



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

DÉBORAH BARRETO DE SOUZA

ÉTICA CONSTITUCIONAL E O JUSTO EM PAUL RICOEUR:

**A aplicação da concepção de igualdade material como reflexo do conceito e da visão
do Estado na Constituição Federal de 1988**

Salvador
2014

DÉBORAH BARRETO DE SOUZA

ÉTICA CONSTITUCIONAL E O JUSTO EM PAUL RICOEUR:

**A aplicação da concepção de igualdade material como reflexo do conceito e da visão
do Estado na Constituição Federal de 1988**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Nelson Cerqueira.

Salvador
2014

DÉBORAH BARRETO DE SOUZA

ÉTICA CONSTITUCIONAL E O JUSTO EM PAUL RICOEUR:

**A aplicação da concepção de igualdade material como reflexo do conceito e da visão
do Estado na Constituição Federal de 1988**

Dissertação apresentada e aprovada como requisito para obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

Banca Examinadora

Orientador Prof. Dr. Nelson Cerqueira

Prof.(a) Dr.(a) Examinador(a) Interno

Prof.(a) Dr.(a) Examinador(a) Externo

Salvador

2014

Dedico este trabalho à minha família querida: Rosana, Emílio, Bárbara e Henrique.

AGRADECIMENTOS

Manifesto meus agradecimentos aos meus pais Emílio e Rosana, à minha irmã Bárbara e ao meu filho amado Henrique pela compreensão e pelo apoio incondicional nos momentos cruciais desta jornada acadêmica.

À Universidade Federal da Bahia pela oportunidade de realização deste curso.

Aos caríssimos colegas de mestrado, Lillian, Christina, Kathiúscia, Ana Carolina e Andresa pela companhia alegre e pela amizade que construímos durante o decorrer do Mestrado.

A Jovino, Luíza, Ângela e todos os funcionários da Secretaria do Mestrado pelo carinho e acolhimento.

Ao professor Dr. Fábio Periandro, supervisor do meu tirocínio, e seus alunos que gentilmente me receberam na sua disciplina Direitos Fundamentais da Graduação da UFBA e com quem muito aprendi.

Aos professores Manoel Jorge Silva e Neto, Dirley da Cunha Júnior, Rodolfo Pamplona, Heron Santana, Paulo Pimenta e Saulo Casali Bahia, manifesto minha gratidão pelos ensinamentos em sala de aula e pelos conselhos e contribuições que recebi de todos, desde o primeiro dia de aula, em cada matéria cursada.

Ao excelentíssimo Professor Doutor Nelson Cerqueira Neto pela oportunidade de compartilhar o seu conhecimento em sala de aula com o brilhantismo de suas revelações na disciplina Metodologia da Pesquisa em Direito e pela preciosa orientação desta dissertação. Para mim, é uma imensa honra tê-lo como orientador e, por isso, preciso registrar minha admiração pela pessoa gentil, acessível e sábia que me foi durante todo o mestrado, tornando este trabalho a tarefa árdua mais agradável e instigante de minha experiência acadêmica.

Agradeço, por fim, a toda a minha família e amigos, em especial meus avós Francisco (in memoriam), Lindinalva, Lídia (in memoriam) e Cosme (in memoriam), que sempre me incentivaram a estudar.

"Não bastam esperanças, a realidade é sempre urgente".
Machado de Assis.

RESUMO

A presente dissertação tem como desígnio tratar do estudo da ética jurídica de Paul Ricoeur numa visão constitucional, tomando-se como marco teórico o fato de que a Constituição é fonte de toda a normatividade estatal. O foco específico do trabalho é demonstrar que a ética jurídica é subjacente à Constituição e, por consequência, de todas as normas que dela derivem. Será discutida a relação da Ética com o Direito, fundamentada nas reflexões de Ricoeur acerca do conceito de instituições justas. Para tanto, será avaliado o significado de justiça pertinente aos questionamentos éticos do Poder Judiciário brasileiro contemporâneo, de modo a vislumbrar qual o papel da Ética na interpretação do Direito consagrado pela Constituição Federal de 1988. Será defendido, ao final, que o valor justiça proposto por Ricoeur está previsto na Constituição Brasileira vigente pelo princípio-valor da igualdade fática.

Palavras-chave: Ética, Direito, Constituição, Interpretação Constitucional; Paul Ricoeur, Justiça.

ABSTRACT

The present dissertation aims to study the legal ethics of Paul Ricoeur in regards to a constitutional approach, taking as a theoretic framework the fact that the Constitution is the source of all normative precepts. The specific focus of the study is to demonstrate that ethics underlies the Constitution and, consequently, of all standards that derive from it. It will be discussed the relationship of the Ethics with the Law, founded in Ricoeur's reflections about the concept of just institutions. Thus, we evaluated the significance of justice relevant to the ethical questions of contemporary Brazilian Judiciary in order to discern the role of ethics in interpreting the law chosen by the Constitution of 1988. It will be defended at the end, that the justice proposed by Ricoeur is foreseen in the Brazilian Constitution by the principle of material equality.

Keywords: Ethics, Law, Constitution, Constitutional Interpretation, Paul Ricoeur, Justice.

SUMÁRIO

Introdução	11
1. Ética Jurídica e Direito	15
1.1. Conceito de ÉTICA	15
1.2. Breve Escorço Histórico da Ética.....	18
1.3 Distinção entre Direito e Moral	23
1.4. Pontos de Intersecção entre Ética e Direito	26
1.5. Ética e a Constituição.....	30
1.5.1. A dimensão-ética limitadora do Poder Constituinte	30
1.5.2. Ética e a Constituição Brasileira de 1988	32
1.5.3. Ética e o Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988	33
1.5.4. Ética e Interpretação Constitucional	35
2. Hermenêutica, Ética e Justiça em Paul Ricoeur.....	39
2.1. Hermenêutica filosófica, Hermenêutica Ricoeuriana e o Direito.....	39
2.2. A Pequena Ética Ricoeriana.....	58
2.3. A Vida boa.....	64
2.4. Solitudine.....	65
2.5. Instituição Justas	67
3. A igualdade material como instrumento da ética de justiça Ricoeuriana.....	69
3.1. Breve trajetória do princípio da igualdade	69
3.2. Igualdade: aspectos conceituais	74
3.3 . Igualdade Material	77
3.3.1. Tratamento Igual e Tratamento desigual.....	78
3.3.2. Igualdade: Conteúdo e Valoração	80
3.4. Igualdade Material e Constituição Federal de 1988	83
3.4.1. Igualdade: Direito Fundamental e Direito Subjetivo	83
3.4.2. Igualdade Material: padrão racionalmente controlável da visão do Estado brasileiro a partir da Constituição de 1988	88

3.4.3. Exemplo Jurisprudencial de aplicação da Ética Ricoeuriana na Conformação das Instituições	95
Considerações Finais	97
Referências	102

Introdução

A noção de princípios éticos esteve, historicamente, relacionada ao Direito Natural.

Somente a partir da inserção dos princípios em Constituições e Códigos é que a Ética começou a impregnar o Direito Positivo.

Com a incorporação de valores à Constituição, de onde se deriva toda a legislação, não resta dúvida de que os princípios fundamentais, inclusive os princípios éticos e as regras jurídicas, ambos constitucionais, são normas jurídicas.

Ocorre, porém, que é necessário pontuar qual é o conteúdo de justiça proposto por estas normas. Em outras palavras, é preciso investigar qual seria a ética constitucional, quais princípios que se pautam por esta ética e como ela determina o Direito e a própria Sociedade.

Daí que a questão da ética se torna um grande desafio para o Direito e para a vida em sociedade.

Neste trabalho, a ética constitucional será discutida a partir da perspectiva ética de Paul Ricoeur, o qual propõe a necessidade de buscar o senso de justiça que estaria acima de qualquer formalismo jurídico.

Ricoeur dedicou-se, nas obras *Le juste e Soi-même comme un Autre*, à questão da Ética, do Direito e da Justiça, enquanto fenômenos que necessitariam de uma interpretação desmistificadora de seus sentidos, com o intuito de alcançar uma interpretação das normas jurídicas pautadas numa ética humana reflexiva e concretizadora.

Destarte, objetiva-se fazer a correspondência entre ética ricoeuriana e Direito Constitucional formulado na Constituição de 1988, com o fito de que se compreenda seu papel na interpretação e aplicação do Direito.

Para tal empreendimento, faz-se necessário um aprofundamento jurídico-filosófico, ou seja, um estudo pautado pela hermenêutica jurídica, já que o intérprete precisa avaliar quais seriam os princípios éticos do Direito, o que constitui um problema de ordem não só constitucional, mas filosófica.

Nessa esteira, será investigado se as normas éticas nascem de juízos intrínsecos a questões jurídicas, se envolvem apenas juízo de valor sobre

comportamentos ou, por fim, se também tratam da escolha de diretrizes consideradas obrigatórias numa comunidade humana.

É cediço que o homem, por sua racionalidade, está apto a tomar decisões de acordo com seus interesses, podendo praticar tanto o bem como o mal. São os juízos éticos, que o homem carrega consigo, que dirão qual dos caminhos ele optará na sua conduta.

Considerando tais reflexões, no primeiro capítulo deste trabalho, investigaremos a Ética, conhecida como filosofia moral de princípios ou pautas da conduta humana, também considerada como uma ciência normativa. Assim, torna-se inevitável abordar também a diferença entre o Direito e a moral.

Uma vez analisada a questão filosófica da problemática entre Direito e Moral, discutiremos, ainda no primeiro capítulo, o Direito Constitucional e sua interpretação para se alcançar a área de intersecção entre Ética e Direito.

No segundo capítulo, serão fixadas a ética e a hermenêutica de Paul Ricoeur como ferramentas concretizadoras de uma ética material e solidária aplicada à Constituição de 1988, a qual requer uma reflexão apurada diante de uma gritante injustiça social, em contraponto ao formalismo de John Rawls, sendo necessário, para tanto, discorrer sobre as teorias de justiça hodiernas, provocando-se, assim, um embate entre Rawls e Ricoeur, ambos herdeiros de Kant, mas que tomaram perspectivas diferentes sobre o conteúdo da Justiça.

Nesse diapasão, a forma canônica proposta pelo Ricoeur caracteriza a perspectiva ética: o desejo de uma vida boa com e para os outros em instituições justas.

Antes do entrelaçamento entre o ético e jurídico, é de extrema importância analisar o que significa esse desejo de uma vida boa em Instituições Justas que, para Ricoeur, consiste na consciência e na lei aplicada a casos concretos em condições singulares.

No terceiro capítulo, será trabalhado o princípio constitucional da igualdade material como instrumento de aplicação à filosofia de Paul Ricoeur, de modo a edificar o corolário por ele proposto.

Aplicar a igualdade material de uma norma a um caso particular é uma ação extremamente complexa e não se limita ao silogismo prático, por isso ele concebe a

sentença como um exemplo paradigmático. Dizer o direito num quadro de justiça exige o julgamento do caso singular.

Com efeito, existe sempre uma questão ética por traz da lei, não se admitindo ignorar as circunstâncias das partes no caso concreto para que se tenha a justiça. Por esta razão, quando do confronto de instituições frágeis com o ser humano limitado, deve o poder ser fiscalizado pelos cidadãos.

Dentro deste raciocínio, a questão da Ética e Justiça em Ricoeur é bastante atual e relevante, pois a análise filosófica do justo recai sobre o conceito de justiça para a prática legal, uma vez que a seara jurídica consiste e se desenha de casos concretos de conflito em que se questiona o que é justo.

Ocorre que a justiça não se compõe apenas de leis, mas de instituições que, no Direito, são representadas pelo próprio Poder Judiciário, seus tribunais e juízes.

São estas instituições que ficam encarregadas de prolatar uma sentença justa para um dado caso particular, como também possuem o monopólio da coerção, ou seja, impõem uma decisão de justiça não só por força mandamental, mas pela própria argumentação jurídica devidamente fundamentada.

A discussão da Ética e da Justiça no contexto dessas Instituições, mais especificamente as judiciárias, é de extrema importância para se validar todo um ordenamento jurídico de um determinado Estado, porque Lei e Justiça precisam de legitimidade, que só se alcança através de decisões justas e fundamentadas, baseadas no princípio constitucional da igualdade, em seu aspecto mais relevante: a igualdade fática.

Nessa perspectiva, será a ética ricoeuriana que irá reconhecer o desnível entre uma Constituição que prevê a igualdade material e a realidade empírica do Estado.

No último tópico do terceiro capítulo será apresentado um *hard case* discutido no Supremo Tribunal Federal recentemente: a reserva de vagas universitárias para negros na Universidade de Brasília, cuja constitucionalidade fora questionada na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, para demonstrar como o sentimento de justiça é ameaçado quando as Instituições não seguem uma Ética Ricoeuriana, colidindo com a noção de instituições justas.

Espera-se que este estudo cumpra o objetivo de demonstrar que a interpretação constitucional está pautada pelos valores que a Ética inseriu ao Direito

para o fim de que se torne evidente que a aplicação da norma ao caso concreto deve sempre se basear pelo respeito aos princípios éticos constitucionais, sob pena de incompatibilidade com o ordenamento jurídico.

1. Ética Jurídica e Direito

Antes de discutir a ética ricoeuriana e o conceito do justo por ela defendido, neste primeiro capítulo, é necessário delinear o conceito de Ética Jurídica para entender a sua relação com o Poder e o Direito, averiguando a trajetória desta relação que põe em relevo as preocupações da sociedade e dos intérpretes com o conteúdo ético das normas jurídicas, em oposição ao excessivo formalismo da era positivista, o qual serviu de fundamento para verdadeiras barbáries, a exemplo do Holocausto perpetrado pelos Nazistas na Segunda Guerra Mundial.

Como se notou, no período pós-moderno, a dignidade humana cultivou a imagem de um preceito ético fundamental que deve pautar as relações de poder na sociedade e a edição de normas jurídicas.

Assim, demonstrar-se-á que o poder político, identificado como poder constituinte - seja ele originário ou derivado, que molda o Estado segundo uma concepção - o legislador infraconstitucional, os governantes e os integrantes do Poder Judiciário quedaram-se, fundamentalmente, limitado por preceitos éticos que são disciplinados pelo Direito Constitucional.

Inicialmente, contudo, será abordado a seguir o Conceito de Ética.

1.1. Conceito de Ética

Mais conhecida como a “ciência do costume”, a palavra ética vem do grego *ethos* que se refere ao caráter do ser humano.

Desta sorte, quanto à sua definição, a primeira noção com que se deve trabalhar é a de valor.

Segundo Robert Alexy, os conceitos axiológicos são caracterizados pelo fato de que seu conteúdo básico não é o de um dever ou de um dever-ser, mas lastreado de acordo com o conceito de bom.¹

¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.145.

Diante desta delimitação, resta evidente que haverá inúmeras acepções dos conceitos axiológicos em razão da própria variedade do conceito de bom, que pode significar aquilo que é belo, social, democrático, etc.

De fato, pode-se trazer da filosofia no mínimo algumas grandes classificações éticas que abarcam desde as éticas normativas, descritivas, naturalistas (moral redutível aos fenômenos) e não naturalistas (moral autônoma), até as cognitivas (enunciados morais verdadeiros e falsos), não cognitivas e de meios e fins.²

Eduardo Bittar, por seu turno, entende que a Ética se dá na história, considerando esta como a contingencialidade da existência humana, pois seria um saber fundado na conduta do homem.³

Como aduz José Ortega y Gasset, “o homem é primária e fundamentalmente ação”⁴. Nesse sentido, a ação humana, sob estudo, é aquela que é concebida pelo pensamento, após prévia contemplação, que o autor denomina ensimesmamento, pois o homem é “a única realidade, a qual não consiste simplesmente em ser, mas tem de eleger o próprio ser”.⁵

Se lastreada a Ética na conduta do homem, queda-se inevitável entendê-la como uma ciência normativa, vez que na ação humana está inserido o princípio da responsabilidade, em razão de que quem escolhe uma determina ação assume as consequências que dela decorram.

A Ética, então, como ciência normativa, não se restringe a enumerar as condutas cotidianas do homem. Seu escopo é eleger diretrizes que vão conduzir as pessoas para o bem, para o aperfeiçoamento de uma vida boa em sociedade.

Nesse mesmo raciocínio, Paul Ricoeur propõe: “*Appelons ‘visée éthique’ la visée de la ‘vie bonne’ avec et pour autrui dans des institutions justes.*”⁶

Assim, numa utópica sociedade ética, os indivíduos, além de cumprirem seus deveres e obrigações, respeitariam os outros, de maneira que não haveria sequer conflitos, de qualquer natureza.

