado originariamente no I Congresso da Corte Suprema de Justiça da Colômbia, disponível em tradução publicada na Revista Eletrônica de Direito da Universidade de Santa Maria, elenca entre os possíveis problemas apontados como disfunções do modelo, os seguintes: sobreinterpretação; a irrelevância ou o enfraquecimento do Poder Legislativo e da lei; a debilidade da democracia; um novo iuspositivismo ideológico constitucional; a desnormatização do direito; a hipermoralização do direito; a renúncia do silogismo dedutivo judicial; a renúncia da ciência jurídica; a perda da segurança jurídica; a jurisprudência como única fonte do direito; a supressão ou o enfraquecimento do Estado; a absorção do direito de toda a ética social; o hiper-realismo jurídico; o direito assistemático ou aporético; a concretização inconstitucional de “reformas” constitucionais; a politização do Poder Judiciário; o Poder Judiciário como Poder Administrador; o etnocentrismo cultural.

Diante desses problemas o autor apresenta sugestões de melhorias possíveis, entre as quais: melhor técnica legislativa; leis mais modestas; mais argumentação justificatória na produção abalizada das normas; mais estudo e controle sobre a jurisprudência; sistemas jurídicos flexíveis; mais cultura constitucional: a) o referente a determinar o conteúdo de valores, princípios ou direitos humanos; b) o reconhecer os distintos tipos de regras ou normas contidas na constituição e como se opera cada uma delas; c) o identificar os distintos tipos de sentenças constitucionais e a estrutura das mesmas; d) estabelecer com alguma clareza a zona de reserva dos diferentes poderes do Estado; e) reconhecer a finalidade e limites do controle constitucional; etc. Mais filosofia jurídica: a) o campo objetivo ou relativo, racional ou irracional dos valores, a injustiça extrema ou a equidade; b) sobre se o saber jurídico é teórico ou prático e, por fim, o método que há que se seguir para alcançá-lo; c) em que consiste interpretar ou aplicar o direito; d) o rol exaustivo ou enunciativo das fontes do direito; e) se há ou não um sistema jurídico; f) o conceito sistêmico ou metassistêmico da validade jurídica de uma norma; g) as regras que regulam o silogismo dedutivo; etc. Reformulação dos poderes do Estado; mais ética profissional na função pública; mais e melhor capacitação judicial; melhor publicação do direito vigente; uma cultura jurídica premial; *self restraint* judicial; o pluralismo e seus limites; a recuperação do Estado e suas competências (VIGO, 2008).

Questão que merece destaque nesse campo das referidas disfunções do neoconstitucionalismo concerne ao desequilíbrio que existe entre as funções soberanas do Estado. Buscando formas de não concretização de valores expressamente enunciados na constituição desenvolveram-se teorias como a da reserva do possível.

Em boa medida, essa postura é construída em discursos, ou seja, no plano da linguagem. Mas sendo a constituição norma cogente, é difícil sustentar numa perspectiva neoconstitucionalista, a não interferência do judiciário na esfera de atuação do executivo, quando estiver em jogo um valor constitucional. E justamente pensando nesse campo de discussão, e para contrapor uma teoria que busca fundamentar a não tutela, desenvolvem-se novas teorias, como a da tutela do mínimo existencial de autoria de Luiz Edson Fachin (2006). E nesse plano da discussão e da disputa no campo público político, emergem consequências práticas tais como a prestação ou não de tutela ou de serviços públicos.

Essas críticas e sugestões de melhoria devem ser aliadas aos métodos de interpretação constitucional, pelos quais se busca conferir efetividade aos valores enunciados na lei fundamental, sem que ocorram inconsistências ou incoerências que rompam com o valor da segurança. E se a esse projeto se soma a perspectiva ontológico hermenêutica, tem-se uma nova perspectiva jurídica em que as expressões havidas das análises dos casos não são reduzidas a manifestações da subjetividade individual ou à preocupação metodológica, sendo sim decorrência da intersubjetividade discursiva, dialógica e dialética, e constituindo um “[...] instrumento normativo limitador da própria lei [...] Esta concepção – de caráter eminentemente ideológico – pensa o direito – e principalmente a constituição – como núcleo de resistência social frente ao mero poder e como garantia da manutenção de determinados valores que não estão sujeitos a decisões políticas” (MÖLLER, 2011, p. 24-25).

A partir dessas características, acreditamos que o neoconstitucionalismo está intimamente relacionado ao dialogismo, devendo os hermeneutas exercer sua prática aliando os diversos aspectos semânticos, pragmáticos e semióticos na busca da correta compreensão do sentido, superando o modelo sintático que é marca característica do positivismo em suas diversas formas.

2.3.3 Problemas e Influências da Linguagem na Hermenêutica Constitucional

O positivismo lógico não logrou êxito em suas preocupações centradas na busca de uma linguagem única universal, precisa, clara, unívoca.

Algo próximo a isso tem ocorrido no âmbito dos conhecimentos lógicos e matematizados, em que a linguagem tem características de universalidade, possibilitando que pesquisadores e cientistas de todo o mundo se comuniquem e compreendam as investigações e estudos uns dos outros. Some-se a isso o surgimento da robótica e da computação, que tratando de sistemas globais necessitam de equipamentos que codifiquem e decodifiquem dados a fim de que possam funcionar em rede.

Não nos esqueçamos, porém, que mesmo nos casos envolvendo lógica, matemática, robótica e computação, a metalinguagem usada para tratar sobre a linguagem continua sendo a língua utilizada por cada investigador, de tal modo que se as máquinas ou equipamentos se comunicam com perfeição, os humanos que constroem as máquinas ainda são influenciados pela linguagem comum.

No âmbito jurídico, algo oposto ao propósito buscado com o positivismo lógico surgiu face ao advento do neoconstitucionalismo. Ao invés de conceitos claros, de estruturas bem formadas, de linguagem inequívoca, temos nos deparado com situações em que a linguagem novamente se torna um problema, quer por não poder se distanciar da realidade histórico-cultural de cada povo, não podendo prescindir da significação, quer por não ser possível universalizar seu uso sem que ocorra o risco de fenômenos como o relativismo cultural e o etnocentrismo.

Assim, se do ponto de vista meramente formal é possível pensar em conceitos reconhecíveis em qualquer canto do planeta, quanto mais nos aproximamos da realidade, menor a chance de subsistência do conceito, pois quanto mais próximo da realidade, mais relativo é o conceito.

Isso também acontece com a linguagem e seu uso para conceituar as coisas do mundo. Quanto mais geral e universal o conceito, menor o nível de detalhamento. Quando mais especial o conceito, maior o nível de detalhamento.

Essas questões geram graves problemas relativos ao uso da linguagem, quer por ser o nosso arsenal limitado, quer por não ser possível pensar conceitos como se faz ao utilizar a linguagem simbólica nas ciências lógico matemáticas. Essa questão é ainda mais séria quando nos referimos às ciências do espírito que remetem à cultura, aos modos de vida, às tradições, aos acontecimentos históricos, enfim, fatos cuja compreensão não se dá numa mera passividade do espírito dos sujeitos. Os sujeitos não são meros depósitos de dados do mundo. Reagem e interagem com tais dados.

Diante dos problemas que não são resolvidos pela linguagem mediante uso de métodos e técnicas de subsunção, erige-se em importância o papel do intérprete e de sua práxis hermenêutica, especialmente no tocante a questões cujas soluções se dão no espaço político dialógico.

Problemas linguísticos de diversas ordens repercutem na práxis hermenêutica. Extrai-se tal inferência da assertiva segundo a qual pensamento e linguagem são coextensivos. “O pensamento é a proposição com sentido. A totalidade das proposições é a linguagem” (WITTGENSTEIN, *Tractatus Logico-Philosophicus*, 2010, p. 165).

A linguagem jurídica, como a linguagem em geral, utiliza-se de signos que precisam ser interpretados. Tais signos, muitas vezes, possuem determinados sentidos consensuais ou de baixo grau de controvérsia. [...] Mas a Constituição se utiliza, igualmente, de inúmeras cláusulas abertas,

que incluem conceitos jurídicos indeterminados e princípios. [...] O fenômeno se repete com maior intensidade quando se trata de princípios constitucionais, com sua intensa carga axiológica [...] Também aqui será impossível falar em sentidos claros e unívocos. Na interpretação de normas cuja linguagem é aberta e elástica, o direito perde muito da sua objetividade e abre espaço para valorações do intérprete (BARROSO, 2012, p. 386-387).

As outras duas hipóteses que envolvem *hard cases* abrangem desacordos morais razoáveis e colisões de normas constitucionais.

Das três situações que ensejam a necessidade de atuação do intérprete na busca ou construção de um sentido adequado ou correto, pode-se notar que a primeira hipótese, de conceitos abertos, decorre da generalidade e abstração de enunciados, que justamente por essas características, precisam ser reduzidos caso a caso. Na hipótese que envolve desacordos morais razoáveis, a questão já envolve um espaço dialógico, sendo inconcebível a construção de soluções autorreferenciadas, por serem as questões morais experienciadas no espaço social. Já no terceiro caso, referente às colisões de normas constitucionais, emergem questões de fundo lógico, sendo insuficiente para sua resolução a utilização da lógica clássica. Partindo de uma abordagem axiológica, intui-se que a questão passa a envolver valores cuja proteção pode ensejar situações de conflito, sendo a solução encontrada em lógicas heterodoxas.

Os conceitos abertos contrariam o método científico em sua roupagem clássica, por trabalhar com conceitos mal elaborados ou com definições não rigorosas.

Apanágio do positivismo lógico, a construção de conceitos e enunciados bem elaborados possibilitava a construção de sistemas coerentes e consistentes, que somados às regras de formação e aos valores de verdade ou validade, tornavam possível a organização do conhecimento em bases lógico-formais matematizadas, tal qual era o desiderato de cientificidade da época.

Porém, tendo o positivismo lógico se mostrado insuficiente para explicar os fenômenos relacionados às ciências do espírito, logo se percebeu a necessidade de resgate da perspectiva histórica, e com isso deu-se o retorno dos valores éticos, da tradição, o que influenciou a linguagem que passou a ser permeada de conceitos abertos ou indeterminados.

Como consequência, houve uma transição do eixo de gravitação do mundo jurídico, antes centrado no primado do legislador e da lei e dos códigos,

passando a gravitar ao redor do texto constitucional, tendo o poder judiciário o primado e a precedência da busca do sentido.

Os desacordos morais razoáveis marcam a pós-modernidade na busca de concretização dos valores “liberdade, diversidade e tolerância” (BAUMAN, 1999, p. 289), principalmente em função dos dois últimos.

O reconhecimento da diversidade e da tolerância são as marcas ou os sinais mais característicos da pós-modernidade, por superarem perspectivas etnocêntricas ou de relativismo cultural, que se baseavam no primado de grupos hegemônicos que construíam o sentido do existir, desconsiderando os interesses e valores dos grupos minoritários.

Na prática, se um tribunal era composto basicamente por pessoas escolhidas em determinada classe, se os parlamentares eram escolhidos entre pessoas de determinada classe e se as leis tinham um feitiço voltado à proteção de valores hegemônicos de uma classe, tal como é avaliado o Código Civil de 1916 voltado à proteção de interesses liberais daqueles que já titularizam direitos, não assegurando o acesso a direitos, outra não poderia ser a prática interpretativa senão a de reprodução daquele modelo, preservando o *status quo* e mantendo as coisas como eram. Nessa hipótese não se pensava em desacordos morais razoáveis, porque havia um grupo de valores hegemônico cujo núcleo era protegido pela estrutura então existente.

Com o neoconstitucionalismo as classes sociais não deixam de existir, mas a prática hermenêutica muda em busca da concretização dos valores inseridos no texto da constituição. Partindo de um modelo compromissório como o do Brasil, cujo texto constitucional alberga diversos valores, conceitos abertos e indeterminados, não sendo mais admissível afirmar o primado dos valores liberais sobre os valores sociais, sendo todos dotados de igual dignidade – valor constitucional – cabe ao intérprete, não mais preso a um modelo liberal de direito, resolver os conflitos que lhe são apresentados preenchendo os espaços deixados pelas leis. E quando o faz, constrói o sentido axiológico adequado ao caso.

Mas tudo isso só é possível porque o direito do neoconstitucionalismo se estrutura de maneira completamente diferente do modelo calcado no positivismo. Concernente à linguagem, é justamente ao construir o sentido correto, preenchendo os espaços deixados pela lei ou pelo ordenamento, que o intérprete adota uma

postura completamente outra, sem se ater ao ato de subsunção. E existem problemas reais que surgem desse novo arranjo.

Cláusulas constitucionais como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margem a construções hermenêuticas distintas, por vezes contrapostas, de acordo com a pré-compreensão do intérprete. Esse fenômeno se revela em questões que são controvertidas em todo o mundo, inclusive no Brasil, como, por exemplo, interrupção de gestação, pesquisas com células-tronco embrionárias, eutanásia/ortotanásia, uniões homoafetivas, em meio a inúmeras outras (BARROSO, 2012, p. 387).

Assim e coerentemente com atual momento histórico em que nos encontramos só se fez possível a admissão da existência de desacordos morais razoáveis por ter-se admitido inicialmente que não existem apenas os valores hegemônicos, sendo os minoritários merecedores de igual proteção, donde se poder inferir que um dos papéis do judiciário na pós-modernidade é tutelar valores contramajoritários, o que significa uma mudança sobre a compreensão do existir no mundo.

Para Walter Benjamin (1987, 224) em sua sétima tese sobre o conceito de história, esta é contada pelos vencedores. E justamente por isso, é contada por aqueles que despojaram os vencidos ou por seus sucessores. E as superestruturas erguidas sobre as relações de produção reproduzem relações de dominação.

Ora, os que num momento dado dominam são os herdeiros de todos os que venceram antes. A empatia com o vencedor beneficia sempre, portanto, esses dominadores. Isso diz tudo para o materialista histórico. Todos os que até hoje venceram participam do cortejo triunfal, em que os dominadores de hoje espezinham os corpos dos que estão prostrados no chão. Os despojos são carregados no cortejo, como de praxe. Esses despojos são o que chamamos bens culturais. O materialista histórico os contempla com distanciamento. Pois todos os bens culturais que ele vê têm uma origem sobre a qual ele não pode refletir sem horror. Devem sua existência não somente ao esforço dos grandes gênios que os criaram, como à corvéia anônima dos seus contemporâneos. Nunca houve um monumento da cultura que não fosse também um monumento da barbárie. E, assim como a cultura não é isenta de barbárie, não o é, tampouco, o processo de transmissão da cultura. Por isso, na medida do possível, o materialista histórico se desvia dela. Considera sua tarefa escovar a história a contrapelo (BENJAMIN, 1987).

Como a cultura e o processo de sua transmissão não são isentos da barbárie, somente a partir da perspectiva dos vencidos, dos dominados, a partir da sua história e do modo como experimentam o mundo é possível pensar de um modo diferente.

Somente quando o intérprete da história reconhece as perspectivas dos vencedores e dos vencidos, passa a ter condições de construir um juízo correto que

reúna a um só tempo: liberdade, diversidade e tolerância. Assim é que desacordos morais razoáveis, para serem resolvidos adequadamente, necessitam, da parte do intérprete, de uma ampliação da pré-compreensão sobre o problema, como se fosse capaz de experimentar os dois ou mais lados da história.

Quanto à colisão de normas constitucionais, a constituição de um país, no sentido formal, pode materializar-se num todo orgânico, conjunto de leis reunidas e elaboradas segundo um procedimento específico por um grupo específico de pessoas. Sendo um texto, apresenta-se como conjunto de enunciados cujo significado e sentido devem ser buscados pelo intérprete. E entre os enunciados, podem ocorrer colisões, seja por questões sintáticas, semânticas ou pragmáticas.

As colisões podem dar-se: entre princípios ou interesses constitucionalmente protegidos; entre direitos fundamentais; entre direitos fundamentais e certos princípios ou interesses constitucionalmente protegidos.

Como destacado noutra ponto, Kelsen distinguiu lei e norma, adotando o modelo saussuriano de linguagem objeto e metalinguagem. Por outro lado na busca da correta compreensão do sentido tem-se de ter em mente que a práxis hermenêutica não pode se limitar a uma análise sintática.

[...] o lógico Ch. Morris, referindo-se à noção de linguagem ideal (Frege, Russel, Carnap), desenvolve a relação entre Lógica e Semiótica, propondo, notadamente, uma distinção entre sintaxe (relação dos signos entre si), semântica (relação dos signos com o que eles designam) e pragmática (relação dos signos com seus usuários) (PÉCHEUX, 2009, p. 10).

Essa perspectiva aparentemente de cunho estruturalista revela uma nova dimensão de abordagem, por exigir do hermeneuta uma ampliação de compreensão para os campos semântico e pragmático, remetendo-o para o mundo em toda sua complexidade. Se a análise não se limitar ao aspecto formal ou estrutural, então se transcende a práxis para o campo da compreensão numa abordagem própria às ciências do espírito.

Na transição do direito do positivismo lógico para o neoconstitucionalismo, houve uma profunda mudança nos próprios fundamentos e condições do direito. Se a colisão, contradição ou contraditoriedade foram pensados inicialmente numa perspectiva lógico formal, com enunciados bem formados, regras claras e sentidos unívocos, a partir do momento em que o direito se historicizou e axiologizou, também decorreu dessa mudança a introdução de uma lógica heterodoxa, de uma linguagem polissêmica e de regras pouco claras.