² Pelo caráter jurídico deste trabalho, optamos pela ética normativa, uma vez que a ética é mediatamente normativa, não havendo ética que não tenha este traço.

³ BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Ética Jurídica: Ética geral e profissional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25

⁴ ORTEGA Y GASSET, José. *O Homem e a Gente*. Rio de Janeiro: Livro Ibero-americano, 1960. pág. 67.

⁵ Idem, p. 83,

⁶ RICOEUR, Paul. *Soi-même comme un autre*. Paris: Éditions du Seuil, 1990, p. 202.

Adela Cortina, por outro lado, liga o conceito de ética à moral:

A meu ver, a ética consiste na dimensão filosófica que reflete sobre a moralidade, isto é, na forma de reflexão e linguagem acerca da reflexão e da linguagem moral, no que se refere ao que guarda a relação entre toda metalinguagem e a linguagem objeto. (...) Ou seja, se a reflexão moral é elaborada em uma linguagem prescritiva ou avaliativa, a ética proporciona um cânon mediato para a ação por meio de um processo de fundamentação do moral.⁷

José Renato Nalini discorda:

Conceituar ética já leva à conclusão de que ela não se confunde com a moral, em que pese embora aparente identidade etimológica de significado. *Éthos*, em grego e *mos*, em latim, querem dizer costume. Nesse sentido, a ética seria uma *teoria dos costumes*. Ou melhor, a ética é a *ciência dos costumes*. Já a moral não é ciência senão objeto da ciência. Como ciência, a ética procura extrai dos fatos morais os princípios gerais a eles aplicáveis.⁸

A conceituação de Ética como a ciência dos costumes e da moral como objeto de estudo científico da primeira coaduna com a ideia de que há uma ação humana ou conduta (moral) destinada ao bem.

Será a ética, portanto, que dissecará esta conduta humana, perquirindo a consciência que a determina, a qual se completa quando é referida à reflexão para com o próximo e com as instituições, numa estrutura dialógica.

A correlação entre Ética e Direito nasceria deste contexto, pois o Direito, sem adentrar no seu conceito, notadamente tem se reportado na história como meio de evitar e punir as ações humanas que sejam prejudiciais aos indivíduos em sociedade.

Em outras palavras, as normas éticas, enquanto objeto da consciência humana, careceriam apenas da coercibilidade e eficácia caracterizadoras do Direito.

No tópico subsequente será trabalhada a trajetória da Ética para, ao final do capítulo, efetuarmos tanto a distinção entre Direito e Moral, como também destacar seus pontos de intersecção.

⁷ CORTINA, Adela. *Ética sem moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 27.

⁸ NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p; 34.

1.2. Breve esboço histórico da Ética

A trajetória da Ética está intimamente ligada ao estudo da própria filosofia na evolução histórica do homem.

As teorias éticas nascem e desenvolvem-se em diferentes sociedades como resposta aos problemas resultantes das relações entre os homens.

O contexto histórico torna-se elemento essencial para se entender a origem de certas problemáticas morais que ainda permanecem relevantes, mormente no direito.

Não se pode falar de ética sem mencionar os gregos, que entre o século V e o século IV a.C., desenvolveram teorias marcadas por dois aspectos fundamentais: o cosmos e a polis - em que os cidadãos participavam ativamente da vida política nas cidades-estados, formando uma sociedade quase ideal.

Os sofistas foram um dos precursores gregos a propor uma ética, nos séculos IV e V a.C, com Pitágoras, Demócrito, Protágoras, Górgias, Hipias, entre outros grandes pensadores.

A ética sofista era baseada no discurso e no convencimento, não se preocupando com a verdade dos fatos, pois esta surgiria do consenso entre os homens. Por isso, o conceito de bom era manipulável.

Dizia-se, segundo Nicola Abbagnano, que a filosofia de vida dos sofistas era utilitária diante dos problemas da atividade prática.⁹

Sócrates (470-399 a.C.) em contraponto ao sofismo, pregava que a virtude decorria do conhecimento e que seria através da educação que as pessoas agiriam de acordo com a moral¹⁰. Dava caráter eterno aos valores como o Bem, Justiça, Saber, sendo que o valor supremo da vida consistiria em atingir a perfeição, que só poderia ser alcançada através do saber.

⁹ ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução e tradução de novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 918.

¹⁰ BITTAR, 2011, p. 183.

Para Sócrates, todos tinham a obrigação de se aperfeiçoarem, de agir de maneira justa, de forma a sempre praticar o bem. Entendia o filósofo que só os ignorantes cometiam injustiças.

Aldo Dinucci sintetiza que a ética de Sócrates “afirma elementos de uma teologia moral segundo a qual os deuses, por serem sábios (racionais), são justos (morais).”¹¹

Logo, a doutrina socrática traz a correspondência entre virtude e sabedoria, consoante a qual para ser virtuoso é preciso ter o conhecimento do conceito de virtude, conhecimento este que proporciona sabedoria moral àquele que o possui, tornando-o inexoravelmente justo.

Da filosofia socrática derivam grande parte das escolas de filosofia moral gregas posteriores, como os cínicos e os platônicos.

Em Platão (427-347 a.C.), o bem e o mundo das ideias eram os elementos fundamentais para se conhecer a verdade¹², não existindo para o filósofo o mal, mas apenas imperfeição da realidade. Sua filosofia pregava que os homens deviam seguir apenas a razão, afastando os instintos e as emoções, e que os sábios deveriam deter o poder e governar a sociedade.

Aristóteles (384-322 a.C.), por seu turno, colocou a felicidade como o valor supremo e defendia que aquela era resultado da razão humana, sendo que a moral e inteligência seriam as ferramentas para a busca da vida feliz. Sua ética rejeitava os excessos, buscando o “meio termo”.¹³

Como Platão, Aristóteles entendia que ética estava ligada à Política, por isso os sábios tinham que assumir o poder de organizar a cidade, pois consoante ele “(...) à *virtude vê-se também o homem verdadeiramente político dar toda a sua atenção, porque ele quer fazer os cidadãos bons e obedientes às leis.*”¹⁴

A partir daí a Grécia foi dominada pelo Helenismo de Alexandre Magno e posteriormente pelo Império Romano.

¹¹ DINUCCI, Aldo. *Teologia, Ética e Racionalidade em Sócrates*. Anais de filosofia clássica, vol. IV nº 7, 2010. Disponível em: <http://www.ifcs.ufrj.br/~afc/2010/Aldo.pdf>. Acesso em: 10.09.2013.

¹² Idem, p. 183.

¹³ BITTAR, 2011, p. 183.

¹⁴ ARISTÓTELES. *A Ética*. Tradução e notícia histórico-biográfica: Cássio M. Fonseca. Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint, s/d.a, p. 54.

A ética passou por transformações, pois havia influência do intercâmbio entre diferentes povos e culturas.

As teorias éticas tornaram-se individualistas, porque o homem não está mais ligado à polis e, por consequência, à vida política. A moral, então, consistia em elaborar um conjunto de recomendações para tornar a vida agradável e harmônica.

Nesses termos, aparecem os Epicuristas, com Epicuro e Lucrécio, que defendiam como objetivo atingir o máximo de prazer, através do distanciamento do mundo e dos problemas, pois o espírito e o corpo tinham que estar em profunda paz. Bittar acrescenta que *“o epicurismo vem afirmar que as escolhas de conduta, que marcam a ética, selecionam o prazer como meta de ação.”*¹⁵

Outra corrente surgiu com Antístenes e Diógenes – os cínicos – que pregavam que a vida do homem tinha que ser simples, de acordo com a natureza, afastando-se este dos costumes sociais, preconceitos e sofrimentos.¹⁶

Zenão de Cício e Sêneca fundaram o estoicismo, que entendia dever o homem viver em harmonia com a natureza, aperfeiçoar o autodomínio, afastando os seus desejos e suas paixões, pois estas provocariam sofrimentos.¹⁷

Já os cétricos, como Pirro, aduziam que o homem não podia ter certeza de nada e que a felicidade somente poderia ser alcançada através do equilíbrio interior, pois nada poderia ser feito fora da própria individualidade.¹⁸

Com a queda do império romano, o cristianismo ganhou força para os escravos, estrangeiros e cidadãos de classe inferior.

A religião começou a penetrar o terreno da Ética, defendendo que a vida boa só poderia ser alcançada através da vida religiosa.

A filosofia de São Tomás de Aquino, baseada na lógica aristotélica com os conceitos agostinianos de pecado original e da redenção por meio da graça divina, fundamentou a moral na Idade Média.

A Igreja torna-se poderosa e impõe uma moral que castigava os pecadores e compensava os virtuosos com a vida eterna.

Sobre a época, assim preleciona Bittar:

¹⁵ BITTAR, p. 183.

¹⁶ ABBAGANO, p. 141.

¹⁷ Idem, p. 375.

¹⁸ Idem, p. 764.

[...] o Bem cristão é introduzido no Ocidente, passando a ser conciliado ao platonismo transcendente (Agostinho) e ao virtuosismo aristotélico (Aquino), numa ética que convida o homem à harmonização da dimensão do humano à dimensão do divino.¹⁹

Posteriormente, com o Iluminismo, o fim do Absolutismo e a Reforma protestante, houve um retorno à Ética secular, em que a responsabilidade individual era a base para uma vida feliz.

Baruch Espinoza (1634-1677), por sua vez, inova ao propor que a ética pode ser demonstrada geometricamente. Segundo Bittar, para Espinoza, a razão está “à *dianteira de todo movimento de ação ética (valora-se o bom ou o mal conforme juízos racionais).*”²⁰

A Ética, todavia, é revolucionada com Kant, entre o século XVIII-XIX, para quem se deve obediência à lei moral, deontologicamente, e não por seus interesses, fins ou consequências. A vontade é guiada pela razão em função de um imperativo categórico: o imperativo da moralidade, em que todo indivíduo deve agir sempre baseado em princípios éticos que desejaria ver aplicados universalmente.²¹

Já David Hume (1711-1776) introduz à discussão ética o determinismo acerca das decisões humanas e sobre a aplicação do bem coletivamente, aduzindo que a ética e a justiça possuem utilidade para a sociedade.²²

Em sequência vem o utilitarismo de Jeremy Bentham, no qual a ética se baseia no princípio da utilidade como meio de se alcançar a felicidade da comunidade.²³

¹⁹ BITTAR, 2011, p. 183.

²⁰ Idem, p. 183.

²¹ Segundo Kant há um imperativo (da moralidade) que, sem se basear como condição em qualquer outra intenção a atingir por um certo comportamento, ordena imediatamente este comportamento, sendo, portanto, tal imperativo categórico. Explica o filósofo que o imperativo categórico não se relaciona com a matéria da ação e com o que dela deve resultar, mas com a forma e o princípio de que ela mesma deriva. Para ele, o essencialmente bom na ação reside na disposição (Gesinnung), seja qual for o resultado. KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 52.

²² BITTAR, 184.

²³ ARAÚJO, Cicero. Bentham, o Utilitarismo e a Filosofia Política Moderna. In: Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx Boron, Atilio A. CLACSO, Conselho Latino-americano de Ciências Sociais; DCP-FFLCH, Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo. 2006. Disponível em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/12_araujo.pdf. Acesso em 23.11.2013.

Posteriormente, sob a influência da teoria da evolução de Charles Darwin, surge a Ética evolutiva de Herbert Spencer, segundo a qual a moral resulta do costume adquirido pelo homem ao longo de sua evolução.

Daniel Cerqueira Baiardi explica que, em Spencer, "(...) a livre empresa, a liberdade de opinião e o desenvolvimento industrial eram as características que Spencer atribuía a uma sociedade evoluída."²⁴

Outra discussão trazida à baila na seara Ética foi a de Friedrich Nietzsche, que classificara a moral como instrumento necessário ao fraco, para impedir a auto-realização do mais forte, pois segundo ele, é "o bom apenas a mais sutil evolução do mau a partir de si mesmo".²⁵

Do século XX em diante, observa-se que a Ética é influenciada pela psicanálise de Sigmund Freud e dos behavioristas, que entendiam, apesar de visões heterogêneas, que o bem e o mal consistiam numa luta interna de cada indivíduo: entre ceder aos seus instintos ou controlá-los para viver coletivamente.²⁶

A ética pós-moderna é, destarte, marcada pela ideia de que talvez não seja possível converter valores morais em uma moral universal. Bauman assim sintetiza a angústia de nosso período:

Será a condição pós-moderna um avanço quanto às realizações morais da modernidade? A pós-modernidade golpeou as ambições modernas de legislação ética universal e solidamente fundada; mas será que também eliminou todas as oportunidades que a modernidade teve de melhoria moral? No campo da ética, deve-se considerar a pós-modernidade como passo avante ou como retirada?²⁷

Interessante mencionar George Edward Moore (1873-1958), que propôs um modelo de metaética analítico, segundo o qual os sentimentos morais são insuscetíveis de avaliação precisa.²⁸

²⁴ BAIARDI, Daniel Cerqueira. *Conhecimento, Evolução e Complexidade na Filosofia Sintética de Herbert Spencer*. 2008. 146 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 120.

²⁵ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Genealogia do Mal: uma polémica*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 68.

²⁶ Segundo Camila Junqueira, Freud entendia que os sentimentos éticos não são uma disposição inata, eles são construídos a partir de uma necessidade de sobrevivência. JUNQUEIRA, Camila. *Ética e Consciência Moral: a teoria, a clínica e o outro*. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/impulso/article/download/428/579>.

²⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna*. Trad. João Rezende Costa. São Paulo, Paulus, 1997, p. 98.

²⁸ BITTAR, p. 184.

Diante do quadro do pós-guerra do Século XX, a ética pós-moderna, portanto, deve se pautar, ao menos, pelos direitos humanos, cujo ponto fulcral é a proteção à dignidade humana, pois foi o movimento internacional de valorização dos direitos humanos que tem sido a referência em termos de proteção à humanidade, revelando tendência neo-aristotélica.

Como expoente deste movimento, aponta-se John Rawls, que prega a condução das instituições para a satisfação das necessidades sociais, equitativa e equilibradamente, de modo a orientar a concretização da justiça nos interesses sociais, com base na garantia da liberdade e na distribuição igual para todos.²⁹

Paul Ricoeur, por sua vez, propõe a já mencionada visada da vida boa, com e para os outros, em instituições justas. Porém, diferentemente de Rawls, que propõe uma ética procedimentalista, o filósofo francês, consoante Letícia Godinho de Souza, traz um discurso voltado para uma “*arbitragem prática do julgamento moral em situação*”, em razão da impossibilidade de haver uma teoria abrangente sobre a ação humana.³⁰

Essa última tendência da ética proposta, principalmente, por Rawls e Ricoeur, voltada para a coletividade e com as instituições, representa uma mudança de paradigma na ética, que deixa de dar primazia ao indivíduo, pois o que se busca é uma harmonia social.

Será abordada, no tópico a seguir, a relação da Ética com o Direito, para averiguarmos em que medida o discurso jurídico constitucional do legislador de 1988 adotou as novas teorias de justiça.

1.3. Distinção entre Ética, Direito e Moral

Pondere-se, preliminarmente, que o Direito é considerado como um objeto cultural, pois criado pelo homem, e como tal, detém em seu bojo traços valorativos.

²⁹ BITTAR, p. 184.

³⁰ SOUZA, Letícia Godinho. *Da ética à hermenêutica jurídica: um ensaio sobre o Justo em Paul Ricoeur*. Disponível em: <http://www2.direito.ufmg.br/revistadoaap/index.php/revista/article/view/148/147>. Acesso em 20 de dezembro de 2013.

Tal assertiva impõe o reconhecimento da Ética como fonte de influência na seara jurídica, consoante esclarece Manoel Jorge e Silva Neto:

[...] não apenas pode mas deve o direito ser estudado assumindo por referencial o aspecto valorativo, com o que sobressai, daí, a importância da ideologia. Com efeito, qualquer objeto cultural não prescinde da investigação dos seus valores. Um simples copo, por exemplo, que é objeto cultural posto que criado pelo homem, possui um valor que não deve ser dissociado ou afastado dele: valor utilidade.³¹

Aclarada tal perspectiva, passa-se a discutir o Direito e a sua relação com o saber ético, a norma moral.

É de suma relevância diferenciar Ética, Moral e Direito, porque apesar de se tratarem de saberes distintos, possuem fortes vínculos e sobreposições.

A Ética, como já dito supra, tem por objeto de estudo a moral, o comportamento humano.

A moral, por sua vez, estabelece regras que são assumidas pelo indivíduo, como uma forma de garantir o seu bem-viver em sociedade.

Ocorre que se as normas morais coexistem com as normas sociais, dentre estas normas sociais também se encontra as normas jurídicas, de modo que a moral e o Direito se interagem.