E para solucionar questões referentes à colisão de normas insta salientar com Reale a tridimensionalidade da realidade jurídica, e a distinção feita por Kelsen entre norma e regra ou linguagem objeto e metalinguagem. A propósito, fatos em si não podem ser contrários ou contraditórios. Simplesmente são. É nos planos espirituais da ética, da estética, no exercício da faculdade do juízo que são compreendidas as contradições e contraditoriedades e colisões dessa ordem.

Normas em si também não colidem se percebidas unicamente na perspectiva enunciativa. É somente no campo do juízo, seja lógico, seja axiológico, no exercício da práxis estética, que se capta esse sentido. Ser contrário, contraditório ou colidente é o resultado da atribuição de valores, sejam lógicos, sejam axiológicos.

Assim é que normas constitucionais colidem quando da leitura de seus enunciados formando juízos de sentido contrário, contraditório ou colidente, a depender do fato de estar em jogo um mesmo valor, ou valores diferentes. Mas para que haja colisão é preciso que os valores estejam no mesmo plano linguístico, pois do contrário, não é possível formar juízos a respeito.

Uma típica situação enfrentada na ADIn 3510/DF diz respeito ao suposto conflito entre valores religiosos, jurídicos e éticos. Como os discursos e argumentos construídos nesses diferentes planos têm bases diversas, não seria possível identificar uma contradição, contrariedade ou colisão. Por isso foi necessária a precedência do jurídico e a juridicização dos aspectos ético-biológicos e religiosos, sem o que seria impossível fazer uma avaliação adequada. Somente num discurso em que os valores sob análise estejam compreendidos no mesmo plano é possível construir um juízo de avaliação.

Por outro lado, e considerando que o sentido dos enunciados só pode ser compreendido diante do caso cuja apreciação se pretende, é de seu supor que os juízos de colisão decorrem não meramente de um sentido lógico, e sim de uma práxis hermenêutica, em que a atividade espiritual dos intérpretes é fundamental para identificar os pontos de tensão. “[...] os casos difíceis envolvem situações para as quais não existe uma solução acabada no ordenamento jurídico. Ela [a solução] precisa ser construída argumentativamente, por não resultar de mero enquadramento do fato à norma” (BARROSO, 2012, p. 388).

2.3.4 Concepções Hermenêuticas Constitucionais Interpretativistas e Não-Interpretativistas

A leitura do livro da vida numa perspectiva ontológico-hermenêutica torna possível a construção do sentido do existir numa práxis permanente. E a hermenêutica constitucional, visto que voltada à compreensão do sentido dos fatos do mundo a partir do texto da constituição em sua peculiar condição de norma axiológica, numa atividade prospectiva, às vezes projeta soluções a partir de um sentido não pré-definido. Nesse caso, o princípio, ao invés de se postar no início do argumento, como se fosse uma premissa ou enunciado a partir do qual se chega à solução, confere ao intérprete a possibilidade de construir a melhor solução possível entre varias. Assim, a interpretação constitucional feita por princípios, não encontra solução nestes *a priori*, partindo deles para a construção da solução.

E o intérprete, ao buscar um sentido correto para os enunciados constitucionais, pode postar-se mais elasticamente ou não. E a discussão sobre essa atividade interpretativa exercida pelos intérpretes é classificada por Inocêncio Mártires Coelho (2011, p. 105-106) entre os interpretativistas e não interpretativistas.

Chamam-se interpretativistas os que, embora admitam que o aplicador da Constituição – tal como o aplicador de qualquer norma jurídica – não deva prender-se à literalidade do texto, mesmo assim consideram incompatível com o princípio democrático qualquer criatividade judicial em sentido forte, isto é, qualquer forma de interpretação dos enunciados normativos que ultrapasse o âmbito do seu significado linguisticamente possível, porque isso implicaria atribuir aos juízes uma legitimidade que é privativa dos titulares de mandatos políticos.

De outro lado, e numa perspectiva que confere maior margem de atuação para os intérpretes, a corrente não interpretativista reconhece a possibilidade de utilização de outros valores para buscar o correto sentido dos enunciados jurídicos. Com isso, fazendo contraponto ao poder fraco da primeira corrente, essa confere um forte poder de interpretação.

[...] em nome do sentido material da Constituição – é legítima a invocação de outros valores substantivos, como justiça, igualdade e liberdade, e não apenas, ou preferencialmente, o valor democracia, para atribuir à magistratura uma competência interpretativa forte. De mais a mais, tendo em conta a historicidade e a estrutura do texto constitucional – essencialmente conformado por princípios jurídicos, por enunciados que são abertos e indeterminados e só adquirem efetividade com a mediação dos seus aplicadores -, parece lícito concluir que, ou se confere liberdade ao intérprete para concretizá-los, ou se renuncia à pretensão de manter viva a Constituição (COELHO, 2011, p. 107).

Sendo o texto constitucional estático, a não ser que se promovam alterações ou que se instaure uma nova ordem constitucional por uma revolução ou assembleia constituinte, ou outra forma, enfim, qualquer meio admitido de alteração das proposições da constituição, esta se mantém em sua forma.

Com o passar do tempo, ou a depender do local e da dimensão de um país, podem surgir diferentes leituras do mesmo texto sendo a norma o resultado da práxis hermenêutica. Quando isso ocorre, sustentam alguns que a nova interpretação não pode ultrapassar os sentidos possíveis dos enunciados e proposições. Outros, porém, admitem uma práxis hermenêutica elástica, que transcende o sentido e significado usuais das expressões e enunciados, reconhecendo-se ao intérprete a possibilidade de conceber soluções heterodoxas ou menos conservadoras.

Na prática, concernente ao aspecto da linguagem, não são o enunciado ou a proposição que se modificam, e sim os juízos construídos a partir dos enunciados e proposições no contexto histórico em que se dão. E cada novo juízo não nega o que passou e não se sobrepõe ao que virá.

Assim, a postura não interpretativista, longe de significar abuso ou desvio de função, materializa a vitória do enunciado sobre a língua, do dialogismo sobre o estruturalismo. O dia-a-dia, o cotidiano, no curso do tempo e sem a pretensão do absoluto, tornam possíveis novas soluções em diferentes momentos, que não se contrariam. Só haveria contrariedade ou contraditoriedade se houvesse, nos diferentes momentos, igual pauta de correção. Mas como dito, o texto não é a norma, visto que diferenciados metalinguagem e linguagem objeto, sendo a metalinguagem inserida no corpo da diacronicidade. A linguagem objeto pode até ser a mesma, mas são diferentes as normas para cada caso porque diferentes as metalinguagens ou leituras visto que inseridas na historicidade.

E se conceitos amplamente vagos como os de dignidade e vida não forem preenchidos adequadamente pelo legislador ordinário ou o forem insuficientemente para o caso, não se pode pretender esperar do intérprete que se acanhe em buscar a melhor solução possível, já que são inerentes à capacidade humana os sentidos estético e ético os quais podem ser utilizados para colmatar o vazio semântico das proposições e enunciados. E para assegurar limites à prática hermenêutica, esta se dá publicamente e sob o controle de outros atores sociais.

2.3.5 Direito e Ideologia

Admitindo-se a problematização da metalinguagem e da linguagem objeto, é preciso identificar que fatores exercem influência sobre elas. Em algumas situações o direito se apropria de conceitos de outras áreas do conhecimento, conferindo-lhes específica significação jurídica. Em algumas situações a construção dessa significação depende de uma ponderação entre diferentes discursos ou ideologias. E essa relação que pode consistir numa tensão dialógica em diversos campos da vida política e social ao final pode adquirir específica significação jurídica, e nesse caso, restará prevalente a concepção hegemônica.

A morte de embriões em pesquisas científicas pode ser lida e interpretada religiosamente, do ponto de vista biológico, médico, ético etc., e todas as leituras e interpretações são construídas sobre as bases desses diversos campos de conhecimento em discursos cujos sentidos manifestos nas explicações são compreensíveis a partir de cada universo de discurso. E enquanto sistemas culturais são pensados estruturalmente em bases fluidas que possibilitam recontar os mesmos fatos várias vezes e de diversos modos, sem que ao final se chegue a uma verdade absoluta, sendo a conclusão sempre situada historicamente e discursivamente.

Considerando as ideologias e o fato de algumas se posicionarem como valores hegemônicos, na investigação dos discursos podem-se identificar as razões que levam o intérprete a optar por uma entre várias soluções possíveis, tornando-a prevalente.

Louis Althusser denomina de Aparelhos Ideológicos do Estado as diversas manifestações de hegemonia exercidas sobre diversas instituições sociais. Ao final, adere ao significado jurídico a força do Aparelho Repressivo do Estado.

Na teoria marxista, o aparelho de Estado (AE) compreende: o governo, a administração, o exército, a polícia, os tribunais, as prisões etc., que constituem o que chamaremos a partir de agora de aparelho repressivo do Estado. Repressivo indica que o aparelho de Estado em questão “funciona através da violência” – ao menos em situações limites [...] (ALTHUSSER, 1985, p. 67)

Ainda que não seja inerente à essência do direito a violência, é fato que o Estado se vale desse poder para garantir, em última instância, a eficácia de sua própria existência, mesmo quando esgotada sua fonte de legitimação. E após ter apresentado o rol, no rodapé da página 68, o autor esclarece que o direito pertence

ao mesmo tempo, ao Aparelho repressivo do Estado e ao Sistema dos Aparelhos Ideológicos do Estado.

Relacionando a concepção de hegemonia à linguagem tem-se que nesta se expressam os valores preponderantes havidos daquela. E sendo o direito um conjunto de decisões políticas legisladas e sentenciadas, pode-se perceber que ao final, materializa valores hegemônicos ou contramajoritários na construção de um sentido adequado para o viver em sociedade.

De fato, o direito, pode ser interpretado de maneira estruturalista, em seus próprios termos, a partir de categorias jurídicas. Problematizando-se, porém, as categorias jurídicas a partir de diversas ideologias, pode-se perceber que o direito é utilizado nas duas dimensões: como legitimador de um modo hegemônico de vida e como garantidor desse mesmo modo de vida. E como o poder social não é concentrado, mas disperso e difuso, organiza-se de tal modo a garantir a reprodução da relação entre infraestrutura e superestrutura, que se retroalimenta, ainda que numa tensão dialética e dialógica, mantendo-se, porém, o modo de vida hegemônico por meio da ideologia e da força em todas ou ao menos na maior parte das estruturas e dimensões.

As disputas e tensões nos diversos espaços ideológicos, inclusive do direito, revelam que a metalinguagem está em permanente reconstrução, não mais havendo que se falar em essências e sua busca fora dos discursos. Desse modo, muda-se o foco da busca pela essência dos institutos jurídicos para questões que se situam no plano da compreensão enquanto questão existencial do ser que é enquanto se expressa e se manifesta, o que transcende a estrutura jurídica.

Assim, ao invés da *Grundnorm* no sentido de norma básica fundamental que confere coerência e consistência ao sistema jurídico autorreferenciado, segundo um modelo lógico-formal axiomatizado, conferem-se novos sentidos e significados aos princípios, normas fundamentais, aproximando novamente o direito do mundo da vida. Ao invés de princípios encontrados pelo sujeito puro em sua introspecção reflexiva, princípios construídos e interpretados numa prática dialógica.

Desse modo, o sistema jurídico se abre para albergar novos elementos antes alijados pelo modelo estruturalista que inadmitia, sob pena de ofensa às regras do jogo, novas palavras, sentidos ou significados.

A constituição é uma decisão política fundamental e sendo uma decisão, juridiciza valores hegemônicos. Ao fazê-lo, reconhece a existência das diferenças,

em suas diversas dimensões, mas elege valores a serem preservados, o que revela uma atitude política ideológica fundamental. Sendo assim, ainda que se reconheça que o projeto da pós-modernidade seja criar condições e garantir a preservação dos valores da “*liberdade, diversidade e tolerância*” (BAUMAN, 1999, p. 289), ainda existem situações em que os conflitos serão resolvidos a partir do paradigma hegemônico. Isso não implica afirmar, porém, que não haja situações em que o papel prevalente de preservação da tolerância e da diferença, será garantido por uma postura contramajoritária.

As ideologias podem ser pensadas como elementos do direito ou como influências externas que interferem no direito. “O “Direito” pertence ao mesmo tempo ao Aparelho (repressivo) do Estado e ao sistema dos AIE [Aparelhos ideológicos do Estado]” (ALTHUSSER, 1985, p. 68).

“A ideologia representa a relação imaginária dos indivíduos com suas condições de existência” [...] “A ideologia tem uma existência material” (ALTHUSSER, 1985, p. 85-88).

E no campo da linguagem que é objeto de nossa investigação, a ideologia pode situar-se no campo do intertexto, conforme explica Souza (2006, p. 145):

A ideologia não designa nenhum tipo de discurso determinado, indica a decodificação que é sempre possível fazer da realidade (base socioeconômica) com suas diferentes relações entre classes, seus conflitos distintos, suas contradições primordiais. Ela não alude senão ao conjunto de transformações sociais que deixaram traços nos textos que forma o contexto narrativo (CN), organizador da interação social. Por conseguinte, em um segundo momento, a ideologia é uma leitura desse contexto narrativo, a descoberta do diálogo entre discurso citado, em uma situação de comunicação determinada, e discurso citado na rede diacrônica que formata a história da comunicação social. A ideologia é assim *intertexto*, o nome do sistema de relações entre os textos e suas condições de produção e recepção.

A respeito da hegemonia, preferimos o conceito de Gramsci, também utilizado por Althusser, em que mais que dominação política, abrange todo o escopo da sociedade civil em suas diversas dimensões e instituições. Abarca “[...] todas as outras instituições da sociedade civil (entendida em sentido gramsciano) que tenham um nexos qualquer com a elaboração da cultura” (BOBBIO, 1999).

Com todas as reservas que esta exigência acarreta podemos, pelo momento, considerar como aparelhos ideológicos do Estado as seguintes instituições (a ordem de enumeração não tem nenhum significado especial):
AIE religiosos (o sistema das diferentes Igrejas);
AIE escolar (o sistema das diferentes “escolas” públicas e privadas);
AIE familiar;

AIE jurídico;
 AIE político (o sistema político, os diferentes partidos);
 AIE sindical;
 AIE de informação (a imprensa, o rádio, a televisão, etc...);
 AIE cultural (Letras, Belas Artes, esportes etc...); [...]
 O que distingue os AIE do Aparelho (repressivo) do Estado é a seguinte diferença fundamental: o Aparelho repressivo do Estado “funciona através da violência” ao passo que os Aparelhos Ideológicos do Estado “funcionam através da ideologia” (ALTHUSSER, 1985, p. 68-69).

Associando o conceito de Aparelhos Ideológicos ao conceito de sistemas semióticos, logo percebemos que exercem basicamente o mesmo papel na cultura, sendo este mais amplo que aquele que se limita a uma interpretação das ações dos aparelhos ideológicos quando analisados em sua relação de dominação.

Com base nesse contexto é possível afirmar que algumas controvérsias envolvem mais de um sistema semiótico, ou seja, diferentes linguagens e sentidos, e que a solução é construída não a partir de uma perspectiva hermenêutica, e sim de autoridade ou precedência. Como o direito tem precedência sobre os demais sistemas simbólicos, é fato que cabe aos magistrados julgar as condutas de outras pessoas que atuam em diferentes áreas, não havendo necessária reciprocidade no tocante a essa prática.

A consequência desse arranjo administrativo da justiça e do Estado é que magistrados, pelo papel que exercem, julgam situações que extrapolam o âmbito do conhecimento jurídico, abarcando questões biológicas, religiosas, políticas, culturais etc., conferindo aos casos e às normas um sentido especificamente jurídico. Mas ao fazê-lo, muitas vezes se valem de diferentes discursos, conceitos e categorias, pertencentes a diferentes sistemas semióticos, imbricando-os. Na prática, a precedência do direito faz com que nem sempre conceitos jurídicos sejam compatíveis com outros sistemas semióticos apesar de sobrepujá-los.

Considerando o rol dos aparelhos ideológicos religiosos, escolar, familiar, jurídico, político, sindical, de informação, cultural, que buscam manter a coesão e equilíbrio sociais através da hegemonia ideológica, infere-se que a práxis jurídica perpassa essas questões, até chegar à solução de problemas jurídicos.

Dentro desse contexto, os signos, enquanto elementos do discurso, não são mais avaliados por sua conformação formal no interior do sistema. Dá-se um passo além. A partir dessa nova abordagem, em que valores são elevados à categoria de princípios, restabelece-se uma nova perspectiva no discurso. A linguagem se substancializa num tipo de hipóstase em que enunciados

fundamentais são reconhecidos como valores e passam a pautar o agir das pessoas ao fundamentar o discurso jurídico.

Demonstrando a realidade do fenômeno ideológico no campo social Althusser apresenta o seguinte exemplo:

Um indivíduo crê em Deus, ou no Dever, ou na Justiça etc. Esta crença provém (para todo mundo, isto é, para todos que vivem na representação ideológica da ideologia, que reduz ideologia, por definição, às ideias dotadas de existência espiritual) das ideias do dito indivíduo enquanto sujeito possuidor de uma consciência na qual estão as ideias e sua crença. A partir disso, isto é, a partir do dispositivo “conceitual” perfeitamente ideológico assim estabelecido, (um sujeito dotado de uma consciência aonde livremente ele formula as ideias em que crê), o comportamento material do dito indivíduo decorre naturalmente. [...] Se o indivíduo crê em Deus, ele vai à Igreja assistir à Missa, ele se ajoelha, reza, se confessa, faz penitência (outrora ela era material no sentido corrente do termo), e naturalmente se arrepende, e continua, etc. Se ele crê no Dever, ele terá comportamentos correspondentes inscritos nas práticas rituais, “segundo os bons costumes”. Se ele crê na Justiça, ele se submeterá sem discussão às regras do Direito, e poderá mesmo protestar quando elas são violadas, assinar petições, tomar parte em uma manifestação etc. Em todo esse esquema, constatamos portanto que a representação ideológica da ideologia é, ela mesma, forçada a reconhecer que todo “sujeito” dotado de uma “consciência” e crendo nas “ideias” que sua “consciência” lhe inspira, aceitando-as livremente, deve “agir segundo suas ideias”, imprimindo nos atos de sua prática material as suas próprias ideias enquanto sujeito livre. (ALTHUSSER, 1985, p. 90).

Se ontologicamente os princípios são valores – numa abordagem ontológico-hermenêutica -, podemos nos valer da seguinte afirmação de Bakhtin (2009, p. 31-32):

tudo que é ideológico possui um *significado* e remete a algo situado fora de si mesmo. Em outros termos, tudo que é ideológico é um *signo*. *Sem signos não existe ideologia* [...] Todo signo está sujeito aos critérios de avaliação ideológica (isto é, se é verdadeiro, falso, correto, justificado, bom, etc.). O domínio do ideológico coincide com o domínio dos signos: são mutuamente correspondentes. Ali onde se encontra, encontra-se também o ideológico. *Tudo que é ideológico possui um valor semiótico.*

E aqui, rompendo com o modelo estruturalista que elege a língua como fenômeno principal de investigação, Bakhtin assevera que “o material privilegiado da comunicação na vida cotidiana é a palavra” (BAKHTIN, 2009, p. 37). E sua abordagem privilegia a enunciação no campo dialógico, espaço em que os signos são constituídos. Desse modo, ao invés do sujeito individualmente considerado, buscando por sua capacidade crítica os saberes do mundo, o autor amplia o campo de construção do saber para a sociedade, a coletividade. O sujeito da construção do

conhecimento nas ciências do espírito, pois, deixa de ser o “eu” e passa a ser o “nós”.

A hermenêutica abrange os modos pelos quais interpretamos o sentido e o significado dos valores, dos enunciados, das proposições, das normas.

Analisando a doutrina constitucional, é possível perceber que não existe uma uniformidade na descrição das características principais, essenciais ou contingentes, do neoconstitucionalismo. Tal diversidade de classificações deve-se, em nossa opinião, às peculiaridades de cada sistema jurídico, dos diferentes graus possíveis de constitucionalização, em como – em razão dos dois primeiros – da diversidade de entendimentos possíveis sobre quais as características deve possuir um sistema para que esteja de acordo como o neoconstitucionalismo. [...] Conforme a classificação de R. Guastini, o constitucionalismo pressupõe as seguintes características: a) constituição rígida; b) garantia jurisdicional da Constituição; c) força vinculante da Constituição; d) sobreinterpretação da Constituição; e) a aplicação direta das normas constitucionais; f) a interpretação conforme as leis e g) a influência da Constituição sobre as relações políticas (MÖLLER, 2011, p. 30-31).

A partir dessa estrutura e do contexto em que nos encontramos, podemos constatar que a primazia do direito sobre os demais sistemas simbólicos decorre da precedência que lhe é conferida pelo texto constitucional e pelo arranjo político em que vivemos. Concorrendo diversos universos discursivos e diversos atores, caberá em última análise ao Poder Judiciário decidir questões que exijam intervenção estatal.

E essa observação é necessária visto que, com a elaboração de textos legais permeados de conceitos jurídicos indeterminados e conceitos abertos, bem como de princípios muitas vezes dotados de ampla generalidade e abstração, e partindo do pressuposto de que a constituição é sobrenorma de direito e governa os sistemas jurídicos e políticos, estabelecendo as regras básicas do jogo e os limites que o próprio Estado tem de observar em suas relações, muitas vezes a solução de problemas jurídicos não se resolve apenas com a utilização de conceitos e categorias jurídicos, sendo necessário buscar em outras áreas do saber dados e informações que tornem possível a tomada de decisão correta ou adequada ao caso. São várias as situações em que sistemas simbólicos diversos entram em conflito, cabendo ao intérprete construir a solução a partir das técnicas e artes disponíveis.

2.3.6 O Correto Preenchimento do Sentido

Descolar o mundo jurídico dos demais aspectos da realidade cultural é prática que facilita a compreensão autorreferenciada do direito numa abordagem estrutural, mas que, dificulta o papel emancipador e libertador de caráter crítico que o conhecimento jurídico pode proporcionar. O modo estruturalista de pensar o direito é limitador das potencialidades humanas. “A doutrina liga os indivíduos a certos tipos de enunciação e lhes proíbe, conseqüentemente, todos os outros” (FOUCAULT, 1996, p. 43). E o direito pensado ou ensinado doutrinariamente é discurso seletivo, que foca preponderantemente sua expressão hegemônica como se fosse natural.

Consequência do exercício do poder hegemônico que reprime manifestações de desacordo é tentar conferir um sentido de naturalização das coisas como são, e do discurso expressado por quem exerce poder. Mas quando se discutem e problematizam aspectos fundamentais das fontes do direito ou dos papéis exercidos pelos agentes do Estado, bem como a legitimação das fontes ou dos atores, a arte, métodos e técnicas, então se transcendem os limites normais do conhecimento tradicional, abrindo-se a possibilidade de críticas e discussões que ampliam os horizontes do conhecimento, conferindo ao intérprete criador a possibilidade de não apenas receber passivamente os conhecimentos, mas também de agir e reagir, como ser dotado de capacidade de propriamente criar o sentido do existir ou de criticar o que existe culturalmente como se fosse natural.

E especificamente no tocante aos valores constitucionais, quando problematizados, levam ao limite as discussões jurídicas que para manterem sua coerência e consistência, rompem a estrutura propriamente jurídica entrando em contato com outras estruturas e áreas de conhecimento, numa imbricação semiótica. Em alguns casos, o direito mostra-se insuficiente para resolver problemas jurídicos e o hermeneuta tem de se valer da imbricação entre sistemas simbólicos diversos para ao final encontrar soluções adequadas ou corretas para os problemas que se lhe tenham sido propostos.

Admitindo-se o direito como sendo um sistema simbólico de práticas sociais fundadas em valores que conferem sentido a referidas práticas, o sentido somente é compreendido além da experiência mesma pelo exercício de uma prática hermenêutica. Assim, não basta descrever as práticas, sendo necessário interpretá-las em busca de um sentido. E interpretar não é uma mera decodificação construída sintaticamente. Exigem-se do intérprete uma capacidade semântica e pragmática e

aptidão para relacionar fatos de diferentes planos em busca de um sentido e explicação necessários à compreensão das práticas sociais.

Uma das formas de buscar a compreensão do sentido do mundo da vida é pensá-lo como um texto. E como texto, pode ser lido e interpretado.

Um texto é incompleto quando não tem a intervenção de um leitor que lhe preencha os espaços vazios com a sua atividade inferencial. Dito de outra maneira, um texto nos comunica muito mais informações que as que aparecem em sua manifestação linear, ou seja, em sua estrutura expressiva explícita. É sempre “entremeado por não ditos”, deixa implícita uma grande quantidade de informações que o destinatário é chamado a extrapolar com base nos conhecimentos do contexto comunicativo (VOLLI, 2007, p. 147).

E a correta compreensão de um texto que retrata o mundo da vida somente se faz possível quando o intérprete compreende os elementos que o compõem e como se relacionam.

Nesse sentido, o direito é parte desse mundo da vida, resultante de nossa condição política, e resultante em boa medida da imbricação havida entre diversos sistemas simbólicos.

O direito é [suprimi] uma espécie de experiência cultural, isto é, uma realidade que resulta da natureza social e histórica do homem, o que exige nele se considere, concomitantemente, tanto o que é *natural* como o que é *construído*, as contribuições criadoras, que consciente e voluntariamente se integraram e continuam se integrando nos sistemas jurídico-políticos. Daí se apresentar sempre como síntese ou integração de “ser” e de “dever ser”, de fatos e valores, quer em experiências particulares, quer na experiência global dos ordenamentos objetivados na história. Como é impossível compreender-se qualquer tipo de conduta humana sem referibilidade a um sistema de valores, torna-se necessário determinar as notas distintivas da experiência jurídica, no quadro genérico da experiência social, como aquela experiência que se caracteriza por se terem estabelecido, historicamente, relações de homem para homem com exigibilidade bilateral de fazer ou de não fazer alguma coisa, num todo de garantida coexistência (REALE, 1992, p. 111-112).

Sem a compreensão dessa imbricação de sistemas simbólicos, teríamos dificuldades de compreender o direito, principalmente nas controvérsias em que este se mostra insuficiente em suas formas mais consolidadas.

Daí se poder inferir que os problemas jurídicos num plano em que as categorias e conceitos jurídicos são insuficientemente preenchidos, dependerão do enfrentamento da questão numa perspectiva elasticada que vai abarcar a filosofia política, a filosofia moral e outras áreas do conhecimento. “São situações em que a solução não estará pronta em uma prateleira jurídica e, portanto, exigirá uma

atuação criativa do intérprete, que deverá argumentativamente justificar seu itinerário lógico e suas escolhas” (BARROSO, 2012, p. 389).

E um bom método de busca do sentido correto de um dado acontecimento é o fenomenológico. Apenas para contextualizar a questão, imaginemos dois modelos de análise. O primeiro concebe um modelo de cultura, como se houvesse um tipo ideal – normativo – de pessoa, cultura ou modo de vida. Nessa abordagem, apresentam-se categorias gerais, elementos comuns elevando-os à categoria de leis. Essa é a “[...] idéia de uma forma ideal de homem, decorrente do iluminismo e da antropologia clássica, perto da qual as demais eram distorções ou aproximações [...]” (LARAIA, Cultura: um conceito antropológico, 2009, p. 62). As consequências desse tipo de abordagem concretizam-se na prática do etnocentrismo ou algum tipo de hegemonia político-social.

Em outra abordagem, ao invés de analisar comportamentos concretos, já que não há unidade necessária ou correspondência, abordam-se os fatos sociais como “[...] mecanismos de controle, planos, receitas, regras, instruções (que os técnicos de computação chamam programa) para governar o comportamento” (LARAIA, Cultura: um conceito antropológico, 2009, p. 62). Assim, ao invés de buscar um código e uma gramática pré-estabelecida geral, aplicável a todas as pessoas do mundo em qualquer tempo e espaço, ou externa, como referencial etnocêntrico, quem pretenda analisar a cultura pode buscar compreender e interpretar um código de símbolos partilhados pelos membros dessa cultura recortando a realidade no espaço e no tempo, por dentro, ou em seus próprios termos.

Na primeira abordagem, o hermeneuta posiciona-se como referência de valor e passa a avaliar os valores de outras pessoas em outras culturas. Na segunda o hermeneuta se insere na realidade sob análise, participando da gramática e do código de valores compartilhados.

Nessas perspectivas, um conhecimento não substitui o outro. Todavia, como partem de bases diversas, servem para explicar diferentes aspectos da realidade. Mudam-se as bases, novas perguntas são formuladas, ou velhas perguntas são reformuladas e então se chega a conclusões diversas ou se confirmam questões por outros modos.

O mesmo se dá quando tentamos compreender aspectos da realidade cultural. Para fazê-lo, valemo-nos de diversas bases lógicas, linguísticas,

conceituais, categoriais, mas sempre o fazemos a partir de nossa situação no espaço e no tempo. Mesmo as inovações explicativas têm por base a vida da pessoa que explica.

Algumas convenções generalizam em maior abrangência algumas formas de saber. Os conhecimentos matemáticos, lógicos, e outros que se aproximam mais do universo tendente ao formal tendem a ser elaborados em linguagem e por modo compreensível no universo dos estudos da lógica e da matemática. Assim, ainda que uma fórmula matemática seja explicada em português, chinês, italiano, provavelmente terá a mesma representação simbólica no âmbito da linguagem lógica ou matemática. A meta linguagem ou linguagem utilizada na explicação será diferente – português, mandarim, italiano -, mas as linguagens objeto provavelmente serão as mesmas, a linguagem lógica e a linguagem matemática.

No tocante à análise dos fatos sociais, a questão muda consideravelmente em complexidade. Isso se dá porque a análise de fatos sociais é carregada de significação, impregnada de valores, ideologias, e muitas vezes a compreensão é muito difícil, principalmente se o intérprete não experimenta ou vivencia a realidade estudada. Para Husserl (2005, p. 47), porém,

pode acontecer que os sons pronunciados sejam os mais diferentes, enquanto a relação cognitiva é a mesma, como no caso de uma “mesma” palavra proferida em diferentes línguas; o objeto é conhecido essencialmente como o mesmo, não obstante pronunciemos subsidiariamente diferentes sons”.

Essa abordagem, porém, precisa ser contextualizada, já que ao tempo em que escreveu sua obra, o que estava em discussão eram os fundamentos do positivismo lógico. Perceba-se que para o autor, a linguagem pode ser pensada de forma depurada, sem influências ideológicas ou culturais.

Não que seja preciso ser goiano para entender a realidade goiana, sul-africano para entender a realidade sul-africana. Mas uma análise feita por quem não conhece, quem não experimenta, quem não vivencia o fato social, tem sentido diverso da explicação dada por quem vive tal experiência. É diferente a explicação feita dos campos de concentração por quem experimentou ser prisioneiro em tais lugares e a explicação de quem vai hoje a um campo inativado ou busca relatos e registros. Outro aspecto relevante é que a própria construção gramatical das línguas não segue um padrão, como se houvesse uma base universal comum, ou seja,

Husserl pressupõe uma relação entre palavra e relação cognitiva, mas o faz pensando como um positivista lógico.

Por esses motivos, por considerarmos ser a cultura um conceito geral que tem por objeto diferentes realidades, por não supormos existir em concreto um tipo ideal de cultura ou modo de vida, o que não é o mesmo que não admitir a fé em direitos humanos universais, em direitos fundamentais, na objetividade do conhecimento, é que preferimos encarar a cultura como expressão social dotada de significados, que podem ser objetivados no âmbito de sua compreensão. Ganha importância, pois, o sentido conferido por Husserl a *lebenswelt*, mundo da vida, experiência do humano no mundo e também sua prática fenomenológica.

2.3.7 A Fenomenologia Enquanto Método de Conhecimento dos Fenômenos Jurídicos

O método fenomenológico possibilita enorme rigor conceitual e lógico. A elaboração de conceitos e a precisão no uso da linguagem possibilitam a construção de um saber com forte teor de coesão e coerência. Submeter a essência à existência, em termos práticos implica a construção de conceitos a partir da correta observação dos fatos, ainda que esse saber possa ser refeito.

A objetividade buscada no mundo jurídico é alcançada do ponto de vista da linguagem, com coerência e coesão.

Como as atividades de redução são renováveis, segundo dados novos ou até então desconhecidos, a fenomenologia permite a renovação do saber a partir dos processos da *epoché*, da redução eidética e da redução transcendental. Essa práxis possibilita a contínua reconstrução do conhecimento da essência das categorias jurídicas. Todavia, essa práxis não pode prescindir de aspectos não presentes na observação, mas que interferem na construção do significado.

Ao observar um fato e tentar compreendê-lo prescindindo de qualquer pré-juízo ou pré-conceito, assumimos uma postura que pode parecer isenta ou neutra, mas que na prática não elimina a projeção de parcela do nosso ser na construção do conhecimento. Ao tentarmos conceituar uma dada realidade nos valem da linguagem, que se por um lado faz possível o próprio conhecer, sofre influências de diversas ordens, ideológicas, estéticas etc.. Assim, quanto mais formal ou lógico matemático o saber, maior a possibilidade de rigor na construção dos conceitos, proposições e enunciados. Diferente, contudo, é a construção de saberes

sociais e humanísticos, que não podem ser reduzidos a simples formas conceituais, cuja significação depende em boa medida da visão de mundo e dos valores de quem realiza o ato de conhecimento. Assim, merece ser destacada na construção dos saberes a sua democratização.

A intencionalidade, no tocante à prática fenomenológica, sofre influência da intencionalidade não declarada. Ainda que não queiramos ou não desejemos, interferimos na construção do saber com aquilo que não apresentamos no discurso. A própria seleção das palavras, proposições, enunciados, interfere no resultado final.

Com isso, precisamos nos atentar para a relação existente entre linguagem, comunicação e poder nas relações sociais visto que o signo “[...] tem um caráter material, no tríptico sentido da materialidade física, da materialidade extra-sígnica e da materialidade semiótica, ou seja, da materialidade sígnica histórico-social” (PONZIO; CALEFATO; PETRILLI, 2007, p. 325).

A democratização da construção do saber possibilita, nesta senda, que a intencionalidade não declarada possa ser percebida pelos interessados. Nas discussões que envolvem ideologias diferentes, essa manifestação deve ser mais clara e transparente, permitindo a quem tenha interesse em conhecer o discurso, contextualizá-lo. Situa-lo na historicidade.

Sendo o direito fenômeno social, manifesta-se nas relações quotidianas, institucionalizadas, não institucionalizadas, oficiais, não oficiais etc.. É indiferente para que ocorra um fato jurídico, que haja intervenção estatal. Basta a incidência da norma e ocorrência dos efeitos jurídicos. O que é pressuposto é a normatização. Todavia, a elaboração das leis ocorre num cenário complexo, conflitivo, em que há luta de classes, grupos hegemônicos e prevalência de alguns interesses em detrimento de outros. A lei do Estado cria o rótulo. O rótulo contribui para a manutenção ou mudança do papel social ou da posição jurídica. Numa sociedade de desiguais, o direito com suas instituições pode servir como meio de mudanças sociais ou como reproduzidor das relações sociais de dominação. As normas interferem nos fatos e os fatos interferem nas normas.