É cediço que o Direito também estabelece um regramento de uma sociedade. Então em que ponto as normas jurídicas se difere das normas morais?

Há quem afirme que o Direito é um subconjunto da Moral, pois toda lei seria moralmente aceita pela comunidade social, inclusive Georg Jellinek criou a teoria do “mínimo ético”, que consiste em dizer que o Direito representa o mínimo de moral. Ocorre que a práxis já demonstrou situações em que se denota a existência de conflitos entre a Moral e o Direito, pois há normas jurídicas que não são lícitas do ponto de vista moral.

Corroborando a separação da Ética do Direito, eis o balizado ensinamento de Bittar:

[...] é possível a constituição de uma especulação ética independente de uma ciência do direito, uma vez que a incidência daquela recairá sobre as ações eticamente relevantes, e a incidência desta será sobre as ações

³¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: LTr, 2001, págs. 21-22.

declaradas e constituídas como juridicamente relevantes. Por vezes, as ações são coincidentemente ética e juridicamente relevantes, o que não prejudica a autonomia das referidas ciências, nem faz confundir o campo do jurídico com o campo da ética.³²

Inicialmente, conclui-se que as normas jurídicas diferenciam-se das normas morais em razão da coercibilidade e da imperatividade que aquelas carregam em si.

Em outras palavras, as normas éticas estão presentes tanto nas regras de ordem moral, quanto nas normas jurídicas, mas se diferenciam por se referirem, as primeiras, ao mundo da conduta espontânea, enquanto as segundas se encontram no âmbito da ordenação coercitiva da conduta do homem.

Sobre a distinção entre moral e Direito, Hans Kelsen aduz:

Na realidade tal contradição é evitada. Sempre que se estabelece um conflito entre Direito e Moral, um exame mais rigoroso demonstra que ele não sugere realmente a validade simultaneamente de duas ordens. Isso significa antes que algo é comandado a partir do ponto de vista jurídico, embora seja proibido do ponto de vista moral, e vice-versa. Supõe-se, talvez de modo não inteiramente consciente, que as circunstâncias podem ser julgadas do ponto de vista jurídico ou do moral, mas o julgamento a partir de um ponto de vista exclui o outro. Esse é o significado do argumento estereotipado de que determinada conduta pode ser moralmente censurável, mas que, juridicamente, só essa e nenhuma outra conduta é correta.³³

Bittar também acrescenta as características especiais do Direito para destacar a diferença em face da norma ética:

Heteronomia, coercibilidade e bilateralidade seriam as notas essenciais do direito porque as obrigações jurídicas se formulam da comunidade para o indivíduo, e não o contrário, porque o descumprimento de comandos jurídicos pode ter como modo a aplicação de sanções, e mesmo o exercício do comando jurídico sob a força física, uma vez que o Estado monopoliza a violência e, por fim, porque as relações jurídicas pressupõem ao menos a interação de dois sujeitos para existir e serem cumpridas. Unilateralidade, incoercibilidade e autonomia seriam as notas essenciais da moral, significando exatamente o oposto do indicado acima como característico do direito.³⁴

Pontue-se, todavia, que para Miguel Reale, a Moral e o Direito não encerram o problema da Ética, uma vez que, para o autor, nesta se incluem outras formas de

³² BITTAR, 2011, p. 54.

³³ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pág. 584-585.

³⁴ BITTAR, 2011, p. 59.

comportamentos como a etiqueta, o costume, a civilidade, que também realizariam o valor do *bem*.³⁵

Diante deste raciocínio, Reale define a classificação da norma jurídica perante a Ética da seguinte forma:

[...] a discriminação acima já nos habilita a situar a experiência jurídica como: 1) uma experiência histórico-cultural; 2) de natureza ética; 3) e normativa; 4) que tem como valor fundante o bem social da convivência ordenada, ou o valor do justo.³⁶

Em detrimento às divergências encontradas, o que se observa, em realidade, é que há um consenso de que a ética ou a moral se caracterizam pela consciência do indivíduo para com a norma, enquanto que o direito requer do indivíduo a adequação da conduta às suas prescrições.

Conclui-se, então, que as normas morais são espécies de preceitos éticos e que as normas jurídicas são também preceitos éticos, mas possuem características de coercibilidade e imperatividade, que as diferenciam, havendo, inclusive, a possibilidade de existência de norma legal imoral.

1.4. Intersecção entre Ética e Direito

Os elementos que correlacionam Ética e Direito, partem da noção já destacada de que as normas éticas são obedecidas voluntariamente pelo indivíduo, enquanto as normas jurídicas também consistem em normas morais, mas que se encontram no âmbito da ordenação coercitiva da conduta humana.

A coercibilidade do Direito na conduta humana, em um determinado Estado, encontra sua maior força e proteção inclusive, a partir do Direito Constitucional, em razão de a norma constitucional consistir no comando consagrado sob a inspiração dos valores mais caros à sociedade, como a dignidade humana, a liberdade, o direito à vida, etc.

³⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. - São Paulo: Saraiva, 1999, p. 273.

³⁶ Idem, *ibidem*.

Ocorre que o Direito mantém com a Ética uma relação íntima, a qual permite a conclusão de que o próprio âmbito normativo se alimenta daquela. Um exemplo dessa convivência é a limitação do Poder pelo Estado Democrático de Direito, que é, indubitavelmente, um preceito ético, eleito no Brasil pelo legislador constituinte.

Corroborando tal entendimento, Bittar ensina:

O que há que se questionar agora é qual a relação mantida entre direito e moral, visto que foram analisados os principais aspectos que caracterizam cada dos ramos normativos. E, nesse sentido, só se pode afirmar que o direito se alimenta da moral continuamente, enviando-lhe novos conceitos e normas, e recebendo novos conceitos e normas. A moral é, e deve sempre ser o fim do direito. Com isso pode-se chegar à conclusão de que direito sem moral, ou direito contrário às aspirações morais de uma comunidade, é puro arbítrio, e não direito.³⁷

A Ética, ao ser considerada como ciência da conduta humana, apesar das diversas definições e diferenciações com o Direito, propõe-se a estabelecer e estudar normas de coexistência que expliquem a finalidade do homem e da comunidade com o fito de eleger comportamentos que beneficiem a todos.

O Direito, portanto, também possui uma finalidade que é consentânea à da Ética, qual seja, atender o bem comum ou, ao menos, a necessidade do homem. Manoel Jorge e Silva Neto explica:

[...] o direito não foi criado a um jato, à imagem de “geração espontânea”; não, como objeto cultural, ele é posto de determinada forma pelo homem e direcionado ao atendimento de necessidades humanas.³⁸

Esse atributo de pregar o bem comum à existência humana denota a característica democrática da ética, o qual, por seu turno, encontra-se subjacente às normas jurídicas, principalmente as constitucionais, que prescrevem à sociedade valores a ele atrelados.

Miguel Reale realça tal entendimento no seguinte trecho de sua obra *Filosofia do Direito*:

Mas vimos, outrossim, que, quanto mais os pesquisadores cuidavam de vislumbrar diferenças e distinções, mais se tornavam manifestas, impondo-se igualmente à análise, as razões de correlação e de semelhança entre o Direito e a Moral, ligados um ao outro nas raízes mesmas do espírito.

³⁷ BITTAR, 2011, p. 61.

³⁸ SILVA NETO, 2001, pag. 16.

A *bilateralidade atributiva*, por nós apontada como nota essencial do Direito, põe bem em relevo a sua radical eticidade, por ser especificação da bilateralidade inerente à vida do espírito, não sendo mais que seus corolários aquelas qualidades, como a exterioridade ou a coação, que as conjunturas políticas ou a fisionomia ideológica das diversas épocas consideraram notas primordiais da realidade jurídica.³⁹

Nessa perspectiva, fica evidente que há algo de indissociável na relação entre a Ética ou Moral e o Direito, a partir de uma perspectiva mais consentânea com a pós-modernidade, que já não aceita o padrão avalorativo do positivismo jurídico.

É certo que a dimensão ética do Direito, sua co-irmandade, não é algo pacífico.

Para confirmar tal entendimento, Rubem Beçak, em seu artigo *A Dimensão Ético-Moral e o Direito*, expõe as cinco teses sintetizadas por Dimitri Dimoulis sobre a relação entre Direito e Ética:

Dimitri Dimoulis (2003, p. 107-109, e citação, 107) sintetiza o assunto, mostrando como existem cinco teses sobre esta relação. São estas:

- a) os mandamentos jurídicos e morais coincidem (*tese da identidade*);
- b) as regras jurídicas constituem o núcleo das regras morais (*o direito como mínimo ético*);
- c) as regras morais constituem o núcleo do direito que compreende muitas normas moralmente indiferentes (*a moral como mínimo jurídico*);
- d) as regras jurídicas são aparentadas com as morais, sendo impossível criar e interpretar o direito sem levar em consideração a moral (*tese da conexão*);
- e) entre ambos os ordenamentos há plena e absoluta separação (*tese da separação*).⁴⁰

Beçak, todavia, defende que há sim uma identificação entre o plano ético-moral e o Direito, como característica da visão pós-positivista, mormente no tocante à interpretação constitucional, uma vez que se verifica a coexistência, nas Constituições, de normas que exsurtem originalmente do campo ético-moral além daquelas que nascem da seara jurídica.⁴¹

Subentende-se que a diferenciação entre a seara jurídica e o campo da ética decorre, como frisou Bittar, da “*preocupação excessiva com a autonomia da ciência jurídica*”⁴²

³⁹ REALE, 1999, p. 711.

⁴⁰ BEÇAK, Rubens. *A Dimensão Ético-Moral e o Direito*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007, pág. 310.

⁴¹ Idem, pág. 309.

⁴² BITTAR, 2011, p. 72.

No entanto, tal preocupação perde importância na medida em que se aceita o fato de que não é mais possível ao Direito desconsiderar todos aqueles valores eleitos pela sociedade na Constituição, enquanto princípios representativos da consciência jurídica do Estado Democrático de Direito.

Se Direito é fato, valor e norma, como pregava Miguel Reale, em sua Teoria Tridimensional do Direito⁴³, não há como separar a lei de seu conteúdo axiológico, o que torna desnecessária e infrutífera a celeuma doutrinária acerca da distinção da Ética do Direito, vez que aquela é, hodiernamente, apreciada como fundamento deste.

Direito, Ética e Moral não se confundem. Esta noção já está sedimentada tanto para Filosofia quanto para a Ciência Jurídica, mas não se pode negar que são searas que se correlacionam.

Adiante investigaremos tal correlação na Constituição de 1988.

1.5. Ética e a Constituição Brasileira de 1988

Neste tópico será tratada a questão do papel da ética na interpretação constitucional, denotando-se o caráter conformador da dimensão moral no Direito, em razão da prescrição pelo legislador constituinte de um plexo valorativo relevante nas constituições contemporâneas.

Nesse sentido, bem pontua Manoel Jorge e Silva Neto:

Princípios fundamentais são postulados constitucionais conformadores de todo o sistema normativo, que evidenciam sua relevância não apenas como diretrizes para a produção de normatividade pelo legislador, mas também como normas de entes públicos e privados.⁴⁴

Diante da valoração do Direito, é necessário, inicialmente, indagar se o Poder Constituinte, ao editar uma Constituição, é realmente ilimitado ou se ele está adstrito em algum ponto por princípios éticos.

⁴³ REALE, Miguel, *Teoria Tridimensional do Direito*, 4ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1986.

⁴⁴ . SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Teoria Jurídica do Assédio e sua Fundamentação Constitucional*. São Paulo: LTr, 2012, pag. 55.

1.5.1. A dimensão-ética limitadora do Poder Constituinte

O Poder Constituinte, segundo Silva Neto é aquele poder “*destinado à criação do Estado, dotando-o de estrutura peculiar por meio de uma constituição.*”⁴⁵

Não se questiona aqui a característica de inicialidade do Poder Constituinte, que é evidente, pois sua função é de elaborar uma Constituição, nem de incondicionalidade, uma vez que não há sujeição do mesmo a qualquer outro poder ou norma anterior.

Ocorre que apesar de ser o Poder Constituinte um poder originário, não se pode afirmar categoricamente que ele é ilimitado, sob pena de se as normas por ele criadas não corresponderem aos anseios da Sociedade, quedar-se letra vazia.

No entanto, tal posição de limitação ao Poder Constituinte Originário é minoritária na doutrina, vez que a conceituação mais comum é a de atribuir, àquele, conforme supracitado, os caracteres de inicial, incondicional e ilimitado.

Canotilho, por outro lado, expõe de maneira clara a desmitificação do Poder Constituinte como poder ilimitado, aderindo à corrente minoritária.:

O poder constituinte, embora se afirme como poder originário, não se exerce num vácuo histórico-cultural. Ele “não parte do nada” e, por isso, existem certos princípios – dignidade da pessoa, justiça, liberdade, igualdade – através dos quais poderemos aferir da bondade ou maldade intrínseca de uma constituição. (pag.62).⁴⁶

Mais adiante, Canotilho explica como funciona a influência dos valores éticos na elaboração de uma Constituição:

A doutrina actual rejeita esta compreensão. Desde logo, se o poder constituinte se destina a criar uma constituição concebida como organização e de condicionar a vontade do criador. Por outro lado, este criador, este sujeito constituinte, este povo ou nação, é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta

⁴⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional: atualizado até a EC nº 67, de 22 de dezembro de 2010 e Súmula Vinculante nº 31, de 17/02/2010: (com comentários às Leis nºs 11.417/06 e 11.418/-6 – Repercussão Geral de Questões Constitucionais.* 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 11.

⁴⁶ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 6ª. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 62.

medida, considerados como “vontade do povo”. Além disto, as experiências humanas vão revelando a indispensabilidade de observância de certos princípios de justiça que, independentemente da sua configuração (como princípios suprapositivos ou princípios supraleais mas intra-jurídicos) são compreendidos como limites da liberdade e onipotência do poder constituinte. Acresce que um sistema jurídico interno (nacional, estadual) não pode estar out da comunidade internacional (princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância de direitos humanos).⁴⁷

Outro argumento no sentido de limitação ao Poder Constituinte, advém do fato de que se há um reconhecimento da existência de limites materiais do poder de revisão constitucional ou do poder constituinte derivado, não se pode afastar a mesma existência de limites materiais, ainda que de maneira diversa, ao poder constituinte originário.

Jorge Miranda propõe, nesse diapasão, como limites materiais ao poder constituinte, os limites transcendentais, imanentes e heterônomos. Os limites transcendentais seriam aqueles advindos do Direito Natural, como os valores éticos superiores, da consciência coletiva, que se impõem à vontade do Estado. Por sua vez, os limites imanentes corresponderiam ao poder constituinte formal como poder estabelecido, que carregaria em si uma origem e uma finalidade, relacionada à questão de soberania, forma de governo, etc. Finalmente, os limites heterônomos decorreriam da relação com outros ordenamentos jurídicos, externos ou internos, e/ou com o Direito Internacional.⁴⁸

Para a presente discussão, interessam da classificação trazida por Jorge Miranda, os limites transcendentais, visto que se referem aos valores éticos, que se relacionam também com os direitos fundamentais e o corolário da dignidade da pessoa humana, uma vez que impõem ao Poder Constituinte a obediência a tais preceitos, sob pena se ver inválidas ou ilegítimas as normas constitucionais.

Destarte, o Poder Constituinte não é totalmente ilimitado, porque é imperioso admitir que certos valores como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade, valores estes éticos e transcendentais, não podem ser ignorados no momento de elaboração do texto constitucional.

Conclui-se, assim, que os princípios éticos, os costumes e a tradição da sociedade - a qual o Poder Constituinte pretende regular - acabam por influenciar os

⁴⁷GOMES CANOTILHO, p. 77.

⁴⁸MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. 3ª ed. Portugal, Coimbra, 1996, p. 38 e SS.

trabalhos de elaboração da Constituição, pois do contrário quedariam dissociados da realidade.

1.5.2. Ética e a Constituição Brasileira de 1988

Serão pontuados aqui exemplos de inserção de princípios éticos no texto da Constituição Federal de 1988, como exemplo do reforço da dimensão ético-moral do Direito Brasileiro. Antes, porém, importante mencionar a lição de Bittar:

Então, quando se está a discutir a temática da presença de prescrições éticas no texto da Constituição Federal Brasileira de 1988, há que se considerar o avanço jurídico-democrático perpetrado pela introdução deste texto no ordenamento jurídico nacional. Isto porque, em grande parte, os conceitos que se introduziram pelo legislador constituinte de 1988 causaram grandes revoluções nas diversas áreas em que o Direito se projeta. Isto significa dizer que os âmbitos setoriais do direito pátrio tiveram que se moldar e se adaptar às condições valorativas e conceituais previstas com a promulgação da atual Constituição, que tem entre seus princípios fundamentais, os objetivos e os fundamentos da República Federativa do Brasil, as dicções apresentadas pelos arts. 1º e 3º do texto constitucional.⁴⁹

Assim, o Título I – que trata dos Princípios Fundamentais- e o Título II – referente aos Direitos e Garantias Fundamentais- da Constituição Federal consistem nas principais normas que trazem de forma mais patente os princípios éticos, pois impõem ao Estado a finalidade de servir à Sociedade, buscando o bem-estar coletivo e individual.

Nos artigos 1ª ao 4º, o legislador constituinte elege os fundamentos da nação, destacando-se, dentre eles, o princípio da dignidade humana, que ganha a dimensão de ser a norma mais relevante de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Nos direitos individuais e coletivos do art. 5º ao 17º, importante mencionar como direitos fundamentais, que seriam correspondentes ao direito natural, aqueles que garantem o direito à vida, à igualdade (art. 5º, inc. I), à liberdade e de respeito à personalidade humana (art. 5º, incisos. V, X e XII - proteção à honra, à imagem e à vida privada).

⁴⁹BITTAR, Eduardo C. B. *Ética, Cidadania e Constituição: O Direito à Dignidade da Pessoa Humana*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 8 – jul./dez. 2006, págs. 125-126.

Ainda no artigo 5º, observam-se como normas éticas aquelas que combatem o abuso de poder, a violência e prescrevem a preservação de direitos humanos inclusive aos presos (art. 5º incisos III, XXXIX, XLII, XLV e seguintes).

A Constituição também prevê normas éticas para as relações de trabalho, por meio do direito de livre escolha da profissão, salvo qualificações mínimas exigidas por lei, entre outros direitos ligados ao trabalho (arts. 6º. e 7º).

Eduardo Bittar acrescenta diversas outras normas éticas contidas no texto constitucionais, a saber: ética da liberdade intelectual (art. 5º, incisos. IV, VIII, IX, XXVII); uma ética da tolerância, seja religiosa ou racial (art. 5º, incisos. VI, XLI); ética universalista, que prega a igualdade de brasileiros e estrangeiros (art. 5º, caput); ética administrativa ou atuação moral dos agentes públicos (art. 37, caput e incisos); ética ambiental e preservacionista (art. 225, incisos e parágrafos); ética familiar; ética voltada para a proteção da criança e do jovem (arts. 227, 228 e 229); ética de proteção ao idoso (art. 230); ética da não-discriminação e da valorização de outras raças e culturas, como os povos indígenas (arts. 231 e 232); ética científica (art. 218); ética da comunicação social (art. 220 e 221) e ética da ordem econômica e do equilíbrio das relações de consumo, com vistas ao desenvolvimento do país (art. 192, arts. 170, caput, até o art. 181).⁵⁰

Diante da variedade de normas e princípios de nítido conteúdo ético, não resta dúvidas de que a Constituição Brasileira possui uma dimensão ética bastante relevante.

É em razão dessa previsão de normais morais da Lei Maior de 1988 que é preciso avaliar o alcance da ética na interpretação constitucional, tarefa esta que será delineada nos tópicos finais do trabalho.

1.5.3. Ética e o Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988

O Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 assim profere:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático**, destinado a assegurar

⁵⁰ BITTAR, 2006, págs. 133-135.

o exercício dos **direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça** como **valores supremos** de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na **harmonia social** e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (grifo nosso).⁵¹

Como é notável do texto acima colacionado, o preâmbulo da Constituição Brasileira é rico em conteúdo ético. No entanto, antes de se adentrar nesta discussão, é necessário indagar se o preâmbulo possui eficácia.

Manoel Jorge e Silva Neto aponta para as seguintes posições acerca da eficácia dos preâmbulos prescritos em Constituições:

Há divergência dos constitucionalistas a respeito, que oscilam entre a adoção de três teses principais:

- a) a tese da eficácia idêntica à de qualquer preceito constitucional;
- b) a tese da irrelevância jurídica;
- c) a tese da relevância jurídica específica ou indireta.⁵²

SILVA NETO acompanha a tese do entendimento de ser o preâmbulo norma constitucional como outra qualquer, que se diferencia apenas no tocante à eficácia jurídica, uma vez que não seria razoável arguir inconstitucionalidade de norma infraconstitucional diante daquele, em razão de não ter eficácia jurídica absoluta nem ser possível de extrair-lhe efeitos concretos para torná-lo imediatamente operativo. Contudo, o constitucionalista pontua que “os princípios introduzidos em preâmbulo possuem idêntica eficácia à dos princípios adscritos no texto principal de uma constituição”.⁵³

Uma vez constatada, portanto, a eficácia dos princípios contidos na norma preambular, conclui-se que há nela toda uma ética embutida, pois desde o início, a Constituição de 1988 estabeleceu os mencionados *valores supremos* de uma sociedade que é fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias.

Acrescente-se ainda, que o preâmbulo tende a refletir o anseio do público à qual cada Constituição deve sua força, fixando uma determinada atitude a ser seguida pelo Estado, fato este que contribui ainda mais para a sua consideração como norma integrante e essencial do sistema jurídico- constitucional, em virtude de

⁵¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal.

⁵² SILVA NETO, 2011, p. 162.

⁵³ Idem, p. 163.

dar significado e orientação para a interpretação e aplicação das demais normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais.

Ademais, mesmo que se desconsidere a eficácia jurídica dos preâmbulos constitucionais, há que se reconhecer, ao menos, que seus conteúdos trazem as intenções do legislador constitucional, de modo a demonstrar quais princípios e ideais serviram de base para inauguração de um dado Estado em uma determinada sociedade.

1.5.4. Ética e a Interpretação Constitucional

De fato, a Constituição de 1988 consagrou um amplo arcabouço de preocupações éticas. Essa ética-jurídica constitucional indubitavelmente refletirá sobre a própria hermenêutica constitucional, bem como sobre todas as normas infraconstitucionais que preenchem o sistema.

Ocorre que é preciso indagar a influência do próprio intérprete sobre o processo de compreensão da norma constitucional. Sobre o procedimento interpretativo em si, escreve SILVA NETO:

Condições intrinsecamente associadas à pessoa do intérprete enformam o trabalho interpretativo, considerando-se que fatores de ordem ideológica, cultural ou até mesmo pessoal influenciam, de modo decisivo, a postura assumida pelo cientista do direito mesmo porque, como destaca Ortega y Gasset “eu sou: eu e minha circunstância” – a indicar o filósofo fundador da doutrina perspectivista que todo conhecimento, mesmo sendo racional, encontra-se enraizado na vida.⁵⁴

Assim, a tarefa do intérprete será abstrair do Texto Constitucional os valores sociais mais emergentes e relevantes para a própria realidade social em que se encontra.

Isto decorre porque não se pode interpretar o Direito posto numa Nova Constituição de maneira avalorativa e atemporal, consante leciona SILVA NETO:

Hermann Heller, ao criticar o decisionismo político de Carl Schmitt (assunto a se abordado no capítulo seguinte ao analisarmos a concepção política da constituição), acentua: “A questão da legitimidade de uma Constituição nao

⁵⁴ SILVA NETO, 2011, pág. 81.

pode, naturalmente, ser contestada, referindo-se ao seu nascimento segundo quaisquer preceitos jurídicos positivos, válidos com anterioridade. Mas, uma Constituição precisa, para ser Constituição, algo mais que uma relação factícia e instável de dominação, para valer como ordenação, conforme o direito, uma justificação segundo princípios éticos de direito.” Por via de consequência, infere-se que a constituição não traslada, tão somente, o simples ato de positivizar o poder político. Representa, de igual modo, a positivação dos valores jurídicos a imperarem quando da sua concepção.⁵⁵

Ora, a finalidade do Direito, de construção de relações sociais, de maneira pacífica, deve se pautar pela prescrição aos indivíduos daquelas condutas que representem o respeito aos princípios ético-jurídicos transcendentais, sendo que há quem defenda a pertinência deste tanto aos Direitos Humanos como ao Direito Natural.

Marcelo Neves, em sua obra *Transconstitucionalismo*, discorre sobre tais direitos humanos, que neste trabalho são considerados como princípios éticos:

A partir desse contexto teórico, proponho que os direitos humanos sejam definidos primariamente como expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade (mundial) e, portanto, de acesso universal ao direito enquanto subsistema social.⁵⁶

[...]

Assim, compreendidos, os direitos humanos estão localizados na fronteira do sistema jurídico, vinculando-o a uma **moral** da inclusão e do dissenso, que circula com relevância no âmbito da sociedade mundial do presente, em concorrência com outros **modelos morais**.⁵⁷(grifo nosso).

Diante deste quadro de complexidade ética, a interpretação jurídica não pode mais obedecer às diretrizes da hermenêutica tradicional, na qual a leitura do texto legal está adstrita aos critérios gramaticais, literais ou daqueles que buscam exclusivamente a vontade do legislador à época da interpretação da norma, pois tais métodos não são mais suficientes, visto que se admite que a realidade e o próprio intérprete, como já dito acima, interferem no sentido das normas.

Como deverá então o intérprete resolver um problema de ordem constitucional, que envolva valores ético-morais, nessa nova perspectiva de compreensão do direito? SILVA NETO reescreve a questão da seguinte maneira:

É comum que a solução de determinado problema normativo-constitucional não se dê mediante mero e simples recurso a uma norma em particular. Como os valores impressos em constituição heterodoxa ou eclética são muitas vezes conflitantes, a clássica operação de subsunção (premissa maior=enunciado; premissa menor = fatos; consequências = aplicação da

⁵⁵ SILVA NETO, 2011, pág. 8.

⁵⁶ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, pág. 253.

⁵⁷ Idem, pág. 255.

norma ao caso concreto), não é satisfatória para desvendar a solução mais adequada para a hipótese; simplesmente porque o sistema constitucional torna possível a escolha entre duas ou mais normas que são conflitantes entre si.⁵⁸

O autor conclui então que o intérprete constitucional, na tarefa de extrair o valor da norma, precisa ir além dos processos tradicionais, de modo que aquele vai se ver obrigado a lançar *“mão de técnicas outras mais consentâneas à realidade da constituição, que é fenômeno não apenas circunscrito à esfera jurídica, mas também política, econômica, cultural”*.⁵⁹

Diante do exposto, os princípios éticos fundamentais funcionaram como postulados constitucionais conformadores de todo o sistema normativo, pois que, segundo SILVA NETO, reitera-se, *“evidenciam sua relevância não apenas como diretrizes para a produção de normatividade pelo legislador, mas também como normas vinculantes de comportamentos de entes públicos e privados”*⁶⁰.

SILVA NETO faz a referência a CANOTILHO para definir o que seriam esses princípios jurídicos fundamentais:

[...] consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do Direito Positivo.⁶¹

Como se depreende das lições acima colacionadas, os princípios éticos, consagrados na Constituição, tornam-se direitos fundamentais e valores superiores que conformam toda a interpretação do Direito Constitucional, como também todo o Direito.

Em realidade, a Constituição estabelece tais direitos, fundamentais, cujos principais expoentes são os princípios da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, que são os fundamentos do Estado Democrático Brasileiro, conforme prescreve inclusive o Preâmbulo e que estão referendados explicitamente em inúmeras outras normas constitucionais, de modo a constituir um verdadeiro sistema

⁵⁸ SILVA NETO, 2012, pag.42.

⁵⁹ Idem, pág. 55.

⁶⁰ Idem, pág. 66.

⁶¹ Idem, ibidem.

constitucional orientado por uma Ética de convivência humana, que contém como lema principal a Dignidade da Pessoa Humana.

Corroborando tal Ética constitucional, SILVA NETO arrebatou:

Quando o elemento constituinte originário põe sob destaque a pessoa humana, consagrando a sua dignidade, tem em mira pugnar pela humanização do sistema constitucional.

Com Efeito.

Se a Constituição é o estatuto jurídico dentro do qual foram disciplinadas questões da mais alta importância para a organização do Estado brasileiro, como a previsão de eleições, duração dos mandatos, competência das unidades federativas, organização das funções estatais legislativa, executiva e judiciária, intervenção federal e tantas outras disposições da ordem, a referência à dignidade da pessoa humana funciona como cláusula de advertência para a circunstância de que, não obstante seja a Constituição o texto que disciplinará as relações de poder, o que mais importa, em suma, é colocar a serviço do ser humano tudo o que é realizado pelo Estado. Não fosse assim, se imaginássemos uma organização estatal fleumática, soberba e indiferente às demandas dos indivíduos, teríamos de aceitar passivamente a tese de que o Estado é um fim em si mesmo e não um meio ao atingimento de finalidades que, em último grau, contemplam a melhoria das condições de vida das pessoas.⁶²

Diante do exposto neste capítulo, a conclusão a que se chega é a de que Ética tem como função conformar todo o Sistema Constitucional para alcançar o bem comum, de acordo com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e com todos os outros princípios éticos contidos expressa ou implicitamente em seu texto, uma vez que resta evidenciado que a Constituição, antes de ser um instituto jurídico que inaugura uma nova ordem Estatal, constitui-se primordialmente como substrato político e **ético** da própria comunidade. Tal substrato será abordado a seguir sob perspectiva de Ricoeur.

⁶² SILVA NETO, 2012, págs. 69-70.

2. HERMENÊUTICA, ÉTICA E JUSTIÇA EM PAUL RICOEUR

Neste capítulo, será trabalhada a proposta Ética de Paul Ricoeur e, como consequência, a sua definição do significado de Justiça e Instituições justas.

Preliminarmente, faz-se necessário compreender sua hermenêutica filosófica que tem aplicabilidade para esta pesquisa jurídica, pois ela traz consigo uma teoria de interpretação crítica que é necessária para a compreensão das normas jurídicas no caso concreto.

Com efeito, a partir da perspectiva do tratamento ricoeuriano dado à linguagem, à ontologia e com uma teoria de conflitos de interpretações, o método hermenêutico do filósofo francês pode ser utilizado na seara jurídica, uma vez que todo o Direito é substantivamente linguagem, que é transcrita num discurso verbal, o qual se exprime num texto.

2.1. Hermenêutica Filosófica, Hermenêutica Ricoeuriana e o sentido de justiça.

Segundo Antônio Braz Teixeira, a palavra hermenêutica vem do grego *hermeneuin* - significando interpretar, esclarecer, levar à compreensão - e sua origem é atribuída a Hermes – mensageiro dos deuses.⁶³

A Hermenêutica começou, então, como interpretação de textos bíblicos, os quais guardavam semelhança com a hermenêutica jurídica, pois ambos interpretavam textos que têm forma normativa e autoritária, com duplo caráter de validade e obrigatoriedade.

Todavia, consoante Celso Reni Braidia, foi Friedrich Daniel Ernest Schleiermacher (1768-1834) o precursor da Hermenêutica como conhecimento filosófico, pois a idealizou como fundamento geral para as ciências humanas ou

⁶³TEIXEIRA, Antonio Braz Teixeira. *Filosofia e Metodologia do Direito II: Apontamentos*. Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias. 2010-2011. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/94351220/A-Razao-Juridica-Hermeneutica>>. Acesso em 24 mar 2013, p. 30.

ciências do espírito, em face da pretensão hegemônica da metodologia positivista das ciências naturais à época.⁶⁴

Com Schleiermacher, as ciências humanas ganharam inteligibilidade compreensiva, objetivando a apreensão do sentido na interpretação de textos, de maneira distinta da característica explicativa das ciências naturais, as quais buscavam determinar as causas de um fenômeno através da observação e da quantificação.

A compreensão hermenêutica proposta por Schleiermacher, em suma, colocou à prova a objetividade científica das ciências humanas ao estabelecer a inseparabilidade de sujeito e objeto; o condicionamento de toda expressão do humano a um determinado horizonte linguístico; a circularidade entre o todo e o particular, que impede a compreensão por mera indução, e a referência à pré-compreensão, a qual destaca a prioridade da pergunta sobre a resposta e problematiza a noção de dado empírico puro.⁶⁵

Schleiermacher utilizou-se da dialética para demonstrar a relatividade do saber, diante da inseparabilidade de pensamento e linguagem e a inexistência de uma linguagem universal, pois a linguagem é algo histórico.

Schleiermacher desloca, então, a hermenêutica do domínio técnico e científico para o domínio filosófico, sob o argumento de que aquela está ligada à arte de falar e à arte de pensar. Seu objetivo consistia na compreensão do autor e não apenas a compreensão do texto enquanto texto, o que caracteriza o enfoque teórico da hermenêutica romântica de acordo com o prisma psicológico.