A esse respeito vale a pena transcrever a lição seguinte:

[...] não há uma única Moral, “a” Moral, mas vários sistemas de Moral profundamente diferentes uns dos outros e muitas vezes antagônicos, e que uma ordem jurídica pode muito bem corresponder - no seu conjunto- às concepções morais de um determinado grupo, especialmente o grupo ou camada dominante da população que lhe está submetida – e, efetivamente,

verifica-se em regra essa correspondência – e contrariar ao mesmo tempo as concepções morais de um outro grupo ou camada a população. Igualmente é de acentuar, com particular relevo, que as concepções sobre o que é moralmente bom ou mau, sobre o que é e o que não é moralmente justificável – como, v.g., o Direito – estão submetidas a uma permanente mutação, e que uma ordem jurídica ou certas das suas normas que, ao tempo em que entraram em vigor, poderiam ter correspondido às exigências morais de então, hoje podem ser condenadas como profundamente imorais. A tese, rejeitada pela Teoria Pura do Direito mas muito espalhada na jurisprudência tradicional, de que o Direito, segundo a sua própria essência, deve ser moral, de que uma ordem social imoral não é Direito, pressupõe, porém, uma Moral absoluta, isto é, uma Moral válida em todos os tempos e em toda a parte (KELSEN, 2009, p. 77-78).

O direito como fato cultural, expressa em alguma medida os vários lados da complexa teia de relações e fenômenos, às vezes perpetuando injustiças, às vezes corrigindo outras. Por trás e dentro do direito há pessoas, interesses, poderes, relações sociais.

Culturas diferentes possuem padrões diversos de valores. E isso deve ser reconhecido pelo direito. Apenas para exemplificar, fatos que assumem distintas explicações a partir do contexto cultural dizem respeito às relações de parentesco.

Para os habitantes das ilhas Trobriand, no Pacífico, não existe nenhuma relação entre a cópula e a concepção. Sabem, apenas, que uma jovem não deve mais ser virgem para ser penetrada por um “espírito” de sua linhagem materna, que vai gerar em seu útero uma criança. Esta criança estará ligada por laços de parentesco, apenas, aos parentes da jovem, não existindo em Trobriand nenhuma palavra correspondente à que utilizamos para definir o pai (LARAIA, 2009, p. 89).

A partir do exemplo, percebemos que conceitos e categorias jurídicos são fatos culturais construídos a partir da complexidade das relações entre as pessoas situadas no tempo e no espaço. “As explicações encontradas pelos membros das diversas sociedades humanas, portanto, são lógicas e encontram a sua coerência dentro do próprio sistema” (LARAIA, 2009, p. 91).

O direito apresenta-se como fenômeno social. Sua essência nos é dada no âmbito da significação. Segundo Kelsen (2009, p. 02):

Se analisamos qualquer dos fatos que classificamos de jurídicos ou que têm qualquer conexão com o Direito – por exemplo, uma resolução parlamentar, um ato administrativo, uma sentença judicial, um negócio jurídico, um delito etc. – poderemos distinguir dois elementos: primeiro, um ato que se realiza no tempo e no espaço, sensorialmente perceptível, ou uma série de tais atos, uma manifestação externa da conduta humana; segundo, a sua significação jurídica, isto é, a significação que o ato tem do ponto de vista do Direito. Numa sala encontram-se reunidos vários indivíduos, fazem-se discursos, uns levantam as mãos e outros não – eis o evento exterior.

Significado: foi votada uma lei, criou-se Direito. Nisto reside a distinção familiar aos juristas entre o processo legiferante e o seu produto, a lei.

No âmbito das categorias jurídicas fundamentais, pois, o grande jurista compartilha da mesma interpretação antes exposta segundo a qual “As explicações encontradas pelos membros das diversas sociedades humanas, portanto, são lógicas e encontram a sua coerência dentro do próprio sistema” (LARAIA, 2009, p. 91).

A juridicização implica, contudo, reconhecimento estatal de alguns valores em detrimento de outros. E diante da complexidade da realidade concreta e das experiências humanas no mundo, a linguagem, a razão, a lógica, entre outras coisas, possibilitam além do conhecimento, a construção do sentido. A intencionalidade da linguagem, a consciência e o mundo, relacionam-se, pois, na construção do sentido do existir, bem como no conhecimento das experiências.

Houvesse apenas um sentido e significado para as normas, e utilizassem os aplicadores exatamente os mesmos conceitos e interpretações, e se os fatos do mundo ocorressem com exata regularidade, poder-se-ia falar em sincronia jurídica. Comumente o direito é pensado numa perspectiva sincrônica. O direito é apresentado como modelo ideal. As condutas são analisadas a partir desse modelo. A partir das mesmas bases jurídicas os intérpretes construiriam exatamente as mesmas soluções para casos semelhantes. Todavia, há inúmeras variáveis que interferem na construção das soluções jurídicas.

A uniformidade que nos unifica na comunicação e nas crenças é a uniformidade de padrões que se sobrepõem a uma diversidade subjetiva caótica de conexões entre palavras e experiências. Uniformidade surge onde é relevante socialmente; logo, mais no caso de circunstâncias intersubjetivamente conspícuas de enunciação do que no caso daquelas privadamente conspícuas (QUINE, 2010, p. 29). Desse modo, da mesma forma que a gramática normativa em algum momento sofre algumas rupturas, também no direito ocorre tal fenômeno.

Tenta-se pensar o direito como um fato objetivo, como se os atores não interferissem na análise e aplicação, que seria também um resultado objetivo. Todavia, isso só existe no plano das ideias ou numa abordagem iluminista que creditou muita fé ao método científico. A coerência e consistência internas do discurso jurídico sofrem influências caso a caso e não se pode dizer que a objetividade jurídica reside na igualdade dos resultados na aplicação das leis.

A compreensão do que seja fenômeno, fundamental para a construção do sentido, em sua origem ensejou diferentes significados, sendo usado, sobretudo, por Kant, Hegel e Husserl e seus seguidores.

[...] Para Kant, o fenômeno é o objeto do nosso conhecer, um objeto que sendo síntese de um contributo subjetivo (as formas e as categorias) e de um objetivo (os estímulos produzidos pelas coisas sobre os nossos sentidos) é nitidamente diferente das coisas, que em si mesmas permanecem incognoscíveis (noumenon). Para Hegel, os fenômenos são as manifestações do Espírito na história. Para Husserl, fenômeno é o aparecer efetivo das coisas à nossa consciência; por esse motivo, para Husserl, estudar os fenômenos é estudar as próprias coisas na sua forma eidética, ou seja, nas formas que assumem na consciência (MONDIN, 1981, p. 368).

A partir dessas três formas fundamentais pelas quais se pode compreender o que seja fenômeno, elege-se a terceira forma, ou seja, a apresentada por Husserl, como fenomenologia. Para esse autor,

[...] é possível distinguir quatro componentes da unidade do conhecimento, a expressão verbal, o ato de significar, o de intuir e, finalmente o caráter de unidade abrangente do conhecer ou do preenchimento (2005, p. 53).

Na fenomenologia atua-se pelos postulados da *epoché*, redução eidética e redução transcendental. A *epoché* postula a colocação entre parênteses de todo conhecimento prévio em torno do fenômeno estudado. A redução eidética postula o estudo do objeto enquanto conhecido (idéia). A redução transcendental postula a recondução do fenômeno e da idéia à consciência, como fonte última de intencionalidade (MONDIN, 1981, p. 368). A intencionalidade é a propriedade do conhecimento que envia ou remete a algo distinto do conhecimento, ou seja, este não se encerra em si mesmo (MONDIN, 1981, p. 373).

Segundo Husserl (2005, p. 47), no âmbito dos estudos fenomenológicos “o mundo é o conjunto completo dos objetos da experiência possível e do conhecimento possível da experiência, dos objetos passíveis de ser conhecidos com base em experiências atuais do pensamento teórico correto” acrescentando-se a isso o fato

[...] se dissemos que “por sua essência própria” todo fato poderia ser diferente, com isso já exprimiríamos que faz parte do sentido de todo contingente ter justamente uma essência e, por conseguinte, um eidos a ser apreendido em sua pureza, e ele se encontra sob verdades de essência de diferentes níveis de generalidade” (ibidem).

Considerando que o espírito tem a capacidade de conhecer o ser do ente, no que concerne ao mundo cultural, agrega-se a capacidade criativa, inclusive de construir valores que sustentam práticas sociais forjando sistemas simbólicos. Assim, coexistem o mundo natural e o mundo espiritual com seus correspondentes fundamentos e discursos. Nessa teia, um mesmo objeto pode estar inserido em diferentes universos simbólicos. O machado e a foice são ferramentas de trabalho, mas desenhadas numa bandeira vermelha, adquirem um significado diferente. Uma pedra, um local, uma planta, uma imagem, a depender do universo semiótico, possuem diferentes significados.

Todo corpo físico pode ser percebido como símbolo: é o caso, por exemplo, da simbolização do princípio da inércia e de necessidade da natureza (determinismo) por um determinado objeto único. E toda imagem artístico-simbólica ocasionada por um objeto físico particular já é um produto ideológico. Converte-se, assim, em signo o objeto físico, o qual sem deixar de fazer parte da realidade material, passa a refletir e refratar, numa certa medida, uma outra realidade (BAKHTIN, 2009, p. 31).

A fenomenologia, pois, aplicada às ciências naturais ou espirituais, possibilita precisar conceitos, os quais considerados numa práxis gerativa formam os paradigmas mentais que serão utilizados futuramente em outras práticas e contextos. Note-se que a formação de conceitos a partir de experiências possibilita em momentos posteriores retomar os conceitos em experiências semelhantes.

Aplicando os três postulados aos fenômenos jurídicos, temos o seguinte: colocar fatos jurídicos entre parênteses; estudar fatos jurídicos enquanto idéias; os fatos jurídicos são reconduzidos à consciência, fonte última de intencionalidade.

O primeiro postulado da fenomenologia é colocar os fatos jurídicos entre parênteses (epoché). Para suspender juízos sobre fatos jurídicos é preciso primeiro desqualificá-los, reduzindo-os a só fatos empíricos, vez que a juridicização já implica atribuição de sentido e significado.

Quem observa fatos humanos, somente os compreende associando-os a algum significado social. É possível, todavia, ao menos como exercício especulativo, abstrair as explicações já existentes, atendo-se à observação. A partir daí, como se os fatos não tivessem, ainda, significação, passa-se a reconstruir a observação, a partir dos dados da percepção. A consciência confere sentido ao existir, havendo subordinação da essência à existência.

Abstraindo significados sociais, temos a emissão de sons, gestos, atos, contatos, pessoas se tocam, se afastam, coabitam, deslocam-se de uns lugares para outros etc. Associando-se aos fatos a significação, estes adquirem sentido.

Não há como recortar o indivíduo do mundo, isolá-lo para compreendê-lo. Somente se compreende seu agir a partir de sua experiência no mundo.

Ao visar um fato, o ser consciente e inteligente já possui capacidades de linguagem, de conceituar, de raciocinar, de conhecer etc.. Se não dispusesse dessas capacidades, então é de se supor que teriam de vir de algum lugar que não fosse a inteligência consciente. A fenomenologia resolve, em parte, a questão sujeito x objeto, ao abordar o fato consciente no processo de redução. A não ser que a própria consciência seja objeto de *epoché*, passa-se logo à experiência do ser consciente no mundo em relação ao ente.

Assim, o primeiro passo para analisar o mundo jurídico a partir dessa abordagem é colocar os fatos em suspensão, abstraindo-se qualquer conceituação ou qualificação.

O segundo postulado da fenomenologia é estudar os fatos jurídicos enquanto ideias – redução eidética. Enquanto ideias, os fatos nos chegam à consciência. Dá-se redução eidética quando os fatos, dados à consciência, adquirem sentido e significação. A essência fenomenológica dos fatos nos é apresentada como o resultado da experiência da consciência no mundo. E essa experiência possui objetividade ao relacionar consciência a algo fora da consciência. A essência da existência é-nos presente na consciência.

Reduzindo-se eideticamente os fatos jurídicos à perspectiva do observador, pode-se inferir que não se distinguem, enquanto fatos exteriores, das manifestações com outras significações. O que distingue o jurídico do não-jurídico é sua significação. É como as pessoas pensam os fatos a partir da perspectiva jurídica, ou seja, sendo um fato observável a partir de mais de uma perspectiva, a específica significação decorrerá da metalinguagem eleita.

A inteligência consciente, pois, no processo de redução eidética, considera a juridicidade de um fato a partir da significação jurídica. A essência do jurídico, está, pois, na significação jurídica.

Sendo assim, o fato, em si, não difere de qualquer outro fato. É-lhe indiferente, enquanto existência, o qualificativo jurídico. É na consciência que a

essência jurídica se faz presente enquanto significação, a partir de juízos éticos, estéticos, jurídicos etc.

E a significação jurídica é construída a partir da experiência humana no mundo. O que caracteriza a significação jurídica é a juridicização, em seus diversos matizes.

O padrão recorrente da experiência jurídica dá-se na afirmação de ser um dado fato correspondente a uma norma. Pontes de Miranda (1998, p. 21) trata de dois momentos do fenômeno: incidência e aplicação. A incidência colore o fato, fazendo-o jurídico. Nesse plano fala-se em existência. No campo da aplicação trata-se da eficácia jurídica, ou seja, dos efeitos jurídicos esperados ou aplicados. A aplicação pode dar-se pelas próprias pessoas que aceitaram a norma, auto-aplicação, ou por pessoas ou entidades diversas, hetero-aplicação. Assim, a intencionalidade jurídica concretiza-se no ato consciente de juridicizar os fatos pela incidência das normas. No âmbito legislativo, há redução quando da elaboração das leis, criando-se categorias jurídicas.

O terceiro postulado da fenomenologia é reconduzir os fatos à consciência e à intencionalidade - redução transcendental. Criados os sentidos e significados, estes servem de padrões conceituais com os quais a inteligência consciente se relaciona intencionalmente com o mundo.

A consciência inteligente confere sentido e significação aos fatos do mundo a partir da experiência. A unidade de sentido que se busca com a redução fenomenológica se apresenta a nós enquanto conceito estandardizado da experiência. A inteligência consciente, utilizando conceitos essenciais e categorias havidos da experiência, intencionalmente, atribui significado aos fatos do mundo.

No âmbito de incidência, há juridicização quando ocorre o fato empírico seguindo-se a incidência da norma. Quando não se aplicam os efeitos ou quando se obsta sua efetivação, dá-se aplicação coativa. Sob uma leitura dogmática e deontológica, ocorrido o fato e não ocorrendo seus efeitos, faz-se a redução transcendental da categoria jurídica ao fato no ato de aplicação.

2.3.8 A Hermenêutica e a Proteção do Direito à Vida

A vida é um direito humano e fundamental. É um estado biológico que serve de condição de possibilidade de outras manifestações corpóreas, mentais e espirituais. Para facilitar a compreensão seguem as classificações mais comuns.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (FERREIRA FILHO, 2009, p. 106-107) apresenta, entre outras, duas classificações muito importantes. A primeira leva em consideração as espécies de direitos sendo elas:

Direitos fundamentais:

1. Liberdades;
2. Direitos de crédito;
3. Direitos de situação; e
4. Direitos-garantia.

Noutro ponto, o autor apresenta uma classificação que leva em conta os titulares dos direitos, sendo eles:

Direitos fundamentais:

1. Individuais;
2. De grupos;
3. Coletivos;
4. Difusos;
5. Da humanidade.

Acrescentamos a essa classificação os direitos da humanidade, que Bonavides situa entre os direitos de terceira geração (BONAVIDES, 2008, p. 569). Direitos da humanidade são apresentados como direitos cujos objetos são bens, riquezas, culturas, patrimônios de valor histórico, artístico, paisagístico e cultural pertencentes à humanidade.

Outra classificação importante, mas que diz respeito a diferentes planos jurídicos é a seguinte:

Direitos fundamentais;

1. Direitos humanos;
2. Direitos humanitários;
3. Garantias.

Direitos fundamentais são positivados, e por isso consistem direitos subjetivos públicos, titularizados e reclamáveis perante o Estado. São indisponíveis e possuidores de algumas outras características. Direitos humanos são direitos considerados na órbita global, internacional. A diferença de classificação que se faz entre direitos humanos e direitos fundamentais decorre do fato de os primeiros serem não positivados nacionalmente, mas reconhecidos internacionalmente e os

segundos positivados. Estes não são confundidos com direitos naturais (do homem), segundo classificação de Tomás de Aquino que se opunha ao divino (COMPARATO, 2010, p. 32), sendo de caráter religioso. Por outro lado, preponderantemente na órbita das relações internacionais, aplica-se também o conceito de direitos humanitários.

Os direitos humanitários são apresentados normalmente com parcela dos direitos humanos abrangente das regras no âmbito dos direitos fundamentais que se relacionam a situações de emergência, englobando prisioneiros de guerras, feridos. Direito Internacional Humanitário (DIH) é um conjunto de direitos que limitam os meios de combate nos casos de conflitos armados e cuja finalidade é a proteção de indivíduos que se encontram em situação de risco em razão da violência da guerra. A implementação e eficácia desse regramento é realizada primordialmente pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), mas também dependem de outras organizações de caráter nacional ou internacional em devem ser respeitadas pelos Estados combatentes (RICOBOM, 2010, p. 241).

Garantias fundamentais são formas ou modos de buscar a efetividade dos direitos, ativa ou reativamente. Buscando superar a limitação dos direitos, que não são empiricamente auto-aplicáveis ou auto-executáveis, ou seja, sendo parcelas da realidade humana, precisam de alguém para aplicá-los, no tempo e no espaço. Por isso concebeu-se a ideia de garantias. São, as garantias, instrumentos institucionalizados de reclamação e concretização de direitos e instituições. Nas lições de Bonavides (2008, p. 529-559) as garantias de direitos diferem das garantias de instituições, por serem estas mais voltadas às questões de direito público.

Considerando, pois, a existência dos direitos e garantias e percebendo nos direitos humanos o escopo internacional de proteção de valores reconhecidos por diversos povos, calha apresentar algumas de suas características. São características dos direitos humanos: sua historicidade, universalidade, essencialidade, imprescritibilidade, impossibilidade de renúncia, irrevogabilidade, inalienabilidade, subjetividade, proteção contra retrocesso. Essa classificação é apresentada parcialmente por Lenza (2007, p. 696-697).

Os direitos de liberdade, de igualdade e fraternidade, considerando não se sucederem no tempo, devem ser tratados não como geracionais e sim como dimensões. Bonavides (2008, p. 571-572) esclarece que é preferível utilizar o termo dimensão, eliminando-se, com isso, o aspecto geracional dos direitos. No plano do direito internacional, por exemplo, não houve essa característica, tendo os direitos

trabalhistas, marcadamente sociais, vindo em primeiro lugar. Somente na década de sessenta vieram os direitos civis e políticos.

Direitos indispensáveis à preservação da essência humana e ao modo de vida humano são assegurados primariamente por nós mesmos, desde que disponhamos de meios. Secundariamente são concedidos pela família, pela sociedade e pelo Estado. Terciariamente os direitos são assegurados por organismos internacionais, subsidiariamente.

Diante de tais considerações, a vida é um direito humano e fundamental e conta com garantias no plano dos direitos e das instituições. Sendo a vida valor anteposto, deve ser tutelada contra atos tendentes à sua eliminação, por qualquer modo. Agressões diretas, agressões indiretas, submissão à fome, às doenças, às intempéries, fatos que podem provocar morte, devem ser impedidos e obstaculizados. Também devem ser impedidas tentativas institucionais que ofendam o núcleo ou essência desse direito, o que é tratado como garantia institucional.

Posto em confronto com outros valores, a vida às vezes é avaliada, havendo casos em que se deve julgar se sua supressão é legitimada ou não. Ponderam-se, por exemplo, a vida e a liberdade, com a urgência de providências.

Tem-se, pois, vida em sentido biológico, em sentido de dignidade, em sentido privado, em sentido religioso. Mas juridicamente, quando começa a vida? Da fecundação? Da concepção? Da nidação? Da primeira divisão celular?

O pacto de São José da Costa Rica, art. 4º considera o momento da concepção¹. Existem algumas situações relacionadas a costumes que podem auxiliar a busca de soluções. Certamente a vida não surge com o parto. Certamente a vida não surge com a fecundação porque a fecundação por si só não gera vida, sendo espermatozoide e óvulo vivos.

Por outro lado, dignidade é termo que se refere àquilo que é essencial ou fundamental, à existência. As explicações são identificadas com as perspectivas: objetiva, subjetiva e transcendental. “Trata-se, efetivamente, de três propriedades do valor, mas nenhuma delas esgota toda a sua realidade [...] o valor é a dignidade de uma coisa, não a verdade, não a bondade e nem a beleza” (MONDIN, 1981, p. 194). Da bipolaridade diz-se que o valor tem pólos subjetivo e objetivo sendo uma

¹ Promulgado pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. art. 4. Direito à Vida: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

correlação. A esse respeito, Mondin (1981, p. 195-197) esclarece o que o valor possui uma correlação:

correlação entre dignidade e estima, análoga à correlação entre verdade e conhecimento, entre bondade e desejo, entre beleza e admiração [...] O valor é um aspecto primário, fundamental, constante, perene do ser e dos entes. Mas o valor é objetivo não à maneira de uma coisa, de uma substância, e muito menos à maneira de uma ideia subsistente, mas à maneira de uma relação. E é objetivo porque o primeiro termo da relação axiológica é precisamente o ser. Mas o valor também é subjetivo porque o segundo termo da relação axiológica é o sujeito, ou seja, um ser inteligente [...] [capaz de acolher e reconhecer o valor. Por isso se diz que] as cores são objetivas, mas as pedras não as vêem.

E essa compreensão é necessária visto que durante a história, por diversas ocasiões, constatou-se que um grande violador dos direitos fundamentais era o próprio Estado que agia negando essa dignidade inerente aos humanos. Após a primeira guerra mundial e principalmente após a segunda guerra mundial, conceberam-se instituições internacionais que passaram a exercer o papel de Supra Poderes ou de mediadoras nos conflitos de toda ordem. No âmbito interno dos países, as diversas constituições albergaram os valores conquistados historicamente, entre os quais os direitos e garantias em suas diversas dimensões, ainda que em diferentes extensões.

E como adiante se verá, a vida, que é direito humano, fundamental, garantida nacional e internacionalmente, foi avaliada e relativizada em face de outros valores fundamentais. Com base nas premissas expostas, referentes à linguagem e à compreensão do mundo jurídico, poderemos perceber como se deu a construção da decisão e como os complexos semióticos contribuíram ou não para a ampliação do campo de diálogo no espaço político-jurídico.

A análise histórica do direito, numa perspectiva linguística, demonstrou que o neoconstitucionalismo traduz um novo modo de pensá-lo, diferente do estruturalismo elaborado por Kelsen (2009) em sua *Teoria Pura do Direito*.

Esse novo modelo jurídico, confere grande relevância à constituição, reconhece a influência de valores éticos no direito, resgata a história e a tradição, e contextualiza as pessoas na práxis discursiva, entre outras características referidas acima, diferentemente do que ocorre no estruturalismo que é marcado por sua objetividade abstrata.

Nesse novo panorama em que o enunciado é a base de investigação e o tema, formação discursiva, intertexto, interdiscurso, polifonia e dialogismo são as

categorias que tornam possível a análise dos aspectos referentes ao discurso e ao diálogo jurídicos, constatamos que o direito, enquanto prática simbólica, não prescinde do conhecimento de outros universos semióticos, sendo por eles influenciado.

Nossa hipótese de que o neoconstitucionalismo traduz uma mudança do estruturalismo para o dialogismo foi corroborada na abordagem histórica, conforme pudemos observar a partir da análise do neoconstitucionalismo, que reproduz no plano jurídico, características semelhantes às do dialogismo no plano da linguagem.

Adiante, em busca das características semelhantes que encontramos na associação feita entre o neoconstitucionalismo e o dialogismo, investigaremos a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn – 3510/DF, que é o primeiro caso em que se admitiu a atuação dos amigos da corte, numa causa em que se discutiu a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, impugnada pelo Ministério Público Federal pela via do controle concentrado abstrato de constitucionalidade. Em referida causa, esteve em discussão o conceito, talvez dos mais fundamentais, senão o mais, no direito, na política, na religião, entre outras áreas do saber, que é o de vida humana, o que supôs solução do problema a partir da amplitude do termo humano.

3 ANÁLISE CRÍTICA DA ADIN 3510/DF

Neste capítulo retomaremos os assuntos tratados nos capítulos 1 e 2 com prevalência da prática dialógica que supomos ser a marca característica do neoconstitucionalismo. E nossa análise se concentrará na ADIn 3510/DF, em que se julgou a constitucionalidade da Lei e Biossegurança (BRASIL, 2005).

O pedido judicial foi distribuído em 31 de maio de 2005 ao Ministro Carlos Britto. Durante o processamento da causa, pela primeira vez, pôs-se em prática a participação dos amigos da corte. Segundo consta no glossário jurídico do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2013), amigos da corte atuam por meio de intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade. Compreendem entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos, atuando apenas como interessados na causa.

Com isso, além dos atores tradicionais, Presidência da República, Advocacia Geral da União, Ministério Público Federal, órgãos legislativos, participaram pessoas com diversas formações. Como não havia previsão no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de regras dispendo sobre o andamento das audiências públicas, adotou-se o rito previsto no Regimento Interno da Câmara dos Deputados (COSTA, 2012, p. 84).

Assim, investigaremos se a inovação que ampliou o cenário de discussão mostra, do ponto de vista linguístico uma práxis dialógica, não estruturalista.

Para tanto, nos valeremos do trabalho elaborado por Murilo Teixeira Costa (2012), egresso do Curso de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, que em sua dissertação investigou a influência das manifestações proferidas por amigos da corte na formação da convicção dos juízes no espaço das audiências públicas, cujo estudo de caso foi justamente a ADIn 3510/DF.

Em sua investigação, Costa relacionou as instituições² e os profissionais que atuaram no processo, defendendo os pontos de vista favoráveis ou

² Conectas Direitos Humanos; Centro de Direitos Humanos – CDH; Movimento em Prol da Vida – MOVITAE; Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS; e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB.

desfavoráveis à tese apresentada pelo Ministério Público Federal, quando do processamento e julgamento da ação.³⁴

³ Bloco de expositores favoráveis ao art. 5º da Lei de Biossegurança: (i.1) Antonio Carlos Campos de Carvalho: Doutor em Ciências (Biofísica), Professor Titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Coordenador de Ensino e Pesquisa do Instituto Nacional de Cardiologia, e Coordenador do Estudo Multicêntrico de Terapia Celular em Cardiopatias; (i.2) Débora Diniz: Doutora em Antropologia pela Universidade de Brasília – UnB, Pós-Doutorados em bioética pela University of Leedes e pela UnB, fundadora do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS; (i.3) Julio Cesar Voltarelli: graduado em Medicina pela Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - FMRP-USP, Doutor em Clínica Médica pela FMRP- USP, Pós-Doutorados pela Universidade da Califórnia em San Francisco-USA, pelo Fred Hutchinson Cancer Research Center em Seattle-USA e pelo Scripps Research Institute em San Diego-USA, Professor Titular do Departamento de Clínica Médica da FMRP-USP, coordenador da Divisão de Imunologia Clínica, do Laboratório de Imunogenética (HLA) e da Unidade de Transplante de Medula Óssea do HC-FMRP-USP, Pesquisador do Centro de Terapia Celular - CEPID-FAPESP, e do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia em Células Tronco e Terapia Celular (CNPq), sediado no Centro Regional de Hemoterapia do HC-FMRP-USP; (i.4) Lucia Willadino Braga: neurocientista, PhD em Psicologia pela Universidade de Brasília, Doutora Honoris Causa da Universidade de Reims, França, presidente e diretora executiva da Rede Sarah de Hospitais Neuroreabilitação; (i.5) Luiz Eugênio Araújo de Moraes Mello: Doutor em Biologia Molecular, Livre-Docente em Fisiologia, Professor Titular de Fisiologia da Universidade Federal de São Paulo - UNIFESP, Pró-Reitor de Graduação da UNIFESP; (i.6) Lygia V. Pereira: Ph.D., Professora Associada do Departamento de Genética e Biologia Evolutiva do Instituto de Biociências da Universidade de São Paulo – USP; (i.7) Mayana Zatz: Professora Titular de Genética da USP, Diretora do Centro de Estudos do Genoma Humano, Pró-Reitora de Pesquisas da USP; (i.8) Patrícia Helena Lucas Pranke: Doutora em Genética e Biologia Molecular pela Universidade Federal Rio Grande Sul e no Laboratório de Células-tronco do New York Blood Center, Estados Unidos, Pós-Doutorados na Philipps-Universität Marburg, Alemanha, na área de uso de técnicas de nanotecnologia para a engenharia de tecidos através do cultivo de células-tronco em moldes de nanofibras para a reconstituição de órgãos e tecidos (2008 e 2010), Professora Associada I e chefe da disciplina de Hematologia e do Laboratório de Hematologia e Células-tronco da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Associada, fundadora e ex-presidente do Instituto de Pesquisa com Células-tronco do Rio Grande do Sul; (i.9) Ricardo Ribeiro dos Santos: Professor Titular da Faculdade de Medicina da USP e Pesquisador Titular da FIOCRUZ/BA; (i.10) Rosalia Mendes Otero: PhD pela Yale University, Visiting Schoolar da CAPES (Brasil), Professora Titular de Biofísica e Fisiologia da UFRJ, Coordenadora do Programa de Terapias Celulares da UFRJ, Membro Titular da Academia Brasileira de Ciências; (i.11) Stevens Rehen: PhD, Professor da UFRJ, pesquisador do Scripps Research Instituto (Califórnia - USA), Presidente da Sociedade Brasileira de Neurociências e Comportamento.

⁴ Bloco de expositores contrários ao art. 5º da Lei de Biossegurança: (i.1) Alice Teixeira Ferreira: Professora Doutora Associada da UNIFESP, Coordenadora do Núcleo Interdisciplinar de Bioética da UNIFESP; (i.2) Antonio José Eça: Diretor de Recursos Humanos do CAS – Células-Tronco Centro de Atualização, Médico psiquiatra forense; (i.3) Cláudia Batista: Professora da UFRJ, pesquisadora, PhD em neurociências; (i.4) Dalton Luiz de Paula Ramos: Doutor e Livre Docente em Deontologia pela Faculdade de Odontologia da USP, Professor Titular da USP, lecionando Bioética, membro da Pontifícia Academia Pro Vita do Vaticano, membro da Comissão de Bioética da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB -, e da Equipe do Setor Vida da Conferência Episcopal Latino Americana – CELAM; (i.5) Elizabeth Kipman Cerqueira: Médica ginecologista, Coordenadora do Centro de Bioética do Hospital São Francisco de Jacareí (SP); (i.6) Herbert Praxedes, Professor Titular (Emérito) da Faculdade de Medicina da Universidade Federal Fluminense; (i.7) Lenise Aparecida Martins: Professora Adjunta do Departamento de Biologia Celular da UnB; (i.8) Lilian Piñero Eça: Pesquisadora em Biologia Molecular (células-tronco: atualização em saúde – CAS), integrante do Instituto de Pesquisa com Células-Tronco – IPCTRON; (i.9) Marcelo Paulo Vaccari Mazzetti: Vice-Presidente do Instituto de Pesquisa de Células-Tronco, médico cirurgião; (i.10) Rodolfo Acatauassú Nunes: Professor Adjunto do Departamento de Cirurgia Geral da Faculdade de Ciências Médicas da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, Mestre e Doutor pela UFRJ e Livre-Docente pela UFRJ; (i.11) Rogério Pazetti: Doutor em Ciências pela Faculdade de Medicina da USP.

A marca das disputas no campo jurídico é a dialética, que pode dar-se em diversos campos. O que antes era pré-jurídico, pois se supunha que os conceitos e definições jurídicos já eram suficientes para tornar possíveis as soluções, passa a ser objeto da análise do próprio discurso.

Anteriormente, como é próprio do discurso neopositivista, cabia aos intérpretes analisar os fatos, compreendê-los e buscar nas categorias e conceitos jurídicos os mais adequados. As categorias já estavam prontas. Não se problematizava as categorias e conceitos. Quando muito, havia alguma discussão para preencher dúvidas ou conceituações imprecisas, o que ocorreu, por exemplo, quando se foi preciso definir o momento do nascimento, por que tal situação repercutia na esfera do direito das sucessões, pois se sabe que se há nascimento com vida, há sucessão, o que não ocorre em caso contrário.

Na contemporaneidade, somos fortemente influenciados por conceitos como os de globalização, pós-colonialismo, pós-modernidade, que atuam como metadisursos para explicar fenômenos que ocorrem em escala global.

O neoconstitucionalismo, também engendrado no bojo das discussões que sucedem a primeira metade do século XX, é uma tentativa de conferir ao modelo jurídico Constitucional Democrático de Direito a primazia entre as teorias jurídicas. Primazia no sentido de se pensar e organizar o direito a partir de seus postulados.

Dentro desse contexto, o julgamento da ADIn 3510/DF, assim como outras ações em que foram ampliados os debates por meio de audiências públicas, em questões que envolveram problemas de hermenêutica constitucional relacionados a aspectos morais relevantes, polissemia e colisão de regras, mostram que o campo das discussões nas causas constitucionais tem por escopo consolidar posicionamentos em situações que admitem mais e uma decisão possível.

Nesse sentido, os *hard cases*, numa perspectiva de formações discursivas envolvendo intertextos, interdiscursos, dialogicidade, polifonia e monofonia, possibilitam compreender que o direito e o discurso jurídico, em seu limite, seja no momento da elaboração de normas, seja no momento de resolver casos difíceis, são práticas sociais que elegem valores hegemônicos tentando conferir aos mesmos uma aura de naturalidade.

Valores como o republicanismo, a democracia, o liberalismo social, direitos fundamentais, direitos humanos etc., são apresentados em discursos

elaborados com o propósito de legitimá-los e de fazer com que toda e qualquer tentativa de negá-los ou subvertê-los seja prontamente combatida ou repudiada. Mas como muitos desses conceitos são vagos, abertos, e como muitas das causas que envolvem tais conceitos são causas em que os interesses contrapostos são igualmente relevantes, ainda que possam existir discursos concorrentes, no momento em que um tribunal decide a causa, adota um dos discursos como prevalente. Significa dizer que apesar das discussões jurídicas serem travadas num campo dialético em que as regras da lógica clássica são insuficientes, em que é possível, sem que ocorra explosão ou trivialização, mais de uma solução, a decisão transforma a polifonia em monofonia, não por serem silenciadas as vozes discordantes, e sim por que referidas vozes não poderão ser convertidas em atos, devendo-se manter apenas no plano discursivo, sem concreção no plano pragmático.

Ainda que ocorra mutação posterior, o que vai depender possivelmente de mudanças na realidade sociocultural, enquanto esta não advier, prevalecerá a hegemonia alicerçada na monofonia que se materializa no ato decisório, que é o máximo de estabilidade possível no discurso jurídico. Essa monofonia concretiza a prevalência de valores ou ideologias no campo em que existe a tensão e o conflito.