Nesse sentido, Jean Grondin pontua que o desenvolvimento de uma hermenêutica universal, como algo novo e como arte da compreensão, foi proposta por Schleiermacher.⁶⁶

Diante dessa proposição inicial do precursor da hermenêutica filosófica, surgem temas como pré-compreensão ou o do círculo hermenêutico, consistindo na relação entre o intérprete e sua pré-compreensão e o texto a interpretar, que posteriormente serão desenvolvidos pelos discípulos de Schleiermacher.

⁶⁴SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica – Arte e técnica da interpretação*. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999, p.7-22.

⁶⁵ Idem, *ibidem*.

⁶⁶GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999, p.118.

Grondin, todavia, pondera que Schleiermacher mesmo tendo proposto métodos universais de interpretação, não forneceu regras para sua aplicação e que sua hermenêutica foi predominantemente psicológica, cujo objetivo único do intérprete era penetrar, por detrás do discurso, até o pensamento interior, pois o problema, em regra, consistiria em entender o que o escritor queria dizer, mais do que uma questão meramente linguística ou gramatical. Logo, Schleiermacher abandonou a questão de sentido para se centrar no ato criador, no autor.⁶⁷

O círculo hermenêutico de Schleiermacher ficou, portanto, delimitado à totalidade da vida individual, ao todo de um gênero de literatura e à individualidade do escritor, sendo que a língua seria a manifestação do pensamento interior, ou seja, a tentativa de comunicação de uma alma.⁶⁸

Depois, seguiram-se as teorias de Wilhelm Dilthey, que defendia a compreensão de formas objetivas históricas; Emílio Betti com sua teoria geral da interpretação e Heidegger que, afastando-se do caráter metodológico dos filósofos anteriores, propõe uma corrente ontológica ou filosófica da hermenêutica, como interpretação da compreensão do homem em si, do ser. Essa última corrente teve como discípulos Hans-Georg Gadamer e o próprio Paul Ricoeur os quais a viam como hermenêutica fenomenológica.⁶⁹

Dilthey ainda tinha o elemento psicológico no centro de sua visão hermenêutica, o qual utiliza como paradigma para achar um fundamento filosófico para as ciências de espírito, a ciência histórica. Assim, sua base hermenêutica seria a natureza psicológica, mas numa psicologia descritiva e analítica, cuja base é a vivência humana.⁷⁰

Sobre o caminho hermenêutico de Dilthey, Grondin escreve que este se inicia a partir das exigências metodológicas do historicismo, numa tentativa de legitimar gnoseologicamente a cientificidade das ciências do espírito. Desta forma, Dilthey buscou encontrar uma sólida âncora para as ciências do espírito na experiência interior ou fatos da consciência.⁷¹

Analisa Nicola Abbagnano:

⁶⁷ GRODIN, p. 129-132.

⁶⁸ Idem, p. 134-135.

⁶⁹ TEIXEIRA, 2010-2011, p. 32-33.

⁷⁰ Idem, p. 38-39.

⁷¹ GRONDIN, 1999, p. 146-147.

[...] foi Dilthey, que, em *Introdução às ciências do espírito* (1883), insistiu na diferença entre as ciências que visam conhecer causalmente o objeto, que permanece externo, isto é, as Ciências naturais, e as que, ao contrário, visam compreender o objeto (que é o homem) e a revivê-lo intrinsecamente, isto é, as Ciências do espírito.⁷²

Grondin aponta como lacuna da psicologia da vivência metodologicamente estruturada de Dilthey o fato de que a Psicologia nem sempre contém uma realidade tão clarividente em termos metodológicos. Acrescenta que Dilthey não conseguiu estabelecer uma conexão plausível entre o seu novo princípio psicológico e as ciências do espírito, nem tratou do tema em termos hermenêuticos.⁷³

Afirma Grondin que, somente em obra posterior - *A edificação do universo histórico nas ciências do espírito de 1895*, Dilthey volta-se para hermenêutica, com o conceito de vivência e compreensão para as ciências do espírito. Destarte, as ciências do espírito diferenciam-se das ciências naturais por causa de sua relação com o seu objeto, que passa por um movimento de autorreflexão, ou seja, por um fluxo de compreensão de fora para dentro.⁷⁴

Grondin expõe que, nessa nova obra, Dilthey coloca a compreensão não como algo psicológico, mas como um retorno a uma configuração espiritual. Logo, a investigação da palavra interior passa a ser a tarefa de todas as ciências do espírito que pretendem compreender. O autor aponta que a partir daí a hermenêutica segue esse horizonte de Dilthey previsto em obra tardia, no qual a psicologia é desalojada daquela.⁷⁵ (p. 153).

Entretanto, a seu ver, Dilthey, apesar de tentar dar segurança à compreensão, em verdade não teria conseguido superar a tensão entre o esforço científico e a percepção da inalienável historicidade da vida humana, que tornaria inexecutável um objeto metodológico para as ciências do espírito.

A partir deste contexto, a filosofia hermenêutica do século XX vai reconhecer tal problema e anteporá o universalismo da historicidade.⁷⁶

Martin Heidegger, então, traz uma dimensão ontológica à hermenêutica. Segundo Teixeira, o filósofo alemão entende que a facticidade tem um ser que está

⁷²ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução e tradução de novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.141.

⁷³GRONDIN, 1999, p. 150.

⁷⁴ Idem, p. 151-152.

⁷⁵ Idem, 152-153.

⁷⁶ Idem, 1999, p. 155.

capacitado para a interpretação e dela é carecido, sendo inerente ao seu ser o estar, de algum modo, já interpretado, aclarando a alienação de si próprio de que o existir está afetado.⁷⁷

Segundo o próprio Heidegger, “*a filosofia somente se põe em movimento por um peculiar salto da própria existência nas possibilidades fundamentais do ser-aí, em sua totalidade.*”⁷⁸

A hermenêutica filosófica heideggeriana consistiria na interpretação que o ser do existente faz de si próprio, sendo que o fenômeno fundamental do existir seria a temporalidade, pois o existir se move no tempo de um modo determinado de falar de si mesmo – falatório – em que residiria a pré-compreensão que o existente tem de si.

Para Heidegger, só a partir de uma teoria analítica existencial poderia se constituir uma ontologia fundamental e universal que parte da hermenêutica do existir do homem, a quem ele nomeia Dasein – ser-aí no mundo.

O ser do homem tem seu sentido na temporalidade e se constitui pela historicidade, determinando-se pela linguagem. Assim, a fenomenologia do ser do homem é hermenêutica no sentido de tarefa de interpretar, mas também de elaboração das condições de possibilidade de toda a investigação ontológica, ou seja, Heidegger propõe uma teoria analítica da existencialidade da existência.⁷⁹

A compreensão, por sua vez, teria estrutura existencial de projeto, no modo de ser do existente em que este é suas possibilidades. Logo, a interpretação se funda, existencialmente, na compreensão, divergindo da hermenêutica anterior.

A interpretação vem a ser tomar conhecimento do que se compreendeu, elaborando as possibilidades projetadas na compreensão.

Tal interpretação baseia-se numa concepção prévia e o que é compreendido não é o sentido, mas o ente ou o ser, pois todo ente não dotado do modo de ser da existência é desprovido de qualquer sentido.

⁷⁷TEIXEIRA, 2010-2011, p. 46.

⁷⁸HEIDEGGER, Martin. *Que é metafísica?* Disponível em: <http://virtualbooks.terra.com.br/freebook/didaticos/Que_e_Metafisica.htm>. Acesso em 29 abril 2013, pg. 242.

⁷⁹STEIN, Ernildo. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre. EDIPUCS, 2011, p. 153.

Decorre daí a ideia do círculo da compreensão, pois que toda interpretação que se coloca no movimento de compreender já deve ter compreendido o que se quer interpretar.

Consoante Teixeira, esse círculo ontológico hermenêutico de Heidegger pertence à estrutura do sentido e radica na constituição existencial do ser enquanto compreensão que interpreta.⁸⁰

Grondin pontua que tal novo rumo de universalidade da historicidade tem como sinal a ontologia da vida real de Heidegger, que transformou a hermenêutica na base universal da filosofia. Para ele, Heidegger e sua hermenêutica como auto-esclarecimento da interpretação existencial avançaram de forma duradoura para o centro da reflexão filosófica.⁸¹

Analisa Grondin que a obra *Ser e o Tempo* de Heidegger trouxe o pensamento mais importante sobre a hermenêutica da facticidade e a pré-estrutura da compreensão, em que a compreensão humana surge a partir de uma pré-compreensão que vem da situação existencial e que delimita o enquadramento temático e a validade de cada tentativa da interpretação. Então, a pré-estrutura consiste no *Dasein*, ou ser-aí do homem, caracterizando-se por uma interpretação anterior a qualquer enunciado.⁸²

Deste modo, Heidegger afasta-se de compreensão epistemológica de Dilthey para elaborar uma forma mais universal de hermenêutica, em que a compreensão significa a arte, o poder de *entender-se sobre algo*. A compreensão, assim, é um situar-se no mundo.

Grondin alerta que a hermenêutica de Heidegger é oposta à noção de que estamos inexoravelmente colhidos por nossos preconceitos. Para ele, Heidegger visa um explícito esclarecimento dessa pré-estrutura histórica dada, a qual ele denomina de interpretação.⁸³

Grondin discorre que Heidegger recepciona o círculo hermenêutico quando prega o retorno reflexivo à própria pré-estrutura, controlando parcialmente a interpretação de fundo para que a diversidade das coisas a serem desvendadas possa vir à tona. Radicaliza-se, desta maneira, a tendência à interpretação que

⁸⁰ TEIXEIRA, 2010-2011, p. 50.

⁸¹ GRONDIN, 1999, p. 156-157.

⁸² Idem, p. 158-159.

⁸³ Idem, p. 163.

inabita a compreensão, visando uma auto-interpretação da facticidade, ou interpretação da interpretação, para que o ser-aí possa ser transparente para si mesmo.⁸⁴

A hermenêutica heideggeriana, portanto, consiste na tarefa de tornar-se acessível cada ser-aí a este mesmo ser-aí, formando para este uma possibilidade de torna-se e de ser entendedor para si mesmo.

Em contraponto, surge Emílio Betti que, por sua vez, considerou a hermenêutica como metodologia geral das ciências do espírito e abandonou a via psicológica anterior.

Para Betti, a interpretação visa resolver o problema epistemológico da compreensão. Interpretar seria, para ele, trazer algo à compreensão, efetivado através da linguagem, incidindo sobre formas objetivas da mente.

Na hermenêutica de Betti, o processo de compreensão era triplo, envolvendo intérprete e a mente objetivada, em formas significativas. O intérprete reconstrói um pensamento alheio e o recria a partir de si mesmo, tornando-o seu ao mesmo passo que o objetiva. Daí o conflito entre elemento subjetivo e a objetividade.

Para Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, o problema hermenêutico em Betti tornou-se uma questão epistemológica, voltando-se à explicação do que é compreender e à fixação de regras que orientem tal esforço, garantindo-lhes resultado. Betti, assim, defende a autonomia do objeto da interpretação e a possibilidade de uma objetividade histórica na elaboração de interpretações válidas.⁸⁵

Grondin expõe que Betti defendeu a posição do metodologismo, para garantir objetividade, no sentido de que este compôs uma hermenêutica polêmica e reacionária ao colocá-la de modo a resistir às hermenêuticas existenciais, subjetivistas e relativistas.⁸⁶

Grondin descreve que Betti propõe quatro cânones da interpretação, para evitar a arbitrariedade desta. No primeiro, a autonomia hermenêutica, segundo a

⁸⁴GRONDIN, p. 166-167.

⁸⁵SPAREMBERGE, Raquel Fabiana Lopes *Betti X Gadamer: Da Hermenêutica Objetivista à Hermenêutica Criativa*. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1753/1450>>. Acesso em 28 abril 2013, p. 174.

⁸⁶GRONDIN, 1999, p. 209.

qual o sentido a ser interpretado deve ser o sentido originário e imanente do texto e não a projeção do intérprete; no segundo, propõe que a totalidade da conexão significativa da contemplação hermenêutica, que determina tomar o texto como um sentido em si afinado e coerente; o terceiro prescreve que o intérprete deve perseguir o processo criador e traduzi-lo para a sua própria atualidade vital; e o quarto trata da correspondência hermenêutica de sentido em que deve o intérprete estar disposto a trazer a própria atualidade vivencial na mais íntima consonância e harmonia com a estimulação que ele experimenta como oriunda do objeto.⁸⁷

Ao analisar esses cânones, Grondin questiona se eles poderiam realmente fundir a objetividade de interpretações científico-espirituais e diferenciar de maneira positiva as interpretações corretas das falsas. Para o autor, em realidade cada interpretação quer ser afinada e corresponder ao seu objeto. Segundo ele, em tal tarefa não podem existir cânones ou regras e Betti teria se satisfeito com soluções meramente verbais. Conclui, então, que a hermenêutica de Betti não conseguiu ser objetiva e positiva, como se havia comprometido, de modo que o autor se filia à hermenêutica da aplicação ontológica para melhor ter acesso ao significado e ao espírito interior, possível apenas através de sinceros questionamentos e expectativas.⁸⁸

Dentro desse panorama hermenêutico, insere-se a proposta filosófica de Gadamer e Ricoeur.

A hermenêutica universal de Gadamer segue Heidegger no caminho da hermenêutica da linguagem, empenhado também na compreensão.

Teixeira expõe que, para Gadamer, compreender e interpretar textos pertence à experiência humana do mundo, o que evidencia que o problema hermenêutico não é um problema metodológico.⁸⁹

Dessa maneira, em sua principal obra – Verdade e Método (1960), Gadamer tem como objetivo estabelecer os fundamentos de uma hermenêutica filosófica.

De fato, Hans-Georg Gadamer introduz a mencionada obra com o objetivo de falar sobre o problema da hermenêutica, que, segundo ele, sempre esteve forçando os limites que lhe são impostos pelo conceito metodológico da moderna

⁸⁷ GRONDIN, 1999, p. 213-214.

⁸⁸ Idem, *ibidem*.

⁸⁹ TEIXEIRA, 2010-2011, p. 50-51.

ciência. Explica que entender e interpretar texto não se restringe ao empenho da ciência, pois pertence ao todo da experiência do homem no mundo.⁹⁰

Em outras palavras, o fenômeno hermenêutico não é um problema de método, uma vez que não se compreende a tradição apenas por textos, mas também se adquirem juízos e se reconhecem verdades.

Gadamer ensina que o fenômeno hermenêutico apresenta validade própria e resiste à tentativa de ser transformado em método da ciência.

Afirma ele que sua pesquisa pertence à tendência da ciência moderna contra a pretensão de universalidade da metodologia científica.⁹¹

Em Gadamer, a verdade ultrapassa o campo do controle da metodologia científica e indaga sua própria legitimação, que a seu ver só pode ser alcançada pelo aprofundamento no fenômeno da compreensão. As ciências do espírito, portanto, confluem com formas de experiências como a da filosofia, da arte e da história, que se situam fora da ciência.

Gadamer defende que a compreensão se nos apresenta como uma experiência superior à tradição histórica da filosofia. Admite que faça parte do filosofar contemporâneo, no estudo dos clássicos do pensamento filosófico, a ideia de que pensadores como Platão, Aristóteles, Leibniz, Kant ou Hegel imponham uma pretensão de verdade que não pode ser atualmente rejeitada nem sobrepujada. Para o autor, não se trata de ingenuidade da atualidade, mas de consciência de que não haveria outro modo, além da própria experiência, para conhecer a verdade.⁹²

Outro esclarecimento que Gadamer pontua é que as verdades suplantam fundamentalmente o âmbito do conhecimento metodológico, como ocorre nas ciências do espírito, em que a tradição histórica, mesmo sendo tratada como objeto de pesquisa, acaba se manifestando em sua verdade, pois não pode ser classificada como verdadeira ou falsa, como queria a crítica histórica, uma vez que transmite sempre a verdade, da qual devemos *tirar proveito*.⁹³

A hermenêutica é vista pelo discípulo de Heidegger como uma forma de filosofar, traduzindo-se como uma tentativa de entender o que são as ciências do

⁹⁰GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 10. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 29.

⁹¹ Idem, p. 29-30.

⁹² Idem, 2008, p. 30.

⁹³ Idem, p. 31.

espírito, sob um prisma que vai além da sua autoconsciência metodológica, ligando-as ao conjunto de nossa experiência de mundo.