3.1 ANÁLISE NO CASO DO CONCEITO DE EMBRIÕES INVIÁVEIS

3.1.1 A Linguagem Objeto

A linguagem objeto de investigação emerge de duas leis. A primeira é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde se lê ser a vida um direito fundamental:

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (BRASIL, 1988);

A segunda, chamada Lei de Biossegurança, é a Lei Federal nº 11.105, de 24 de março de 2005, em especial do art. 5º, onde se lê que:

É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por *fertilização in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento (BRASIL, 2005).

Referida lei foi submetida à crítica jurídica na ADIn 3510/DF em que se julgou a constitucionalidade de referido enunciado. O Ministro Gilmar Mendes, por ocasião do encerramento do julgamento lembrou que o seguinte:

Tivemos algumas perplexidades, inclusive, já na proclamação ontem, por conta dessa dificuldade, agora apontada pelo Ministro Celso de Mello, quanto ao próprio conceito de declaração parcial sem redução de texto ou interpretação conforme. Eu tenho procurado fazer um “distinguishing” entre as duas categorias, dizendo que, quando há declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, nós eliminamos um sentido normativo ou uma aplicação. Em geral, nesses casos, nós também nos filiamos à corrente daqueles que julgam improcedente um dado sentido, mas isso não está claro (BRASIL, 2008, p. 657).

Percebe-se, pelo relato do Ministro Gilmar Mendes, que mesmo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ainda estão em formação técnicas de julgamento no plano objetivo. No âmbito da discussão, vieram à tona questões extrajurídicas, tais como argumentos religiosos e científicos, pelos quais se buscava justificar a permissão ou proibição de pesquisa ou terapia mediante utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*.

E no cenário jurídico também foram discutidos institutos constitucionais inerentes às práticas de interpretar e julgar tais como a abrangência da decisão e qual o efeito específico da decisão sobre o ordenamento jurídico.

3.1.2 O Objeto do Litígio

O Ministério Público Federal ajuizou pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 5º e parágrafos, da Lei de Biossegurança, alegando ofensa à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por violação do direito à vida e ao próprio valor da dignidade humana.

Tratando-se de ação objetiva, em que se discute não um interesse particular, mas a própria subsistência jurídica da lei quando comparada com a

Constituição, a causa foi ajuizada diretamente no Supremo Tribunal Federal para processamento no controle concentrado abstrato.

Para resolver o problema, que é conceitual, podem-se adotar diversos métodos e técnicas, aplicáveis quando da análise da compatibilidade da lei em cotejo com o texto constitucional. Entre os princípios instrumentais de construção da solução relacionam-se a supremacia da Constituição, a presunção de constitucionalidade de leis e atos normativos, a interpretação conforme a Constituição, o princípio da unidade da Constituição, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o princípio da efetividade. E os novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional envolvem conceitos jurídicos indeterminados, a normatividade dos princípios, a colisão de normas constitucionais, a técnica de ponderação e a argumentação jurídica (BARROSO, 2010).

3.1.3 Atores, Argumentos e Teses Apresentados

Como o objeto da causa era avaliação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei de biossegurança, mas envolvia uma dimensão religiosa, metafísica e científica, admitiu-se a participação de amigos da corte de diversas formações e vocações, além das manifestações do Ministério Público Federal e da Presidência da República.

E para iniciar a causa, o Procurador-Geral da República apresentou pedido impugnando a Lei de Biossegurança, destacando entre outros, os seguintes argumentos:

[...] a Lei de Biossegurança [...] contraria a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir o fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica sua preservação na preservação da dignidade da pessoa humana. Corroborando esta tese, sustentou que: a vida humana acontece na, e a partir da fecundação, desenvolvendo-se continuamente; o zigoto, constituído por uma única célula, é um ser humano embrionário; é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe propiciando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento; a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias.

Em contraposição, o Presidente da República e o Congresso Nacional, em suas informações, defenderam a constitucionalidade do dispositivo legal questionado, sob a premissa de que a permissão para utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia, consubstancia-se em valores amparados constitucionalmente pelo direito à saúde e pelo direito de livre expressão da atividade científica.

[...]

No dia 20 de abril de 2007, o Supremo Tribunal Federal realizou pela primeira vez uma audiência pública no âmbito de um processo de controle abstrato de constitucionalidade. Nesta oportunidade, foram ouvidos 22 (vinte e dois) especialistas indicados pelo requerente, pelos requeridos e pelas entidades admitidas como *amicus curiae*. Os especialistas foram agrupados em dois blocos de opinião: um, a favor do art. 5º da Lei de Biossegurança, e, outro, contrário ao dispositivo legal (COSTA, 2012, p. 82-83).

A audiência pública, que inaugurou essa nova dinâmica no Supremo Tribunal Federal, ampliou a discussão para abarcar expressões variadas e fundadas em diferentes bases.

3.1.3.1 Argumentos a favor da constitucionalidade

A constitucionalidade ou não de uma lei vai depender da interpretação construída e situada histórica e espacialmente. Os argumentos favoráveis à constitucionalidade foram sintetizados por Costa (2012, p. 86) nos seguintes termos:

Os argumentos expostos pelos especialistas, em sessão pública, a favor do art. 5º da Lei de Biossegurança podem ser assim sintetizados: (i) as células-tronco embrionárias apresentam qualidades superiores às das células-tronco adultas, por terem maior plasticidade ou versatilidade para se transformarem em todos ou quase todos os tecidos humanos, substituindo-os ou regenerando-os nos respectivos órgãos e sistemas; (ii) o embrião humano produzido por fertilização *in vitro* não é igual ao embrião que evolui naturalmente no útero materno, pois a falta, justamente, deste abrigo ou ambiente uterino lhe retira a principal condição para se tornar uma nova individualidade antropomórfica, em todos os seus desdobramentos.

3.1.3.2 Argumentos contra a constitucionalidade

Os argumentos contrários à constitucionalidade da lei objeto da impugnação, também sintetizados por Costa (2012, p. 87-88) foram os seguintes:

Por sua vez, os especialistas com opinião contrária ao art. 5º da Lei de Biossegurança fundamentaram tal posicionamento argumentando, basicamente, que: (i) as células-tronco embrionárias, ao menos para fins de terapia humana, não possuem qualidades superiores às das células-tronco adultas; (ii) o embrião humano produzido por fertilização *in vitro* merece a mesma proteção que é dada ao embrião que evolui naturalmente no útero materno, porque deve ser visto como uma pessoa humana já existente, um ser humano embrionário, razão pela qual a retirada das células-tronco de um embrião *in vitro* destrói a unidade, o personalizado conjunto celular em que ele consiste, o que já corresponde à prática de um mal disfarçado aborto, ou seja, a pessoa humana já existe no próprio instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide, pouco importando o processo em que tal concepção ocorra, se artificial ou *in vitro*, se natural ou *in vivo*.

3.1.4 Os Valores Ideológicos em Conflito

Partindo dos conceitos de Aparelhos Ideológicos do Estado envolvendo as instituições religiosas, familiar, jurídica, política, sindical, de informação e cultural, (ALTHUSSER, p. 68-69), e do conceito de princípio jurídico constitucional, os valores em conflito encontram-se no próprio texto constitucional, abrangendo também os sistemas semióticos imbricados. E a discussão envolvendo o conflito pode ser constatada a partir da leitura dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos argumentos apresentados pelos amigos da corte, dos argumentos apresentados pelos sujeitos envolvidos no processo, enfim, todos que atuaram até o proferimento da decisão final.

Os valores ideológicos apresentados nos argumentos referem-se a fundamentos metafísicos e empíricos, com perspectivas de diversos domínios, mas em todos os casos, o que está em discussão é o próprio conceito de ser humano e sua amplitude, sendo a palavra “[...] um local de conflito entre valores contraditórios e os conflitos da língua refletem os conflitos de classe no emaranhado social” (NETO ROCHA, 2012).

3.1.5 A Ponderação dos Valores em Conflito

Diante do conflito entre valores de diversas ordens, a partir da linguagem objeto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da Lei de Biossegurança, transcende-se para a metalinguagem, que certamente problematiza fundamentos dessas diversas ordens, o que exige elevação a um nível metalinguístico para a metalinguagem, possibilitando identificar que valores prevaleceram na disputa.

Diante da insuficiência da linguagem jurídica para resolver o problema, e diante da ausência de resolução na linguagem objeto, a discussão passou a ser travada no âmbito das ideologias, já que como afirmado pelo Dr. Steven Rehen “É uma questão [...] insolúvel, porque depende muito do momento histórico que a sociedade atravessa; depende da formação cultural, da formação religiosa da pessoa à qual é feita essa pergunta” (apud COSTA, 2012, p. 87).

O Ministro Menezes Direito, no voto vista que abriu a divergência, salientou que

[...] o embrião não é ente que se transmuda para além de sua essência. É o próprio ser em potência e, sobretudo, em essência, em ininterrupta atualização que em seus primeiros estágios e, mesmo em cultura, é representada por suas sucessivas divisões [...] o método de extração de células-tronco embrionárias que acarrete a sua destruição violará, na minha compreensão, o direito à vida de que cuida o caput do art. 5º da Constituição da República. No ponto exato em que o autoriza, a lei é inconstitucional. (BRASIL, 2008, p. 271-284).

A partir dessa premissa, chegou à conclusão de que a Lei de Biossegurança deveria ser julgada inconstitucional, sem redução de texto, para que somente embriões inviáveis, insubsistentes por si mesmos, pudessem ser utilizados em pesquisas científicas.

Ainda assim, tratando-se de um problema jurídico ou político, não é dado ao Poder Judiciário deixar de julgar a questão. E ao fazê-lo, juridiciza a questão tendendo para uma ou outra ideologia.

Para fazê-lo, a corte ponderou analisando os valores em conflito, e em alguma medida, ao menos no caso julgado, um valor prevaleceu sobre o outro. Entre permitir ou não permitir para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, observadas algumas condições, fez-se um juízo motivado por diversos argumentos. Ao final decidiu-se.

O Supremo Tribunal Federal ao decidir a questão, ponderou entre os valores vida, saúde, desenvolvimento científico e felicidade.

3.1.6 A Decisão do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o art. 5º da Lei de Biossegurança, permitindo para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, observadas algumas condições.

Na ementa do julgamento, consta o seguinte:

II - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à

propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição (BRASIL, 2008, p. 136-137).

A decisão que ao final prevaleceu, diferentemente das posições divergentes vencidas, teve por foco de discussão as diferentes etapas de desenvolvimento do ser humano. No voto do relator, Ministro Aires Brito, o que também restou consignado na ementa, "[...] o embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição" (BRASIL, 2008, p. 137).

A exclusão do escopo de proteção deu-se a partir da classificação biológica dos seres humanos em suas diversas etapas e desenvolvimento, desde a fecundação até a velhice.

Os votos vencidos enfrentaram a questão sobre o valor da vida, e condicionaram toda pesquisa à utilização de embriões em situações que não levassem à morte ou destruição daqueles que fossem viáveis. De fato, os votos vencidos protegiam o embrião enquanto ser vivente.

3.1.7 A Prevalência do Utilitarismo

Prevaleceu o utilitarismo, visto que sem adentrar no valor da vida, ou ao fazê-lo indiretamente, afirmou-se que o embrião não goza da mesma proteção da vida conferida ao ente em outros estágios de desenvolvimento. Os valores usados na ponderação foram a ciência, a saúde de pessoas enfermas, e a felicidade.

Assim, ao invés de potencializar o valor vida nos seres humanos em fase embrionária, achou-se por bem excluir do espectro de proteção constitucional, no sentido de proteção conferida às pessoas, os embriões resultantes de fecundação *in*

vitro. Aliás, chegou-se mesmo a afirmar que o ser humano goza de diferentes níveis de proteção em cada fase de seu desenvolvimento, o que foi suficiente para justificar a morte de embriões em favor de valores outros, considerados mais relevantes, no caso em apreço.

3.1.8 A Metalinguagem Utilizada no Processamento e Julgamento

No período em que nos encontramos, podemos afirmar que prevaleceu a leitura neoconstitucionalista do direito. A metalinguagem do neoconstitucionalismo pode utilizar os mesmos enunciados de leis vigentes no período do constitucionalismo, do positivismo ou do neopositivismo, mas por força do novo arranjo constitucional e da nova hermenêutica que erige a lei constitucional a sobrenorma axiológica cogente, soluções contrárias ou contraditórias poderiam ser alcançadas.

No caso do processamento e julgamento da ADIn 3510/DF, toda a discussão girou em torno do dimensionamento de conceitos emergentes das leis. Tratando-se de discussão que envolveu conceito fundamental da própria condição humana no mundo, foi necessário transcender e ampliar a discussão para abranger questões que conceitos jurídicos mostraram-se insuficientes para resolver.

Com isso, a linguagem objeto e a metalinguagem foram levadas a seu limite, sendo problematizadas além das balizas jurídicas, para então terem-se juridicizado na solução do caso com incorporação de conceitos e aspectos não jurídicos.

Não foi apenas uma a linguagem utilizada na decodificação do problema jurídico. A ampliação do escopo da discussão levou o debate para campos extrajurídicos, abrangendo aspectos dos universos biológico, religioso, ético etc..

3.1.9 Os Conceitos de Embrião, de Ser Humano e de Pessoa

O ponto central da discussão, referente ao conceito de embrião que permeou o voto condutor, não problematizou a vida enquanto aspecto biológico, condição para o atingimento das demais etapas do desenvolvimento. Problematizou-se sim a distinção que se faz entre embrião, feto e pessoa. Mas essa discussão, lembrando a divergência havida entre Parmênides e Heráclito, remete a outra discussão sobre a natureza das coisas nas perspectivas estática e dinâmica.

Para o Ministro Marco Aurélio, definir se embrião e pessoa são a mesma coisa, equivalentes ou diferentes é questão que não foge à perspectiva opinativa. Ele, assim se manifestou:

Devem-se colocar em segundo plano paixões de toda ordem, de maneira a buscar a prevalência dos princípios constitucionais. Opiniões estranhas ao Direito por si sós não podem prevalecer, pouco importando o apego a elas por aqueles que as veiculam. O contexto apreciado há de ser técnico-jurídico, valendo notar que a declaração de inconstitucionalidade pressupõe sempre conflito flagrante da norma com o Diploma Maior, sob pena de relativizar-se o campo de disponibilidade, sob o ângulo da conveniência, do legislador eleito pelo povo e que em nome deste exerce o poder legiferante [...] No tocante ao início da vida, não existe balizamento que escape da perspectiva simplesmente opinativa. É possível adotar vários enfoques, a saber: a) o da concepção; b) o da ligação do feto à parede do útero; c) o da formação das características individuais do feto; d) o da percepção pela mãe dos primeiros movimentos; e) o da viabilidade em termos de persistência da gravidez; f) o do nascimento” (BRASIL, 2008, p. 540).

Observe-se que o Ministro foi bastante claro em sua manifestação ao inserir no bojo do dialogismo, no campo da linguagem, a construção dos conceitos sobre o início da vida o que se estende para o dimensionamento da proteção jurídica necessária a cada fase ou momento da vida.

Ser humano, pessoa, feto, embrião, são palavras que significam, a depender do contexto, a mesma coisa ou coisas completamente diferentes, sendo tal aspecto importante para compreensão do problema. Todavia, a linguagem objeto, em todos esses casos refere-se ao mesmo ente, componentes do mesmo gênero, da família humana. E foi justamente essa a abordagem do voto vencido, lavrado pelo Ministro Menezes Direito (BRASIL, 2008, p. 210-306). Em uma longa exposição das razões pelas quais decidia pela inconstitucionalidade sem redução de texto, o Ministro explicou que não poderia admitir a constitucionalidade de uma lei que autorizasse a morte de embriões, por serem portadores da mesma dignidade que o humano em outras fases de desenvolvimento.

Diferentemente, no voto vencedor lavrado pelo Ministro Ayres Brito (BRASIL, 2008, p. 142-207) a discussão não envolveu a humanidade do embrião porque o relator adotou uma classificação biográfica do ente a partir da fecundação até à aquisição da personalidade jurídica com o nascimento, ou seja, reconheceu que o embrião não é pessoa no sentido constitucionalmente previsto.

Diante da possibilidade de tratamento diferenciado, cada palavra carrega consigo diferentes significados, fato que repercute no nível de interesse, preocupação ou valoração conferida pelo Estado no âmbito do espaço público

político. Também o tratamento que se confere ao ente a depender do sentido do ser no âmbito das relações comunitárias, difere, por serem diferentes as expressões e enunciados, visto que fundados em diferentes bases.

O texto da Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, não dimensiona o que sejam pessoas. Protege a vida. E não dimensiona o nível de proteção da vida, tarefa que, como visto no julgamento, ficou a cargo dos membros do Supremo Tribunal Federal, na interpretação das leis vigentes, ou dos membros do Congresso Nacional quando da elaboração de leis.

O enunciado todas as pessoas tem direito à vida retoma o contido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 3º, é semelhante ao previsto na Lei Fundamental de Bonn, art. 2º, 2, e, pode-se dizer que retoma a ideia contida em Deuteronômio 5: 13. Os enunciados “toda pessoa tem direito à vida”, “é proibida a pena de morte”, “garante-se a inviolabilidade do direito à vida”, “não matarás”, “praticar aborto”, são expressões que talvez não se equivalham logicamente, mas que tutelam o mesmo valor. O sentido é o mesmo, de proteção à vida.

Na Carta Encíclica *Evangelium Vitae* (PAULO II, 2012) o Sumo Pontífice relembra o valor da vida desde os primórdios, resgatando o sentido de proteção aos valores biológico e espiritual, condições para todos os demais valores. Nesse documento abominam-se todos os tipos de morte, seja em que estágio se encontrar o humano vivente.

Os argumentos apresentados pelos especialistas que atuaram nas audiências públicas oscilaram entre reconhecer no embrião *in vitro* as mesmas qualidades e atributos de qualquer humano vivente e negá-los pelo fato de que no embrião ainda não há sistema nervoso ou outros argumentos de cunho biológico. Cabe destacar, porém, que numa concepção hermenêutico ontológica, embriões não expressam sua própria condição, cabendo aos humanos já nascidos julgar que destino devem ter aqueles que estão em tanques de resfriamento ou em tubos de ensaio. Essa práxis hermenêutica, em que pessoas nascidas, conscientes e inteligentes julgam o valor de embriões, parece não materializar a alteridade, ou seja, uma interpretação do mundo numa perspectiva a partir do valor do outro que não é capaz de se expressar, que não tem voz.

3.1.10 A Crise da Ontologia da Vida

A partir das três categorias fundamentais da ontologia, o ser real, o ser ideal e o ser valor, percebe-se que ao se extrair do ser o seu valor, ou substituindo-se um valor por outro, viabiliza-se a sua utilização, por exemplo, como produto, por mais nobre que seja o ente. Mas o ente que porta o valor humano, no caso, é o próprio ser humano, em diferentes níveis de desenvolvimento. E a saída encontrada, de relativizar o valor, não implica dizer que o mesmo não se encontre lá no ente.

Todo objeto possui três aspectos ou elementos: o ser assim (*essentia*), o ser aí (*existentia*) e o ter-valor. Correspondentemente, podemos falar numa *intuição do ser assim, do ser aí e do valor*. A primeira coincide com a intuição racional, a segunda com a volitiva, a terceira com a emocional (HESSEN, 2012, p. 99).

Numa perspectiva ontológico-hermenêutica não é possível negar ao embrião, onde quer que se encontre, o valor de ser vivente. E afirmar que o ser vivente é não-humano ou não-pessoa não é o mesmo que afirmar não ser merecedor do valor da vida.

Ao se afirmar que o embrião é não-humano, ou não-pessoa, cria-se uma curiosa percepção dos fatos. É um humano que não é, ou uma pessoa que não é, ou um *homo sapiens* que não é, a depender do universo do discurso, o que é algo muito problemático, principalmente diante do fato de não existirem enunciados jurídicos na órbita constitucional relativizando o valor da vida, sendo este um direito fundamental que deve ser garantido pelo Estado.

Na perspectiva ontológico-hermenêutica, em que o *Dasein* proporciona o sentido do ser no mundo, é preciso indagar qual o valor da vida, já que somos seres situados historicamente e limitados biológica e espacialmente. Quando indagados sobre isso no curso do processo, os diversos atores manifestaram-se sobre o valor da vida e sobre a matabilidade ou não dos seres viventes.

Induvidoso concluir que a solução encontrada no julgamento da ADIn 3510/DF tendeu à concepção de relativização do valor da vida em detrimento de outros valores julgados merecedores de maior crédito. E ao tender para esses valores, deixou-se de reconhecer que o ente, que porta todas as características e valores é o mesmo, ainda que em diferentes estágios de desenvolvimento. É uma implicação lógica, ainda que não se trate só de uma questão lógica.

A metalinguagem utilizada para solucionar o problema, ponderando entre os valores da vida, do desenvolvimento científico, da felicidade e da saúde criou uma solução utilitarista, desontologizando o valor da vida nos seres vivos nos primeiros estágios de existência.

Com isso, a vida, que até então era pensada como atributo do ser humano considerado em sua natureza, em qualquer estágio do desenvolvimento, direito humano fundamental dotado de valor universal e inerência, passou a ser relativizada em favor de outros valores, numa prática de cotejo.

Sendo assim, realizar experimentos com embriões *in vitro* não caracteriza abortamento, homicídio, ou qualquer outra prática ilícita, excetuadas algumas violações contidas na própria lei de biossegurança.

3.2 CATEGORIAS LINGUÍSTICAS APLICADAS NA ADIn 3510/DF

3.2.1 Formação Discursiva

A formação discursiva do julgamento da ADIn 3510/DF abrange as diversas ideologias que se envolveram na discussão sobre o valor da vida dos embriões. E por que eram várias as partes, e atores envolvidos, diversas foram as abordagens. Quem utilizou um código ou gramática religioso pautou-se por referido código. O mesmo se deu por quem se pautou por um código ou gramática biológico. Para cada uma das manifestações e para cada uma das enunciações, referiam-se ao mesmo ente.

[...] as palavras, expressões, proposições etc., mudam de sentido segundo as posições sustentadas por aqueles que as empregam, o que quer dizer que ela adquirem seu sentido em referência a essas posições, isto é, em referência à formações ideológicas nas quais essas posições se inscrevem. Chamaremos, então, formação discursiva, aquilo que, numa formação ideológica dada, isto é, a partir de uma posição dada numa conjuntura dada, determinada pelo estado da luta de classes, determina o que pode e deve ser dito (PÉCHEUX, 2009, p. 146-147).

Na luta travada por ocasião da audiência pública, os diversos representantes das diferentes categorias, religiosas, biológicas, médicas etc., apresentaram seus discursos carregados de ideologias por que sustentados em diferentes bases.

Insta salientar, porém, que a causa foi julgada num Tribunal, instituição do Estado, numa ação de controle concentrado abstrato de constitucionalidade, tendo-se realizado audiências públicas com participação de amigos da corte.

Nesse espaço jurídico, os amigos da corte apresentaram seus argumentos, os quais foram analisados e, ao final, apreciados pelos membros do Tribunal, que proferiram uma decisão julgando a constitucionalidade da lei.

Nesse espaço, o discurso jurídico teve prevalência até o limite em que as fórmulas jurídicas mostram-se insuficientes. Majorada a discussão para abarcar atores de outras áreas do saber, ampliou-se o escopo de discussão, com a inserção de elementos biológicos, médicos, éticos, religiosos. Ao final, todavia, foram juristas que julgaram a causa. Em que pese o espaço da discussão ter-se ampliado, ao final, a questão se juridicizou.

Desse modo, a estrutura, os elementos, os atores, enunciados e espaço em que se deu a formação discursiva de uma causa constitucional, submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, garantiram ao final, por mais ampla que tenha sido a discussão, sua redução a uma discussão jurídica.

Ainda que se afirme a amplitude abrangente da moral, da filosofia, da ética, e de outras áreas do saber, o espaço de discussão foi um espaço jurídico estatal em que a forma e conteúdo jurídicos prevaleceram. Os julgadores, aqueles que ao final proferiam a decisão, foram os Ministros, ainda que possam ter se auxiliado de algum argumento de algum outro ator.

O discurso foi construído tendo por ator proeminente o Tribunal, que admitiu a participação de amigos da corte, mas impôs as condições das enunciações, ou seja, a corte se situava assimetricamente em relação aos demais atores. Além disso, os atores foram agrupados, segundo os argumentos que defendiam. Antes disso houve um procedimento prévio de admissão desses atores, tendo a atuação do relator da causa sido fundamental, já que selecionou aqueles que lhe pareceram mais relevantes a participar. Depois disso houve o estabelecimento de uma ordem de apresentações. Desse modo o Tribunal estruturou o palco e organizou os atores para apresentarem seus argumentos e teorias de tal modo que ao final, os juristas avaliariam os enunciados dos biólogos, religiosos, cientistas etc. construindo sua própria concepção sobre o objeto da causa.

3.2.2 Monofonia, Intertexto, Interdiscurso e Dialogismo na Práxis Hermenêutico Constitucional

Inicialmente pode-se intuir que havia várias ideologias em confronto, afinal, era um espaço em que diversos complexos semióticos atuaram. Havia multiplicidade. Porém, tratava-se de um espaço no qual ao final se elegeria uma ideologia para a causa. E essa eleição se dá num plano que não se limita à compreensão, pois a esta se agrega a autoridade da decisão. No palco que antecedeu ao julgamento pode-se pensar que houve polifonia, já que atuaram diversos atores, porém, numa análise mais detida percebe-se que houve domínio do discurso jurídico sobre os demais.

Como dito outrora, se o dialogismo é constitutivo da linguagem, a polifonia marca a copresença de vozes polêmicas em um discurso sendo uma análise do enunciado. Na monofonia há um discurso prevalente que domina os demais.

Assim, a não ser que se pense o direito meramente como forma, o que não é o caso, percebe-se que a participação dos demais atores pode ter exercido grande ou nenhuma influência na formação da convicção dos Ministros. Em seu trabalho, Costa (2012) concluiu que houve essa influência. De nossa parte não podemos afirmar se a atuação dos amigos da corte interferiu na formação da convicção dos Ministros ou se serviu apenas para corroborar discursos que já possuíam. Em todo caso, nos relatórios que antecedem os votos percebe-se que houve uma grande preocupação em ampliar a discussão para abranger diversos aspectos do mundo da vida, com várias citações de autores de diversas áreas do saber.

Um aspecto marcante expresso em diversas passagens das discussões diz respeito à preocupação em blindar o discurso jurídico do discurso religioso. Se não havia de antemão, pela própria forma de atuação do Tribunal, como antever os discursos dos Ministros, percebeu-se, além da predominância do discurso jurídico, uma forte predominância de âmbito científico. Tanto que a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, conforme consta no relatório da ADIn 3510/DF afirmou que “está cientificamente comprovado que a vida começa com o zigoto” (apud BRASIL, 2008, p. 489). E se a instituição representa uma religião, não seria mais compatível com seu discurso sustentar a assertiva em bases religiosas? De fato não. Pois,

considerada a historicidade da causa, não se acoberta o fato de que sofremos fortes influências do discurso positivista e positivista lógico contra a metafísica e a teologia.

Adiante, explica o Ministro Celso de Mello:

As divergências a propósito da definição do início da vida não se registram apenas no campo científico, mas se projetam, por igual, no domínio filosófico e no âmbito das religiões [...] de todo o quadro ora exposto, que são diversas as teorias científicas que buscam estabelecer a definição bioética do início da vida, o que permite, ao intérprete - necessariamente desvinculado de razões de natureza confessional ou religiosa -, optar por aquela concepção que mais se ajuste ao interesse público, que atenda as exigências sociais de desenvolvimento da pesquisa científica e que promova o bem-estar da coletividade, objetivando-se, com tal orientação, conferir sentido real ao princípio da dignidade da pessoa humana e atribuir densidade concreta às proclamações constitucionais que reconhecem, como prerrogativas básicas de qualquer pessoa, o direito à vida e o direito à saúde. Como largamente reconhecido no curso deste julgamento, a Constituição da República proclama a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, "caput"), embora o texto constitucional não veicule qualquer conceito normativo de vida humana, e muito menos defina o termo inicial e o termo final da existência da pessoa humana, o que abre espaço ao legislador para dispor, validamente, sobre essa relevantíssima questão. A vida e a morte, na realidade, qualificam-se como conceitos indeterminados. Dai porque a legislação ordinária brasileira, já em 1997, definiu o conceito de morte, afastando-se da antiga noção segundo a qual "*vita in motu est!*" (BRASIL, 2008, p. 573 e 579-580).

Como já exposto, os amigos da corte, por ocasião da realização das audiências públicas, manifestaram-se dando suas posições ideológicas. E o escopo da discussão foi travado no cenário ideológico, já que a solução da causa dependia da relação havida entre o texto constitucional, o texto da lei impugnada e da interpretação construída. Da parte dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, cabe salientar manifestação da então Presidente, Ministra Ellen Gracie:

Equivocam-se aqueles que enxergaram nesta Corte a figura de um árbitro responsável por proclamar a vitória incontestável dessa ou daquela corrente científica, filosófica, religiosa, moral ou ética sobre todas as demais. Essa seria, certamente, uma tarefa digna de Sísifo. [...] Buscaram-se neste Tribunal, a meu ver, respostas que nem mesmo os constituintes originário e reformador propuseram-se a dar. Não há, por certo, uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não somos a Academia de Ciências. A introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a sua conformidade com a Carta de 1988 (BRASIL, 2008, p. 214).

O Tribunal, por seus membros, afirma não ter conferido vitória a uma ou outra corrente científica ou de outra natureza. Mas do ponto de vista diacrônico e histórico, pois não é todos os dias que se julgam questões desse jaez, venceu uma

das teses. Negar tal fato não implica dizer que o mesmo não ocorreu. Depreende-se, porém, da afirmação feita pela Ministra Ellen Gracie, que não houve vitória de uma corrente sobre as demais num sentido de superposição total, ou seja, a religião continua a ocupar seu espaço com seu discurso, assim como a ciência e outros aspectos da cultura em seus próprios espaços e tempos.

Saliente-se, ainda, por oportuno, que não houve na causa solução sobre a teoria acerca do momento em que se inicia a personalidade, ou seja, não foram resolvidas questões do direito civil, v.g., sobre as teorias natalista, concepcionista e condicional.

A decisão proferida na ação faz jurídicos os argumentos e institucionaliza um sentido ou interpretação para o caso e para casos futuros, até que nova lei disponha sobre a causa ou até que ocorra mutação constitucional.

Quem diz ser uma lei ou ato constitucional inconstitucional é o Tribunal, ou magistrado no modelo brasileiro, com competência para conhecer e julgar a causa. Qualquer outro ator, por mais qualificado que seja, não substitui os magistrados em seu papel de julgar institucionalmente, fato a que se agrega a força dos Aparelhos do Estado.

A decisão proferida sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei é um ato do Estado que, segundo os posicionamentos mais modernos do Supremo Tribunal Federal nos casos de abstrativização ou de efeitos transcendentais no controle difuso, vincula os órgãos do Estado e demais atores sociais, podendo criar resistências ou adesões.

Luís Roberto Barroso nos dá notícia de situação em que o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional dispositivo legal que impedia a progressão de regime em caso de crime hediondo. Um magistrado do Estado do Acre deixou de aplicar a nova orientação argumentando que se tratava de julgamento em controle difuso, na via incidental, sem efeitos vinculantes. O Supremo Tribunal Federal reagiu e no julgamento da Reclamação Constitucional - STF Rcl 4.335 - discutiu o caráter vinculante das decisões da corte no controle incidental, o que tem sido aplicado em algumas situações (BARROSO, 2010, p. 397-398).

Assim, no próprio aparato do Estado há divergências internas, que são resolvidas institucionalmente, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição e órgão de cúpula do Poder Judiciário, juiz de sua própria competência, proferir a última palavra em questões constitucionais.

Saliente-se, ainda, que no próprio Tribunal há divergências internas, visto que as decisões são tomadas coletivamente. Pode haver divergências, ainda, entre órgãos diversos do Poder Judiciário. Desse modo, na formação discursiva, questões submetidas à apreciação do Supremo Tribunal Federal podem contar com diferenças ideológicas no colegiado do Tribunal, entre os atores que figuram nos processos, entre amigos da corte.

Os expedientes técnicos adotados para resolver esses problemas são o quórum e a unicidade do órgão de cúpula. No Brasil o poder judiciário é estruturado tendo por órgão de cúpula o Supremo Tribunal Federal. Quando há divergência entre diferentes órgãos do poder judiciário sobre matéria já decidida pelo órgão de cúpula, aplica-se o instituto da Reclamação Constitucional, que é um remédio jurídico manejável para preservar e garantir a eficácia e efeitos das decisões proferidas pelo tribunal, conforme previsto no art. 102, I, "I" e art. 103-A, § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Igual garantia também está prevista no art. 105, I, "f" da Constituição para o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1988).

Como dito outrora, na monofonia há um discurso prevalecente. A decisão judicial no controle difuso ou concentrado que impõe algum sentido específico ou que limita a práxis interpretativa cria uma monofonia.

Retomando as lições de Althusser, as ideologias podem ser pensadas como elementos do direito ou como influências externas que interferem no direito.

O Estado Constitucional Democrático de Direito visto a partir das decisões em controle de constitucionalidade, ao modo desenhado por Althusser, na divisão de Aparelhos Ideológicos e Aparelhos Repressivos do Estado, concretiza os dois lados do direito. O direito constitucional enquanto aparelho ideológico e enquanto repressão nas hipóteses de descumprimento das decisões judiciais. E a base linguística dessas formas de expressão do direito e do Estado varia a depender do momento em que se encontre o processamento e julgamento da causa.

Juridicamente, a demanda surge quando a causa é proposta. Recebida a petição, o magistrado determina que sejam ouvidas as partes ou interessados, donde se inicia, eventualmente, litígio ou controvérsia. Havida a controvérsia, esta pode consistir exatamente numa questão semântica ou semiótica, ou seja, o objeto do pedido, que na perspectiva jurídica pode assumir diversas formas, de validade ou invalidade, constitucionalidade ou inconstitucionalidade, existência ou inexistência

etc., pode ter por questão de fundo discussão sobre o significado ou sentido correto de alguma proposição ou palavra. E é exatamente a tensão dialética travada no corpo das discussões processuais que materializa o dialogismo no campo jurídico. Dialogismo, como tratado em Bakhtin, constituinte de toda forma de comunicação, no campo jurídico constitui o enunciado jurídico, sendo este sua realidade concreta.

E a práxis dialógica pensada a partir da perspectiva linguística leva-nos a retomar os escritos de Wittgenstein (2010, p. 245):

Que o mundo seja meu mundo, é o que se mostra nisso: os limites da linguagem (a linguagem que, só ela, eu entendo) significam os limites de meu mundo. O mundo e a vida são um só. Eu sou meu mundo”.