Segundo Gadamer, sua obra não traz uma arte de compreender, como defendia a hermenêutica tradicional da filologia e da teologia, pois, em sua opinião tal teoria ignora que, em face da verdade do que diz a tradição, o formalismo do saber artificial se arroga uma superioridade que é falsa. Para ele, o universo verdadeiramente hermenêutico é formado não somente pela tradição histórica e pela ordenação natural da vida que constituem a unidade do mundo em que os homens vivem, como também pelo modo como experimentamos uns aos outros, como experimentamos as tradições históricas e as ocorrências naturais de nossa existência e de nosso mundo, para o qual estamos sempre abertos.⁹⁴

Pondera Gadamer que a conceptualidade em que se desenvolver o filosofar já está sempre conosco, da mesma forma em que nos vemos determinados pela linguagem em que vivemos. O fato de conscientizarmo-nos desse pressuposto pertence à honestidade do pensamento, caracterizando-se numa nova consciência crítica, a qual coloca os costumes de linguagem e de pensamento, que se formam para o indivíduo na comunicação com o seu mundo circundante, diante do fórum da tradição histórica, da qual fazemos parte.⁹⁵

Aduz que sua pesquisa busca ligar o máximo possível o questionamento histórico-conceitual com a exposição objetiva de seu tema. Menciona ainda a conscienciosidade da descrição fenomenológica, que Husserl converteu em dever, a amplitude do horizonte histórico, no qual Dilthey situou a filosofia, e a conjugação de ambos os impulsos por Heidegger.⁹⁶

Ademais, Gadamer admitia que o homem é histórico, daí o caráter da temporalidade, e que o objeto da compreensão se apresenta como algo que está a uma certa distância temporal daquele que compreende e lhe é transmitido pela tradição.

Assim, a compreensão em Gadamer está ligada ao deslocar para um acontecer da tradição em que o passado e o presente se encontram em mediação. Aqui se insere o círculo hermenêutico, onde a compreensão do texto se encontra

⁹⁴ GADAMER, p. 31-32.

⁹⁵ Idem, p. 32.

⁹⁶ Idem, 2008, p. 34.

continuamente determinada pelo movimento antecipatório da pré-compreensão, sendo que há dois movimentos: o da tradição e o do intérprete.⁹⁷

Nesse sentido, somente a distância do tempo permite distinguir os preconceitos que tornam possível a compreensão daqueles que a impedem e geram mal entendidos. Ademais, a compreensão nunca é meramente reprodutiva, mas também criadora, pois o sentido do texto supera o seu autor em virtude da situação histórica do intérprete.

A noção de situação é o horizonte hermenêutico de Gadamer, que se divide em dois: o do intérprete e o próprio de cada época a que ele se desloca, cabendo à hermenêutica encontrar o horizonte correto para o intérprete face à tradição.

Destarte, o processo hermenêutico gadameriano engloba compreensão, interpretação e aplicação, em que a interpretação é a forma específica da compreensão, tal como a linguagem e os conceitos, que constituem um momento estrutural interno da compreensão. Por outro lado, na compreensão tem sempre lugar algo como a aplicação à situação atual do intérprete do texto que se quer compreender.

Grondin assevera que Gadamer compactua com Heidegger no sentido de conceber como tarefa crítica da interpretação a elaboração de esboços prévios para que o objeto possa ter sua validade perante os mesmos, uma vez que a compreensão deve se esforçar para desenvolver princípios adequados à realidade.⁹⁸

Para Grondin, Gadamer vê a solução da tarefa crítica da hermenêutica pela diferenciação dos verdadeiros preconceitos dos falsos na distância histórica do tempo, o que tornaria o juízo mais seguro.⁹⁹

Todavia, o próprio Gadamer reconheceu a unilateralidade desse princípio da distância temporal para a hermenêutica, pois, conforme explicita Grondin, a História atua muito comumente de modo encobridor. Logo, Gadamer fala que esta solução é apenas capaz de frequentemente propor concepções melhores, pois o problema permaneceria sem solução.¹⁰⁰

Reitera Grondin, que outro ponto importante em Gadamer, é a questão da compreensão aplicadora porque questionadora. Em Gadamer, a compreensão é

⁹⁷ TEIXEIRA, 2010-2011, p. 52.

⁹⁸ GRONDIN, 1999, p 187.

⁹⁹ Idem, p. 188-189.

¹⁰⁰ Idem, ibidem.

também uma conduta produtiva. Sua hermenêutica da aplicação obedece à dialética da pergunta e da resposta, na qual entender algo significa ter aplicado algo a nós, de maneira que descobrimos uma resposta para as nossas indagações.¹⁰¹

Grondin percebe que Gadamer, como representante mais recente de uma hermenêutica original e global, vincula a universalidade do processo hermenêutico com a dependência que a compreensão tem da conversação, para chegar além da limitação dos eventuais horizontes das pessoas em diálogo.¹⁰²

Como aduz Sparenberger, Gadamer não estava preocupado com o estabelecimento de uma perspectiva que possa orientar a interpretação.¹⁰³ Conclui-se, então, que a hermenêutica filosófica de Gadamer teve como proposta analisar o que ocorre no momento em que compreendemos um texto, aproximando a interpretação da vivência humana.

Por sua vez, a proposta de fenomenologia crítica de Ricoeur tem aplicabilidade para a pesquisa jurídica da ética constitucional no sentido de que um dos grandes problemas do conceito de justiça se refere à interpretação jurídica.

Quando há uma problemática jurídica centrada na falha de compreensão de um texto legal, na existência de variadas possibilidades de interpretação ou mesmo numa lacuna jurídica que deixa o intérprete atônito diante do caso concreto que necessita de uma solução, a hermenêutica ricoeuriana pode fornecer as ferramentas necessárias para indicar o caminho da pacificação social, na medida em que esta lida com a teoria da interpretação, questão esta afeta ao Direito, em razão da manifestação primordial deste na linguagem, mediante, comumente, um discurso verbal que se exprime numa norma legal escrita.

O trabalho acadêmico de Ricoeur reflete seu pensamento de que a ontologia que busca apreender o ser do homem é imperfeita, de modo que os leitores que se debruçam sobre os escritos de Ricoeur encontram dificuldade em compreender sua filosofia, justamente porque o filósofo esmiuçava diversas perspectivas em cada uma de suas obras.

Pontue-se que as proposições filosóficas de Ricoeur refletem seu contato com as ideias do existencialismo, do personalismo e da fenomenologia, uma vez

¹⁰¹ GRONDIN, p. 194.

¹⁰² Idem, 207.

¹⁰³ SPAREMBERGER, p.186.

que aquele foi definitivamente influenciado por obras de Heidegger, Husserl e Jaspers.

Ricoeur, assim, escreveu sobre a Fenomenologia em duas das suas obras mais relevantes - "Da interpretação. Ensaio sobre Freud, de 1965" e "O Conflito das Interpretações - 1975", nas quais tratou da temática da Hermenêutica.

Ademais, Ricoeur trouxe grande contribuição para o aprofundamento da "filosofia da vontade", com as obras "A filosofia da Vontade "(primeira parte): O Voluntário e o Involuntário, 1950; segunda parte: Finitude e Culpa, 1960, em dois volumes: O Homem Falível e A Simbólica do Mal.

Segundo Sérgio Vieira Ramos, Ricoeur, todavia, até meados dos anos 80 do século passado, era um filósofo simplesmente ignorado no cenário filosófico francês e, ainda que mais prestigiado nos Estados Unidos, esteve afastado do domínio mais ampliado do debate filosófico internacional. Ricoeur apenas começou a receber reconhecimento, por conta pela progressiva superação, particularmente na França dos anos 60 e 70, de ortodoxias filosóficas do século XX e pelas descobertas e investidas na interpretação tópica ou arquitetônica do seu pensamento.¹⁰⁴

Não se pode negar, entretanto, que Ricoeur é um homem do seu tempo, uma vez que, à sua época, a filosofia da linguagem ganhava terreno para debate, pois esta passou a ser o lugar próprio do filosofar, para revelar a totalidade linguística da sua existência, em detrimento do já superado paradigma do ser.

Ricoeur estava dividido entre uma hermenêutica concebida como manifestação e restauração de um sentido que nos é dirigido como uma mensagem, uma proclamação ou um anúncio e uma hermenêutica entendida como desmistificação ou como redução de ilusões. Nesse sentido, suas palavras:

"Temos primeiro a linguagem objeto, depois a linguagem na qual se descrevem as estruturas elementares do precedente, depois aquela na qual se elaboram os conceitos operatórios desta descrição, enfim, aquela na qual se axiomatizam e definem os precedentes. Através desta visão clara dos níveis hierárquicos da linguagem, no interior da clausura linguística, o postulado desta ciência, isto é, que as estruturas construídas no nível metalinguístico são as mesmas que as imanentes à linguagem, é melhor evidenciado. O segundo postulado, ou escolha metodológica, é o da

¹⁰⁴ RAMOS, Sérgio Vieira Ramos. *Por uma pequena ética: sentido e possibilidade da contribuição do projeto filosófico de Paul Ricoeur à filosofia prática*. Tese de apresentada ao Curso de Doutorado em Filosofia da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da UFMG. Disponível em: <www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/ARBZ-854J9C>. Acesso em 20.05.2012., p. 13.

mudança de nível estratégico da análise: tomar-se-á como referência não as palavras (lexemas) mas estruturas subjacentes, inteiramente construídas pelas necessidades da análise.”¹⁰⁵

De acordo com António Braz Teixeira, Ricoeur, por influência da fenomenologia de Gadamer e Heidegger, desenhou uma hermenêutica fenomenológica. Para o filósofo francês, então, havia duas maneiras de fundamentar a hermenêutica fenomenológica: a via curta e a via longa. Na via curta, buscava-se entender se o homem é um ente cujo ser consiste em compreender. Na via longa, que é a opção seguida por Ricoeur, a questão reportava-se quanto a saber o que acontece a uma epistemologia da interpretação quando é tocada, animada ou absorvida por uma ontologia da compreensão.¹⁰⁶

Observe-se, porém, que para Ricoeur, a interpretação não parte do nada. A interpretação decorre também da tradição humana. Assim escreve o filósofo:

(...) a interpretação possui uma história e que esta história é um segmento da própria tradição; não se interpreta de parte alguma, mas para explicitar, prolongar e, assim, manter viva a própria tradição na qual nos encontramos. É assim que o tempo da interpretação pertence de certa forma ao tempo da tradição.¹⁰⁷

Então, para Ricoeur, um dos focos de qualquer hermenêutica é o de lutar contra a distância cultural, ou seja, com a distância temporal entre o texto e o seu intérprete, como distância hermenêutica ou interpretação que atualiza o sentido do texto para o leitor presente. Nesse ponto, ele discorre reiteradamente:

“A tarefa da fenomenologia precisa-se: esta posição do sujeito, que toda a tradição do Cogito invoca, é preciso daqui em diante operá-la na linguagem e não ao lado, sob pena de nunca ultrapassar a antinomia da semiologia e da fenomenologia. É preciso fazê-la aparecer na instância do discurso, isto é, no ato pelo qual o sistema virtual da língua se torna o acontecimento atual da fala.”

“Interpretamos para explicitar, prolongar e, assim, manter viva a própria tradição na qual nos encontramos.” (pag. 27)

“A tradição só vive no e pelo tempo de interpretação.”(pag. 27) ”¹⁰⁸

¹⁰⁵ RICOEUR, Paul. *O conflito das interpretações: ensaios de hermenêutica*. Porto: Rés, 1988, pg. 74/75.

¹⁰⁶ TEIXEIRA, Antonio Braz. *A Razão Jurídica I: apontamentos de Filosofia do Direito e Metodologia Jurídica I*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/68624155/20/Paul-Ric%C5%93ur>>. Acesso em: 21.05.2012, p. 57.

¹⁰⁷ RICOEUR, 1975. p. 27.

¹⁰⁸ RICOEUR, 1973, p. pg. 251.

Do mesmo modo, é necessário diferenciar explicação de compreensão em Ricoeur.

Teixeira aduz que é possível colocar a explicação debaixo do que se designava por um único arco hermenêutico e integrar as atitudes opostas de explicação e compreensão numa concepção global da leitura como atualização do texto, sendo no íntimo desta que, indefinidamente, explicação e interpretação se opõem e conciliam.¹⁰⁹

Logo, Teixeira esclarece que em Ricoeur a diferença entre explicação e compreensão teria de ser entendida em novos termos, porque a primeira explicação deixaria de apresentar-se como específica das ciências da natureza, uma vez que o seu nexos primeiro passaria a ser como linguagem e, por outro, viria estabelecer uma estreita complementaridade e reciprocidade entre as noções de explicação e interpretação, uma vez que esta última deixaria de ter na visão psicologizante da compreensão de outrem (acolhida por Schleiermacher e Dilthey), isto é, da norma e da sua inteligibilidade.¹¹⁰

Uma vez reconhecido o postulado ricoeuriano de que é na linguagem que se realiza a compreensão do ser ou ontológica, bem como admitida a noção de que um texto possui diversos sentidos, Ricoeur propõe que é na semântica das expressões que carregam múltiplos sentidos, a qual ele define como simbólica, que se deve procurar o eixo de referência para analisar a linguagem hermeneuticamente.

Antonio Braz Teixeira pontua:

Na sua abordagem, parte o filósofo de dois conceitos fundamentais, o de símbolo e o de interpretação. O primeiro era por ele entendido como “toda a estrutura de significação em que o sentido directo, primário, literal, designa, por acréscimo, um outro sentido indirecto, secundário, figurado, que apenas através do primeiro pode ser apreendido”. Correlato deste seria o conceito de interpretação, que, para Ricoeur, se apresentava como “o trabalho do pensamento que consiste em decifrar o sentido oculto no sentido aparente, em desdobrar os níveis de significação implicados na significação literal”, daqui resultando, como o pensador não deixou de sublinhar, que há interpretação onde há sentido múltiplo, sendo nela que essa pluralidade de sentidos se manifesta.

Deste seu modo de entender os dois conceitos básicos que operariam no domínio semântico da hermenêutica decorreria um conjunto de tarefas a realizar pelo intérprete.¹¹¹

¹⁰⁹ TEIXEIRA, p. 55 e seguintes.

¹¹⁰ Idem, p.56.

¹¹¹ Idem, p. 58.

Nesse contexto, pode-se aduzir que para Teixeira o duplo sentido ou a lógica transcendental, que se encontra no plano das condições de possibilidade, significa não apenas as condições da objetividade de uma natureza, mas também as próprias condições de apropriação do nosso desejo de ser. Teixeira entende que a lógica de duplo sentido, portanto, possibilita que a hermenêutica se transforme numa ontologia de compreensão, segundo a qual continua inserida na interpretação, conforme o círculo hermenêutico de Heidegger.¹¹²

Ricoeur critica tanto o estruturalismo que busca distanciar, objetivar, separar da equação pessoal do pesquisador a estrutura de uma instituição, de um mito ou de um rito, quanto censura o fato de o pensamento hermenêutico se misturar no chamado “círculo hermenêutico do compreender e do crer”. Segundo ele, tal círculo, “(...) o desqualifica como ciência e o qualifica como pensamento meditante.”¹¹³

Por tal motivo, Ricoeur aduz que “(...) a *passagem de uma ciência estrutural a uma filosofia estruturalista parece-me pouco satisfatória e mesmo pouco corrente.*”¹¹⁴

Ricoeur posiciona-se no sentido de que a tarefa da hermenêutica, no plano ontológico, é mostrar que a existência só se oferece à palavra e que, ao sentido e à reflexão, procede-se a uma exegese contínua de todas as significações que surgem nos monumentos culturais em que a vida está objetivada.

Diante dessa constatação, quando se fala em existência de uma filosofia hermenêutica, também poderá se falar que esta sempre será uma existência interpretada, porque na interpretação é que se descobre os diversos sentidos.

Nelson Cerqueira, ao examinar a relação entre interpretação e ideologia, concorda:

Acredito que cada texto – literário ou não literário – contém um tema subjacente (expresso na forma ou no conteúdo) com o qual o texto dialoga e que guia o leitor a uma compreensão. Alguns podem reagir à ênfase e propósito colocado no termo “tema” e afirmar que esta postura seria mais apropriada quando se lida com textos científicos ou legais ao invés de com poesia e ficção. Contudo, em nossa visão os textos poéticos e científicos não se referem, como os idealistas e ontologistas alegam, somente a si mesmos como sistemas fechados. Como textos legais e científicos, remetem, embora de uma maneira diferente, para além de si mesmos, visando um determinado tema.¹¹⁵

¹¹² TEIXEIRA, p. 58 e ss.

¹¹³ RICOEUR, 1975, p. 29

¹¹⁴ Idem, p. 40.

¹¹⁵ CERQUEIRA, Nelson. *Hermenêutica e Literatura*. Bahia, Cara, 2003, p. 255.

Visualiza-se, destarte, que esta hermenêutica do símbolo ou da palavra, transmuta-se, num momento posterior, numa hermenêutica do texto e, por fim, por uma hermenêutica da ação.

Josef Bleicher, sobre o livro *O Conflito de Interpretações*, atribui a Ricoeur uma contribuição importante para o pensamento hermenêutico, pois este conseguiu, mesmo limitando-se a interpretação de textos¹¹⁶, articular as teorias da hermenêutica até à época dele aventadas, através de uma reconstrução do sentido objetivo, e a apropriação do existencial do sentido tradicional, como situações igualmente justificadas e funcionais em diferentes níveis estratégicos.¹¹⁷

Nesse sentido, explica o Ricoeur: “(...) a hermenêutica constitui, assim, a camada objetivada da compreensão, graças às estruturas essenciais do texto.”¹¹⁸

Bleicher conclui sobre a hermenêutica ricoeuriana que “(...) o texto é interpretado com uma determinada intenção: a de compreender a existência que é expressa num texto. Por conseguinte, a interpretação é simultaneamente intencional e existencial.”¹¹⁹

De fato, Ricoeur buscou demonstrar que o homem não é um ser transparente para si e que é através da interpretação que ele toma conhecimento de sua existência. Logo, a hermenêutica terá que colocar em prática a compreensão esforçada da mensagem, no sentido de buscar o que nela está dito.

Reitere-se que, pelo texto *Interpretação e Ideologias*, Ricoeur define sua hermenêutica, como já exposto no tópico anterior, com uma “teoria das operações da compreensão em sua relação com a interpretação de textos.”¹²⁰

Portanto, se a metodologia ricoeuriana está voltada para a interpretação de textos para se buscar a compreensão do sentido neles contidos, os textos legais são mais do que aptos a se submeterem a tal investigação, em razão de que grande parte dos conflitos jurídicos decorre da dificuldade do intérprete em obter o sentido da norma legal.

¹¹⁶ Ricoeur: “Para o hermeneuta, é o texto que tem um sentido múltiplo; o problema do sentido múltiplo apenas se coloca para ele se se toma em consideração um tal conjunto, onde estão articulados acontecimentos, personagens, instituições, realidades naturais ou históricas.” (pg. 65)

¹¹⁷¹¹⁷ BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea*. Rio de Janeiro: Edições 79, 1980, p. 302.

¹¹⁸ RICOEUR, 1977, p. 27.

¹¹⁹ Idem, p. 315-316.

¹²⁰ RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1977, p. 17.

Ricoeur, sobre a questão dos métodos, escreveu que “(...) *a consciência de validade de um método jamais pode ser separada da consciência de seus limites*”.¹²¹

Então, o próprio filósofo já demonstrou que cada método tem sua limitação no sentido de alcançar à cientificidade desejada, ou, ao menos, a compreensão necessária à correta aplicação de um texto normativo.

Em realidade, aplica-se adequadamente a hermenêutica crítica de Paul Ricoeur à pesquisa jurídica, uma vez que, como propôs o filósofo, há uma dicotomia palpável entre o compreender a norma e o explicar a norma.

A hermenêutica jurídica é um método que pressupõe uma concepção dialética da relação entre interpretação e argumentação, ou seja, entre interpretar/argumentar, no plano jurídico e o sentido da lei deve, nesse caminho, ser procurado no texto e nas suas conexões intertextuais e não no comando ou na vontade do legislador.

Aliás, o próprio discurso jurídico consiste numa espécie particular do gênero discurso prático geral, conforme propõe Robert Alexy:

O núcleo da tese do caso especial consiste por isso em sustentar que a pretensão de correção também se formula no discurso jurídico; mas esta pretensão, diferentemente do que o ocorre no discurso prático geral, não se refere à racionalidade das proposições normativas em questão, mas somente a que, no ordenamento jurídico vigente, possam ser racionalmente fundamentadas.¹²²

Logo, o silogismo jurídico não pode se restringir à utilização exclusiva do critério da subsunção dum caso numa mesma regra, pois é necessária uma pré-noção, vinda da tradição, se dada norma é adequada a determinado caso.

Concorda Teixeira:

Com efeito, a aplicação de uma regra é aqui uma operação assaz complexa, em que a interpretação dos factos e a interpretação da norma se condicionam mutuamente, antes de se poder chegar à qualificação por meio da qual se dirá que certo comportamento é abrangido pela norma que se admite haja sido violada.¹²³

¹²¹ RICOEUR, 1975, p. 31.

¹²² ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchison Schild Silva: revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 217.

¹²³ TEIXEIRA, p. 65.

Desse modo, a interpretação dos fatos e a interpretação da norma estão se condicionando em reciprocidade, antes mesmo de se concluir qual norma incide num dado comportamento.

Teixeira conclui pelo caráter problemático do critério da subsunção, pois para o jurista português, este singulariza o raciocínio jurídico no campo mais visto do raciocínio jurídico, ao mesmo tempo em que faz com que a interpretação não só seja exterior à argumentação, mas constitua o seu *organon*, vindo a justificação das premissas de qualquer inferência jurídica a ser sempre o resultado do entrecruzamento da argumentação e da interpretação, sendo da dialética entre ambas que decorreria a unidade complexa que caracterizaria o que Ricoeur denominava epistemologia do debate judicial.¹²⁴

Segundo Ricoeur, um texto é sempre uma expressão fixada pela escrita, o que faz ser sempre autônomo, bem como é, por essência, aberto e polissêmico ou plurissignificativo. Assim, da mesma maneira será uma lei e uma decisão jurídica, que, uma vez separando-se de seus agentes – o legislador e o juiz – tornam-se também fixo e autônomo.¹²⁵

O caráter crítico da teoria de interpretação proposta por Paul Ricoeur em sua hermenêutica filosófica torna-a evidente sua aplicabilidade na pesquisa jurídica, mormente em temas referentes à problemática de busca do sentido nos textos legais.

Nessa perspectiva, deve-se avançar no sentido de se abandonar, quando necessário, o método hipotético-dedutivo, tão corriqueiro na metodologia da pesquisa em direito, diante da nova concepção fenomenológica das leis.

O Direito, portanto, deve perder, como propôs Paul Ricoeur, a antiga ideia de que a interpretação deve se ater à vontade do legislador, à literalidade do texto, e nada mais, pois ficou clara a existência de uma multiplicidade de significações possíveis para se compreender e aplicar um texto.

A contribuição da metodologia ricoeuriana consiste precipuamente no reforço de que a pesquisa jurídica deve se voltar para a busca dos vários sentidos que um mesmo texto pode trazer e nos quais aquele mais adequado para a solução do caso concreto possa ser encontrado.

¹²⁴ TEIXEIRA, p. 65.

¹²⁵ RICOEUR, 1975, p. 42.

Para Ricoeur, a tarefa da hermenêutica é desvelar o mundo que o texto desdobra diante de si e do intérprete, a metodologia da Ciência do Direito fundada nesta perspectiva permite ao pesquisador se desvencilhar das antigas visões tradicionais de conhecimento jurídico.

É possível, destarte, admitir variados sentidos a uma norma ou uma decisão jurídica, pois Ricoeur demonstra que a interpretação é um processo complexo, que percorre tanto a explicação como a compreensão, mas, no qual, há a necessidade de superação da distância entre texto e intérprete.

O sentido da Ética que Paul Ricoeur defende é pautado justamente por essa reflexão de que é preciso ir ao caso concreto para se chegar ao conteúdo de uma verdadeira justiça.

2.2. A Pequena Ética Ricoeuriana

Ricoeur, assim como Aristóteles, localiza a Ética ao lado do que é considerado como bom, enquanto que a Moral se reportaria aquilo que é tido como obrigatório.

Logo, nessa perspectiva, a ética difere-se da moral, porque viver bem não equivale a obedecer às normas.

Sergio de Souza Salles explana que tal diferenciação ricoeuriana trata de esclarecer o sentido circular inerente à dialética entre o ético, que consiste na dimensão teleológica da justiça, e a moral - sentido deontológico da mesma, em que se busca uma relação entre ambas, diante de “sua exigência intrínseca de reciprocidade, por seu apelo ao reconhecimento do outro em sua alteridade e, sobretudo, por universalidade extensível a cada um”¹²⁶.

Letícia Godinho de Souza corrobora, no mesmo sentido, aduzindo que Ricoeur propõe a distinção entre ética e moral, pois ele:

[...] reserva o termo ética para a visada da vida boa, de herança aristotélica, definida por seu caráter teleológico; para o termo *moral*, o ponto de vista deontológico, de herança kantiana, caracterizado por normas com pretensões à universalidade e de efeito constrangedor.”¹²⁷

¹²⁶ SALLES, Sérgio de Souza. *O sentido teleológico da justiça em Paul Ricoeur*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=107030ca685076c0>. Acesso em 20 dez 2013.

¹²⁷ SOUZA, Letícia Godinho, p. 102.

Desse modo, na pequena ética ricoeuriana, a ética tem primazia sobre a moral, pois esta seria subordinada à deontologia, o que provoca a necessidade de se observar a norma para que se alcance a visada ética.

Godinho de Souza conclui que a partir desta perspectiva, Ricoeur coloca o lugar filosófico do justo entre o bom e o legal. A autora descreve que, após esta análise, Paul Ricoeur propõe uma relação de complementariedade ético-moral, com uma subordinação do momento deontológico ao momento teleológico¹²⁸.

No texto do livro *Em Torno ao Político*, Ricoeur já buscou a delimitação do o lugar filosófico do justo, justificando três teses que descreveu em sua ética¹²⁹:

- a) prioridade da ética sobre a moral. Em outras palavras a prioridade da vida boa, com e para os outros, em instituições justas, sobre a norma moral;
- b) necessidade da ética de passar pelo crivo da norma moral.
- c) A legitimidade de um recurso da norma moral à ética que ocorre quando a norma leva a conflitos sem solução, em que a saída é se voltar para a sabedoria prática.

O justo baliza e legitima, de maneira pungente, uma decisão singular tomada em um clima de conflito e de incerteza.

Como já dito, dessa relação Ricoeur estabelece o lugar do justo entre o bom e o legal, o que nos conduz a ideia de que a justiça deve ser alcançada mediante um juízo de ponderação.

Assim, a justiça que se busca, sua fonte, está na filosofia, encontrada em Platão e Aristóteles.

De fato, a argumentação jurídica traz a questão da comunicação que por vezes pode ser falha devido a deficiências pessoais, principalmente de pessoas vulneráveis, que não conseguem se valer do discurso para demonstrar uma situação injusta. A questão da comunicação é trazida por Nelson Cerqueira, no seguinte trecho:

[...] O dilema da comunicação alude a fenômenos além das narrativas, lembrando ao leitor a trágica posição de indivíduos que, mesmo emancipados pelo sistema ou beneficiados com direitos civis, não são

¹²⁸ SOUZA, Letícia Godinho, p. 102-103;

¹²⁹ RICOEUR, Paul. *Em torno ao político*. Leituras 1. São Paulo: Edições Loyola, 1995, p. 161-162.

verbalmente aparelhados para captar o significado e limites destes direitos.¹³⁰

Adela Cortina propõe, numa lógica semelhante à de Ricoeur, diante da complexidade e diferença humana, uma ética cívica, que une as éticas deontológicas, centradas no dever-ser, e as éticas teleológicas, centrada em fins.

Essa “ética cívica” busca articular o justo e o bom, analisando o que seriam as éticas de justiça (éticas de mínimos) e éticas de felicidade (éticas de máximos).

A proposta de Cortina prescreve uma convivência pacífica de diferentes propostas de máximos felicitantes com mínimos irrenunciáveis de justiça.

Cortina assim define Ética:

(...) a ética não pode se confundir com o conjunto de normas e valorações geradas no mundo social, nem com o tratamento de tais normas e valorações que poderia ser feito pelas ciências, que procederiam *intentiō recta*. A ética se situa no nível reflexivo e auto-referencial do discurso filosófico.¹³¹

A Ética de Adela Cortina em muito se assemelha da proposta de Ricoeur, pois ambas constituem uma ética crítica, que se baseia no equilíbrio entre autonomia pessoal e na solidariedade social, de modo a se chegar numa sociedade justa.

Marília Muricy Machado Pinto nos alerta para o cuidado com o discurso político diante da Ética:

Fraude e mentira destroem a possibilidade do diálogo honesto, comprometendo a dignidade do discurso político, quer no que se refere a chamada macropolítica, quer mesmo no que toca as vicissitudes de sua vida privada, com francas repercussões no desempenho político das pessoas. Pois é assim que funciona, em sua integralidade a vida humana, pouco importando as artificiosas tentativas de romper a unidade ética, para proteger descabros, tais quais os que a toda hora, maltratam o Brasil. Felizmente, o direito tem, sobre esta questão, boa tradição jurisprudencial, que repele as tentativas dos espertos.¹³²

Ricoeur, com tal objetivo em mente, qual seja, de encontrar o justo, envia-nos à infância para reavivarmos a questão do injusto:

¹³⁰ CERQUEIRA, Nelson. *Hermenêutica e Literatura. Tradução de Yvenio Azevedo. Salvador-Bahia: Cara, 2003, p. 162-163*

¹³¹ CORTINA, 2010, p. 27-28.

¹³² PINTO, Marília Muricy Machado. *Verdade, ética e política*. Publicado em 15 de setembro de 2009. Disponível em: <www.terramagazine.terra.com.br/interna/00I3975464-EI14235,00-Verdade+etica+e+politica.html>. Acesso em 19 de outubro de 2011.

[...] Propositadamente, ao evocar lembranças da infância, cito o injusto antes do justo – tal como, aliás, o fazem com frequência, de modo visivelmente intencional, Platão e Aristóteles. Nosso primeiro ingresso na região do direito não terá sido marcado pelo grito: É injusto! É esse o grito da *indignação*, cuja perspicácia às vezes é assombrosa, se medida pelos parâmetros de nossas hesitações de adultos instados a pronunciar-nos sobre o justo em termos positivos.¹³³

Deste modo, o nosso primeiro e embrionário acesso ao Direito vem sempre marcado pelo grito de “isso é injusto!”, que expressa a nossa indignação face ao que é injusto.

Nesse diapasão, Ricoeur tem por introdutória a questão da justiça.

Injusto é expresso com um ponto de exclamação, como um modo de protesto, pois consiste no ponto de partida da indignidade da injustiça produzida pelo homem.

O filósofo entende que é preciso uma reflexão apurada, um julgamento justo quando o que está em pauta é uma gritante injustiça social.

Para isso, ele verifica que o jurídico oferecerá “a oportunidade de refletir sobre a especificidade do direito, em seu *lugar* próprio, a meio caminho entre a moral (...) e a política”.¹³⁴

Por essa razão, Ricoeur, no prefácio do Justo 1, retoma a já citada forma canônica proposta no livro no “No mesmo como no outro”, em que apresenta sua fórmula que caracteriza a perspectiva ética - o desejo de uma vida boa com e para os outros em instituições justas.

Todavia, vida boa não significa boa vida, ou seja, de conforto, saúde, pouco trabalho. Mas, sim, uma vida boa na expressão de sentido ético.

Ricoeur, destarte, estabelece uma fórmula primitivamente ética que subordina a reflexividade do si, a mediação da relação com o outro. A relação ao outro é constitutiva da consciência do si.

Reitere-se que os símbolos e a comunicação que estruturam nossa compreensão do mundo também tem sua importância na visada ética por trazerem referências básicas para o nosso constituir.

No primeiro ensaio do justo, a questão diretriz é quem é o sujeito do direito.

A estima de si e o respeito de si demonstra a dimensão de moral do homem como sujeito de imputação ético jurídica.

¹³³ RICOEUR, Paul. O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 5.

¹³⁴ RICOEUR, 2008, p. 3.

Ao homem enquanto sujeito de ações imputa-se, por exemplo, o ato de não fazer algo para salvar alguém.

Ricoeur analisa que diferentes autores por ele abordados em o Justo se afastam do Kantismo ortodoxo, já que dão uma dimensão diferente de autonomia e norma. Em Ricoeur, a união do eu com o outro está presente, mediado pela instituição, diferindo-se de Kant que faz um monologismo. Em suas palavras:

[...] Sem a mediação institucional, o indivíduo é apenas um esboço de homem, para sua realização humana é necessário eu ele pertença a um corpo político; nesse sentido, essa pertença não é passível de revogação. Ao contrário. O cidadão oriundo dessa mediação institucional só pode querer que todos os humanos gozem como ele essa mediação política que, somando-se às condições *necessárias* pertinentes a uma antropologia filosófica, se torna uma condição *suficiente* da transição do homem capaz ao cidadão real.¹³⁵

Desta forma, a concepção de vida boa assume na expressão que Ricoeur traz a questão da ação.

Portanto, a filosofia prática não se reduz a uma moral do dever, a obediência, a conformidade com a lei moral, como pensava Kant.