É certo que no *Tractatus*, Wittgenstein ainda apresenta uma perspectiva autorreferenciada e estruturalista. Mas transcendendo as afirmações à perspectiva neoconstitucionalista, temos na linguagem o limite do mundo. Mas não uma linguagem hermética, lógico-formal ou matematizada. A linguagem comum, cheia de ambiguidades, de ambivalências, de significações. Ainda que possam existir situações inexprimíveis nos campos estético ou espiritual, é importante lembrar que Bakhtin não limita suas investigações à linguagem falada ou escrita, sendo estas apenas formas privilegiadas de linguagem. Às vezes a linguagem corporal expressa melhor que palavras, o que estas são incapazes de reproduzir com fidelidade.

No julgamento da ADIn 3510/DF houve um desenrolar que se principiou pela reação contra a Lei de Biossegurança. Então, o que deu início às discussões foi o advento de referida lei, que por sua vez buscou solucionar questões que existiam antes de seu advento, pois no Brasil já há anos se congelam embriões para fins de reprodução e pesquisas. Desse modo, mesmo antes da lei já se discutia nos planos ético, religioso, biológico e científico as práticas de reprodução assistida e pesquisas com células humanas. Os relatórios, votos e debates na ação mostram que religiosos liam e criticavam textos científicos e que cientistas também analisavam a questão dos pontos de vista éticos e religiosos.

O próprio fato da CNBB ter manifestado que “está cientificamente comprovado que a vida começa com o zigoto” (BRASIL, 2008, p. 489) mostra como havia discussões e tensões entre os diversos discursos e ideologias. E mais ainda. A CNBB foi buscar na ciência um argumento para amparar princípios e valores de ordem religiosa, ou seja, se a Igreja tem um conjunto próprio de leis e valores,

buscou meios de influenciar positivamente na tomada de decisão por parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

A propósito, já foi dito que havia mesmo entre os ministros, posições divergentes.

[...] na apreciação da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, a posição contrária à lei que a autorizava foi liderada por ministro ligado historicamente aos pensamentos e à militância católica, sendo certo que a igreja se opõe às investigações científicas dessa natureza (BARROSO, 2012, p. 395).

Os relatórios e votos também mostram influências que guiaram as manifestações dos ministros. De tudo isso se infere que a despeito da cientificidade dos que professam ser o discurso jurídico um discurso técnico, impermeável às influências de outras ordens, o fato é que a causa sob análise comprova que essa hermeticidade do direito não existe, ou somente existe enquanto discurso ideologicamente construído.

A atuação dos amigos da corte demonstra que houve ampliação discursiva, e os relatórios dos Ministros mostram que houve intertextualidade. O fato de se tentar blindar o discurso jurídico da influência de outros discursos, o que pareceu mais manifesto em relação ao discurso religioso, revela que essa influência existe, ou não haveria sequer a preocupação de se destacar tal ponto. Tal fato apenas manifesta que havia uma preocupação de predominância do discurso jurídico em relação aos demais. Em um e outra passagem afirmou-se que o direito deve ser imparcial e que a ciência é neutra. Retomando o discurso da modernidade apresentado no Capítulo 2, a Ministra Cármen Lúcia chegou a se expressar como segue: “Juiz, no foro, cultua o Direito. Como diria Pontes de Miranda, assim é porque o Direito assim quer e determina. O Estado é laico, a sociedade é plural, a ciência é neutra e o direito imparcial” (BRASIL, 2008, p. 327). Enquanto houve maior destaque voltado ao discurso científico, a religiosidade ficou adstrita ao âmbito da vida privada.

CONCLUSÃO

A proposta inicial desta dissertação foi investigar se as mudanças havidas no direito passando do positivismo para o positivismo lógico e do constitucionalismo liberal, para o moderno e para o contemporâneo, pode ser traduzida em termos linguísticos numa passagem do modelo estrutural para o dialógico.

No capítulo 1 apresentamos características do estruturalismo e do dialogismo e os encaramos como abordagens historicamente sucessivas, encontrando-se o estruturalismo anteriormente, sendo associado ao positivismo e o dialogismo posteriormente, sendo associado ao neoconstitucionalismo.

Com isso tivemos dois metadiscursos que foram utilizados quando tratamos da hermenêutica jurídica o que fizemos no capítulo seguinte.

No capítulo 2 abordamos historicamente e linguisticamente as principais características da passagem do positivismo jurídico para o positivismo lógico e do constitucionalismo liberal para o moderno e o contemporâneo. Tratamos o positivismo como estando intimamente relacionado a uma abordagem sintática do direito, numa visão científico-positiva, e abordamos o constitucionalismo como estando relacionado a aspectos preponderantemente semânticos e pragmáticos, numa visão de ciência do espírito. Com isso, enquanto o positivismo foi tratado como uma gramática jurídica em que os elementos são relacionados entre si a partir de um modelo normativo, no constitucionalismo houve progressiva ampliação do escopo de abrangência e importância do papel exercido pela Constituição no Estado, de tal modo que passou de um locus marginal para o centro.

E essa migração exigiu uma mudança de atitude dos juristas que passaram de uma leitura decodificadora para outra hermenêutica relacionada às ciências do espírito, o que se traduz do ponto de vista linguístico, no projeto proposto, na passagem do estruturalismo para o dialogismo.

No capítulo 3 investigamos a ADIn 3510/DF, retomando os assuntos tratados nos capítulos 1 e 2 com prevalência da prática dialógica que supomos ser a marca característica do neoconstitucionalismo.

Nesse trabalho constatamos que a inovação ampliou o cenário de discussão do ponto de vista linguístico numa práxis preponderantemente dialógica. Além disso, houve uma mudança de paradigma no plano linguístico do mundo

jurídico da língua para o enunciado principalmente no âmbito da hermenêutica constitucional.

Dentro desse contexto, o julgamento da ADIn 3510/DF, assim como outras ações em que foram ampliados os debates por meio de audiências públicas, em questões que envolveram problemas de hermenêutica constitucional relacionados a aspectos morais relevantes, polissemia e colisão de regras, mostra que o campo das discussões nas causas constitucionais tem por escopo consolidar posicionamentos em situações que admitem mais de uma decisão possível. A linguagem objeto do direito numa perspectiva neoconstitucional traz consigo um novo campo de questões que vêm sendo discutidas a partir de um contexto em que a metalinguagem se abre para o mundo da vida.

Superada a crença e fé inabalável no legislador, já não se concebe mais que as leis alcancem todos os fatos do mundo. Aliás, o discurso do direito da pós-modernidade sustenta sua construção com base em um sistema aberto no campo da lógica, da linguagem e dos atores, conferindo-se especial importância à práxis hermenêutica. Nesse diapasão, a lógica clássica cede espaço ou convive com a uma lógica heterodoxa. A linguagem lógico-matematizada cede espaço à linguagem imprecisa e aberta aos valores no campo da moral. Os atores do direito não mais se resumem às partes, ao juiz, testemunhas e aos auxiliares da justiça e do processo. O processo se abre para admitir no campo das discussões, especialistas de outras áreas, conforme foi demonstrado.

A linguagem jurídica transitou de uma perspectiva subjetivista idealista, quando do período do constitucionalismo e positivismo em sua fase inicial, passou pelo objetivismo abstrato segundo o modelo estruturalista em que os elementos se relacionam segundo regras de sintaxe, modelo que se sustentava na metanarrativa da modernidade e do progresso, encontrando-se, atualmente numa dimensão dialógica, em que a maior preocupação está voltada para a solução de controvérsias no espaço público-político a partir de valores constitucionais, sendo a fenomenologia e a hermenêutica ontológica as categorias adequadas para a construção de decisões constitucionalmente corretas. Mas não houve substituição de um modelo estruturalista por outro dialógico. Assim, não se pode afirmar que o modelo de Saussure foi substituído pelo de Bakhtin. Os dois modelos coexistem e podem ser aplicados, cabendo ao hermeneuta fazer o melhor uso possível de cada qual, conforme for o propósito.

A discussão demonstrou que o neoconstitucionalismo é o fenômeno jurídico que, observado do ponto de vista linguístico, enquanto metadiscorso, concretiza o retorno da língua ao enunciado, fato que é percebido no mundo jurídico como revolução semiótica. Trata-se de uma mudança de paradigmas, corroborada pela práxis jurídica que ampliou o campo de discussão para além do discurso jurídico ensimesmado.

Todavia, essa conclusão não é definitiva, pois existem questões que não corroboram essa inferência. Do ponto de vista da compreensão, o discurso jurídico tem precedência sobre os demais. Assim, mesmo tendo havido ampliação do debate, ao final, prevaleceram a decisão dos ministros do Supremo Tribunal Federal e o discurso jurídico. E a compreensão dos juristas sobre a matéria prevaleceu não por uma questão de cunho racional ou hermenêutico, e sim pelo fato de que, afinal de contas, o aparelho ideológico do Estado também conta com o aparelho do Estado, marcado pela força e pela violência legítima, devendo ainda ser lembrado que ao Tribunal compete decidir os casos que lhe são submetidos.

Saliente-se, que essa transformação não conferiu ao Tribunal o papel de palco para discussões no campo da hermenêutica, pois ao julgar uma causa, age como órgão do Estado, que não pode prescindir da solução de controvérsias, o que pode resultar na prevalência de uma ideologia em detrimento de outra, ainda que a decisão se resuma ao caso, sendo situada historicamente. Ainda assim, pode-se concluir que a hipótese é confirmada, mesmo com reservas, já houve a participação de vários atores com ideologias diferentes, houve debates históricos que resgataram a memória da discussão no Brasil e mesmo no âmbito internacional, houve participação de entidades e instituições que realizam experimentos científicos ou que lutam contra tal prática, ou seja, houve um campo dialógico num espaço público-político, lembrando que o julgamento poderia ter sido feito sem esse expediente.

Ao final, a polifonia se mudou em monofonia, pois o julgamento da causa supõe a tomada de posição que se faz jurídica, donde a prevalência deste discurso sobre os demais.

E numa abordagem diacrônica, histórica, pode ser que no futuro esse tema novamente seja discutido, sem que isso signifique que a decisão futura seja melhor ou pior que a atual. Será uma decisão compatível com o tempo histórico em que proferida, assim como supomos, foi a tomada na ADIn 3510/DF.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, N. **Dicionário de filosofia**. Tradução de A. Bosi. 2 ed. São Paulo, Brasil: Martins Fontes, 1998.

ALTHUSSER, L. **Aparelhos ideológicos do Estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos do Estado. Tradução de W. J. Evangelista e M. L. Castro. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

BAKHTIN, M. **Marxismo e filosofia da linguagem**: problemas fundamentais do método sociológico da linguagem. Tradução de M. Lahud e Y. F. Vieira. 13 ed. São Paulo: Hucitec, 2009.

BARROSO, L. R. **Curso de direitos constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAUMAN, Z. **Modernidade e ambivalência**. Tradução de M. Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BENJAMIN, W. Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura. In: _____. **Obras escolhidas**. Tradução de S. P. Rouanet. Vol. 1. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 222-232.

BOBBIO, N. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de M. Pugliesi, E. Bini e C. E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Ensaio sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil**. Tradução de M. A. Nogueira e C. N. Coutinho. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 28 mai. 2010.

_____. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm> Acesso em: 28 mai. 2010.

_____. **Lei de 11 de agosto de 1827**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1800-1850/L1827.htm> Acesso em: 28 mai. 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF**, de 29 de maio de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723> Acesso em: 28 mai. 2010.

_____. **Glossário jurídico**. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/ververbete.asp?letra=a&id=533>> Acesso em: 17 fev. 2013.

CHURCHLAND, P. M. **Matéria e consciência: uma introdução contemporânea à filosofia da mente**. Tradução de M. C. Cescato. São Paulo: UNESP, 2004.

COELHO, I. M. **Interpretação constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

COPI, I. M. **Introdução à lógica**. Tradução de A. Cabral. 2 ed. São Paulo, Brasil: Mestre Jou, 1978.

COSTA, M. T. **Audiências públicas com especialistas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade: limites e possibilidades**. Dissertação (Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento). Goiânia: Pontifícia Universidade Católica de Goiás, 2012.

COSTA, N. C. **Ensaio sobre os fundamentos da lógica**. São Paulo: Hucitec, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006

FERREIRA FILHO, M. G. **Direitos humanos fundamentais**. 11 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

FOUCAULT, M. **A ordem do discurso**. Tradução de L. F. Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

GEERTZ, C. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora, 2011.

GOMES, S. A. **Hermenêutica constitucional: um contributo à constituição do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

HESSE, K. **A força normativa da constituição**. Tradução de G. F. Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSEN, J. **Teoria do conhecimento**. Tradução de J. V. Curter. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

HJELMSLEV, L. **Prolegômenos a uma teoria da linguagem**. Tradução de J. T. Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 2009.

HUSSERL, E. **Investigações lógicas**. Tradução de Z. Loparic e A. M. Loparic. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

_____. **Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**: introdução geral à fenomenologia pura. Tradução de M. Suzuki. São Paulo: Idéias & Letras, 2006.

ILARI, R. O estruturalismo linguístico: alguns caminhos. In: MUSSALIN, F. BENTES, A. C. **Introdução à linguística**: fundamentos epistemológicos. 4 ed. Vol. 3. São Paulo: Cortez, 2009, p. 53-92.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria pura del derecho**. Tradução de R. J. Vernengo. Mexico: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 1982.

KUHN, T. S. **Estrutura das revoluções científicas**. Tradução de B. V. Boeira e N. Boeira. 10 ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

LARAIA, R. d. **Cultura**: um conceito antropológico. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 11 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

LEVI-STRAUSS, C. **Antropología estructural**. Tradução de E. Verón. Barcelona: Paidós, 1995.

LYOTARD, J.-F. **A condição pós-moderna**. Tradução de R. C. Barbosa. 14 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011.

MENDES, G. F., COELHO, I. M., BRANCO, P. G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, P. de. **Tratado das ações**. Vol. I. Campinas: Bookseller, 1998.

MÖLLER, M. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONDIN, B. **Introdução à filosofia**: problemas, sistemas, autores, obras. Vol. I. Tradução de J. Renard. São Paulo: Paulus, 1981.

MORENTE, M. G. **Fundamentos de filosofia**: lições preliminares. Tradução de G. Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1980.

NETO ROCHA, A. A. **Ideologia e dialogismo**: o que de Bakhtin cabe na sala de aula? Disponível em: http://www.letras.ufscar.br/linguasagem/edicao19/reflexoes/reflexoes_ensino_linguas_02.pdf> Acesso em: 23 set. 2012.

NOGUEIRA, J. P.; MESSARI, N. **Teoria das relações internacionais: correntes e debates**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

NOVELINO, M. **Direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Método, 2011.

ORWELL, G. **1984**. Tradução de W. Velloso. 29 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003.

OUELBANI, M. **O círculo de Viena**. Tradução de M. Marcionilo. São Paulo: Parábola Editora, 2009.

PAULO II, J. **Evangelium vitae**. Disponível em: <[HTTP://www.vatican.va/edoccs/por0062/_INDEX.HTM](http://www.vatican.va/edoccs/por0062/_INDEX.HTM)> Acesso em 22 jan. 2013.

PÊCHEUX, M. **Semântica e discurso: um crítica à afirmação do óbvio**. Tradução de E. P. Orlandi et al. 4 ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2009.

PONZIO, A.; CALEFATO, P.; PETRILLI, S. **Fundamentos de filosofia da linguagem**. Petrópolis: Vozes, 2007.

QUINE, W. V. **Palavra e objeto**. Tradução de S. I. Stein e D. Murcho. Petrópolis: Vozes, 2010.

REALE, M. **O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Teoria tridimensional do direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RICOBOM, G. **Intervenção humanitária: a guerra em nome dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

RICOEUR, P. **O conflito das interpretações: ensaios de hermenêutica**. Tradução de M. F. Sá Correia. Porto: Res, 1989.

RÜSEN, J. **Narratividade e objetividade nas ciências históricas**. Textos de história, nº 4, 1996, p. 75-102.

SAUSSURE, F. **Curso de lingüística geral**. Tradução de A. Chelini, J. P. Paes e I. Blikstein. 27 ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2006.

SCHROTH, U. Hermenêutica filosófica e jurídica. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de M. Keel, M. S. Oliveira. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 381-407.

SOUZA, L. S. **Introdução às teorias semióticas**. Petrópolis: Vozes, 2006.

VIGO, R. L. Constitucionalização e neoconstitucionalismo: alguns riscos e algumas prevenções. **Revista eletrônica do curso de direito da UFSM**, v. 3, n. 1, p. 1-45, mar. 2008. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/6829/4145>> Acesso em: 15 ago. 2012.

VIGO, R. L. **Seminário argumentación constitucional y neoconstitucionalismo**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=0NcggUeB18s>> Acesso em: 15 ago. 2012.

VOLLI, U. **Manual de semiótica**. Tradução de S. D. Reis. São Paulo: Loyola, 2007.

WARAT, L. A.; ROCHA, L. S. **O direito e sua linguagem**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WITTGENSTEIN, L. **Investigações filosóficas**. Tradução de M. G. Montagnoli. Bragança Paulista; Petrópolis: Universitária São Francisco; Vozes, 2004.

_____. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Tradução de L. H. Santos. 3 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010.

ZANI, Ricardo. Intertextualidade: considerações em torno do dialogismo. **Em questão**. Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 121-132, jan./jun. 2003. Disponível em: <<http://revistas.univerciencia.org/index.php/revistaemquestao/article/viewFile/3629/3418>> Acesso em: 17 fev. 2013.

ZILLES, U. **Teoria do conhecimento e teoria da ciência**. São Paulo: Paulus, 2005.