Ricoeur não se conforma com a dimensão deontológica. Ele acredita na dimensão teleológica, a finalidade visada quando agimos. Recorre, então, às primeiras linhas da obra Nicômaco de Aristóteles na qual em todas as nossas ações estamos a buscar algum bem.

O bem é a meta, o alvo para o qual tudo tende.

Não se ignora que o caminho a tal meta é permeado de obstáculos que nos rodeiam. A violência e as distorções que nos permeiam despertam a possibilidade de nos julgarmos culpados.

Para Ricoeur, não se pode deixar de lado o caráter de obediência e de imperatividade, bem como do dever ser.

Na filosofia ricoeuriana, quanto à simbólica do mal, o filósofo se confronta com questões entre o bem e o mal, que constituem um desafio da teologia e da filosofia.

Antes de tentarmos encarar mais de perto o entrelaçamento entre o ético e jurídico é preciso analisar o desejo de uma vida boa em Instituições Justas. Isso é de extrema importância quanto a questão dos erros judiciários que se chocam com a

¹³⁵ RICOEUR, 2008, p. 31.

noção de instituições justas. Mas essa noção não se refere apenas ao judiciário e à lei.

John Rawls desenvolve uma teoria procedural da justiça onde visa fazer da sociedade uma espécie de contrato social onde todos pudessem ter divisão de bens e de opiniões, segundo os preceitos de justiça como equidade que *“proporciona um ponto de vista publicamente reconhecido, com base no qual todos os cidadãos podem inquirir, uns frentes aos outros, se suas instituições são justas.”*¹³⁶

Ricoeur não concorda porque para ele essa teoria se limita ao dever de construir uma sociedade menos injusta possível. Para ele, essa ideia é correta, mas é restrita a teoria deontológica, não preenchendo as ideias de justiça.

A perspectiva ética que Ricoeur invoca é a da consciência e da lei aplicada a casos concretos em condições singulares, pois aplicar uma norma a um caso particular é uma ação extremamente complexa e não se limita ao silogismo prático.

Destarte, ele considera a sentença como um exemplo paradigmático. Dizer o direito num quadro de justiça exige o julgamento do caso singular. As expressões usadas por ele sintetizam suas análises sobre a questão jurídica: "dizer o direito" e ideia de justiça como equidade. Dizer o direito - o direito é a palavra, o juiz é um terceiro que tenta julgar sem se deixar ganhar pela violência. Para tanto, Ricoeur traz as condições necessárias ao ato de julgar:

- [...]1. existência de leis escritas;
- 2. presença de um âmbito institucional: tribunais, cortes de justiça, etc.;
- 3. atuação de pessoas qualificadas, competentes, independentes, que dizemos “encarregadas de julgar”;
- 4. o curso de uma ação constituído pelo processo, (...), cujo ponto terminal é constituído pelo pronunciamento da sentença.¹³⁷

Com efeito, Ricoeur discorre que entrar no círculo do discurso enquanto profissional é entrar no domínio do universo do processo, do debate enquanto confrontação de argumentos, uma vez que diante de advogados o Juiz tem que se utilizar de todo o aparelho discursivo.

Logo, há sempre uma questão ética por traz da lei. Não se pode ignorar as circunstâncias das partes no caso concreto para que se tenha a justiça, já que podem ser mais frágeis, mais vulneráveis que os outros.

¹³⁶ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Almiro Pissetta e Nelita Maria Rimoli Esteves. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes 2002, p. 51.

¹³⁷ RICOEUR, 2008, p. 176.

Aqui se está diante da pressão da opinião pública tais como a inseminação artificial para pessoas do mesmo sexo. Para Ricoeur a reflexão filosófica tem que se dar no centro da sociedade.

Quanto à dificuldade de julgar, no livro justo 2, Ricoeur desenvolve uma reflexão sobre as facetas e os níveis do julgamento médico com o intuito de esclarecer aos seus leitores sobre a especificidade do exercício médico. Não deve o médico sozinho decidir pelos métodos terapêuticos, como, por exemplo, a eutanásia.

A ciência não tem permissão de dizer o justo. O Direito, contudo, tem esta aptidão, através de suas Instituições justas como apregoava Ricoeur, de buscar essa unidade Ética de que a autora menciona.

É preciso, entretanto, discutir os conceitos de sua filosofia, ou seja, o que seria esta vida boa, com e para os outros, e do se trata a ideia de instituição justa, para que apliquemos ao substrato ético da interpretação constitucional.

2.3. A vida boa

A intenção ética de Ricoeur apregoa que a vida boa é analisada no sentido optativo e não imperativo, ou no, sentido mais forte, em uma aspiração. Esclarece ele:

[...] “Possas eu, possas tu, possamos nós viver bem!” e nós antecipamos o cumprimento dessa aspiração numa expressão do tipo: “Feliz aquele que...!” Se a palavra aspiração parece demasiado fraca, falemos – sem particular fidelidade a Heidegger – de “cuidado”: cuidado de si, cuidado do outro, cuidado da instituição.¹³⁸

Logo, vida boa deve ser interpretada como cuidado de si, no sentido de estima, quando se falar na perspectiva da ética, e de respeito, quando se tratar da moral.

Consoante Felicidade Aparecida Gouvea Muñoz, Ricoeur pontua que há duas coisas essencialmente estimáveis em si mesmas: a capacidade de agir intencionalmente e a capacidade de poder agir por iniciativa, introduzindo

¹³⁸ RICOEUR, 1995, p. 162.

mudanças. Daí conclui o filósofo que a estima de si é o momento reflexivo da práxis.¹³⁹

A vida boa, desta maneira, seria uma tarefa de reflexão do homem em orientar a sua vida para o melhoramento de sua existência e de suas escolhas.

Deste modo, a ideia de cada ser humano de vida boa será a finalidade última de sua ação, sendo que o bem é a intenção que guia a pessoa para a boa ação, desde que se configure justa.

Godinho de Souza explica que Ricoeur recorre à ideia de que toda ação está ligada a padrões de excelência que ensinam a fazer bem o que empreendemos, constituindo “*uma teleologia interna à ação*”, uma vez que tais padrões permitiram dar sentido à ideia de “*bens imanentes*” à prática.¹⁴⁰

A vida boa encontrada na interpretação que o homem faz de suas próprias ações é resultado do círculo hermenêutico proposto por Ricoeur e seus antecessores da hermenêutica filosófica, pois o movimento de analisar as decisões e resultados de suas ações reflete, no campo da ética, ao cuidado de si, o qual necessita, de acordo com sua proposta ética, do segundo componente: a vida boa *com e para os outros*, interpretado pelo pensador como solicitude, que será discutido a seguir.

2.4. Solicitude

O cuidado de si, ou seja, a reflexão do agente sobre suas ações, necessita da referência ao outro, sob pena de a visada ética permanecer no campo abstrato e, desta maneira, incompleta. Ricoeur explica por que:

Passemos ao segundo momento: viver bem *com e para os outros*. Como o segundo componente da intenção ética, que designo com o belo nome de solicitude, encadeia-se com o primeiro? [...] minha tese é que a solicitude não se acrescenta de fora à estima de si, mas explicita a *dimensão dialogal implícita naquela*. Estima e solicitude não podem ser vividas e pensadas uma sem a outra. Dizer *si* não é dizer *eu*. *Si* implica o outro de si, afim de que se possa dizer alguém que ele se estima a si mesmo como um outro.¹⁴¹

¹³⁹ MUÑOZ, Felicidade Aparecida Gouvea. *Justiça e sabedoria: prática em Paul Ricoeur*. Dissertação (Mestrado). Universidade São Judas Tadeu – São Paulo, 2011, p. 93.

¹⁴⁰ SOUZA, Godinho, p. 103.

¹⁴¹ RICOEUR, 1995, p. 163.

Logo, a solicitude seria a reciprocidade do *si*, em que cada pessoa respeita o outro como ele é, pois ele consiste em outro si-mesmo.

Acrescenta Ricoeur que a solicitude traz a ideia de que as pessoas são reconhecidas como *“insubstituíveis uma às outras na própria troca”*.¹⁴² Em outras palavras, cada pessoa não pode ter o cuidado consigo mesmo sem estimar o outro, que constitui o outro si-mesmo.

Observa o filósofo, todavia, que tal solicitude não se restringe a relações de amizade, uma vez que é possível encontra-la nas trocas desiguais, que ele exemplifica na relação mestre e discípulo, mas que tal desigualdade é corrigida pelo reconhecimento deste quanto à superioridade do mestre, reconhecimento tal que restabelece a reciprocidade.¹⁴³

Godinho de Souza, analisando a solicitude em Ricoeur, observa que a amizade acrescenta à estima de si a ideia de mutualidade na troca entre pessoas que se estimam cada uma a si própria. Para a autora, a igualdade, como primeira inferência desta mutualidade, coloca a amizade no caminho da justiça, segundo o qual a comunhão de vida entre pessoas que se relacionam face a face dá lugar “a uma distribuição de partes dentro de uma pluralidade, no nível de uma comunidade político-histórica”.¹⁴⁴

Assim, a solicitude, como segundo componente da intenção ética ricoeuriana, traduz a ideia de igualdade, na qual a troca entre as pessoas direciona as relações humanas para o conceito de justiça.

Entretanto, a estrutura dialógica sem a referência as instituições justas, ainda torna a fórmula incompleta, em razão de que o cuidado de si, com e para os outros não é suficiente para a requisição de igualdade exigida pela ideia de justiça, pelo evidente motivo de que a vida em sociedade não se limita às relações de amizade, às relações interpessoais, mas também alcança a ideia de instituições.

O último tópico deste capítulo analisará, por fim, o terceiro aspecto da fórmula ética proposta por Ricoeur.

¹⁴² RICOEUR, 1995, p. 163.

¹⁴³ Idem, *ibidem*.

¹⁴⁴ SOUZA, Leticia Godinho de, p. 106.

2.5. Instituições Justas

Inicialmente, faz-se necessário trazer o conceito de Ricoeur quanto às instituições:

[...] é preciso entender por “instituições” (...) todas as estruturas do viver-em-comum de uma comunidade histórica, irreduzível às relações pessoais e, contudo, ligadas a elas num sentido específico, que a noção de distribuição – encontrada na expressão “justiça distributiva” – permite esclarecer.¹⁴⁵

Ricoeur define instituição, portanto, como um sistema distributivo que se reporta a “*direito e deveres, rendimentos e patrimônios, responsabilidades e poderes; em poucas palavras, vantagens e encargos*”.¹⁴⁶

Diante da vastidão do conteúdo da instituição, o filósofo identifica no seu caráter de distribuição um problema da justiça, uma vez que a intenção ética se estende a terceiros, que foram deixados de fora das relações face-a-face.

A partir desta elucubração, Ricoeur afirma que a justiça consistiria, precisamente, “em atribuir a cada um a sua parte”, onde o cada um “é o destinatário de uma partilha justa”.¹⁴⁷

Tal conceituação traduz, perfeitamente, o valor igualdade, nas suas vertentes formal e material, trabalhado na seara jurídica.

Assim, a proposta da intenção ética ricoeuriana desenvolve-se, justamente, na procura, para o caso concreto, de uma igualdade proporcional, em razão da irremissível desigualdade entre os homens.

Godinho de Souza corrobora:

A igualdade é, para a vida nas instituições, o que a solicitude é para as relações interpessoais. A solicitude dá como comparação de si um outro que é um rosto, a igualdade lhe dá como comparação um outro que é um cada um (um terceiro). O sentido da justiça pressupõe a solicitude, visto que ela toma as pessoas como insubstituíveis (como ser justo em relação ao outro, sem haver esse reconhecimento?); e acrescenta algo a ela, uma vez que o campo de aplicação da igualdade é toda a humanidade.¹⁴⁸

¹⁴⁵ RICOEUR, 1995, p. 164.

¹⁴⁶ Idem, ibidem.

¹⁴⁷ Idem, ibidem.

¹⁴⁸ SOUZA, Leticia Godinho de, p. 108-109.

Nota-se que a ética ricoeuriana elege, assim como o fez Aristóteles, a igualdade como núcleo da justiça, especificando-se, todavia, no tocante ao tipo de igualdade, que seria a proporcional, segundo a qual “a cada um na proporção de sua contribuição, de seu mérito”.¹⁴⁹

Em sequência veremos como o princípio *jurídico* da igualdade, adotado nas constituições modernas concretiza esta teoria de justiça ricoeuriana, em que a estima de si, com e para os outros, em instituições justas, pode ser alcançada através do mencionado valor-princípio que consiste no instrumento jurídico mais apto para a aplicação de justiça ao caso concreto.

¹⁴⁹ RICOEUR, 1995, p. 165.

3. A Igualdade material como instrumento da ética de justiça ricoeuriana

A justiça proposta por Ricoeur requer um juízo de ponderação para o caso concreto.

Nesse diapasão, propõe-se, neste último capítulo, que a vida boa, com e para os outros, em instituições justas, pode ser alcançada, dentro dos contornos constitucionais brasileiros, pelo primado da igualdade, em seu fundo material.

Princípio basilar no Estado moderno, a igualdade passou de mera garantia formal para também subsistir em sua forma material, substancial, destinada tanto ao legislador quanto ao aplicador da lei.

A igualdade, como direito fundamental, regula, juntamente com os direitos fundamentais à dignidade e à liberdade e todo o catálogo dos direitos fundamentais, de forma extremamente aberta, questões controversas acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.¹⁵⁰

É sobre o papel do princípio da Igualdade na estruturação de um Estado que este último capítulo versará. Todavia, inicialmente, é necessário investigar sua trajetória, definição e estrutura.

3.1. Breve trajetória do princípio da igualdade

Desde a Grécia antiga, o princípio da igualdade foi trabalhado como ideal político, social e jurídico, apesar de limitado aos cidadãos da polis.

Em Platão¹⁵¹, a ideia de justiça consistiu em igualdade, em que aquela é uma virtude do cidadão. Escreveu, no seu Livro VI da obra “As Leis”, que “*quando se concede a igualdade às coisas, desiguais, o resultado será desigual a não ser que se aplique a devida medida*”.¹⁵²

Percebe-se que Platão já falava em uma igualdade material, proporcional à desigualdade entre os indivíduos.

¹⁵⁰ALEXYS, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 26.

¹⁵¹SALGADO, Joaquim Carlos. *A Ideia de Justiça em Kant. Seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p. 24-29.

¹⁵²PLATÃO. *Leis*. Tradução de Carlos Roberto Nunes. Universidade do Pará, 1980,., p. 236-237.¹⁵²

Por seu turno, Aristóteles tratou em “A Política” sobre os limites da igualdade, evidenciando os problemas que até hoje persistem sobre o conteúdo deste princípio. Assim discorreu sobre o tema:

A igualdade parece ser a base do direito, e o é efetivamente, mas unicamente para os iguais e não para todos. A desigualdade também o é, mas apenas para os desiguais. Ora uns e outros põem de lado esta restrição e se iludem, já que é sobre eles próprios que sentenciam; pois de maneira bastante ordinária os homens são maus juizes a seu próprio respeito. A igualdade da qual resulta a justiça ocorre, como igualmente o demonstra a nossa Ética, nas pessoas e nas coisas. Concorde-se facilmente sobre a igualdade das coisas. Sobre a das pessoas erguem-se protestos, porque mais uma vez os homens se tornam cegos sobre si mesmos e tendo, de uma e de outra parte, razão até certo ponto, querem dar a seu direito uma extensão ilimitada.¹⁵³

Apesar de ter abordado a igualdade material, Aristóteles ainda entendia ser natural a desigualdade entre os homens e aceitou a escravatura, uma vez que o escravo não seria, para a época, racionalmente livre de origem:

Embora a distinção entre o homem livre e o escravo por natureza tenha seus partidários e seus adversários, pelo menos não resta nenhuma dúvida de que se encontram em todos os lugares combinações de pessoas nas quais a uma cabe servir e à outra comandar, assumindo o papel para o qual a natureza as predestinou. O comando de uma pode ser justo e útil, e a liberdade da outra, injusta e funesta para ambas.¹⁵⁴

Todavia, foi com os romanos que realmente houve a equalização do gênero humano na categoria abstrata da persona, sujeito de direito regido pelo Direito Civil, segundo o qual, independentemente das determinações concretas, todos os indivíduos que reunissem certas características se encaixariam no conceito geral de pessoa, completamente formal, mas necessário ao ulterior desenvolvimento da ideia de justiça.¹⁵⁵

A antiguidade clássica já trabalhava, portanto, com a ideia de igualdade como princípio essencial da Justiça e com a proposição de que, juridicamente, os homens seriam naturalmente iguais, apesar da restrição, na polis grega, ao concebê-la somente aos cidadãos e, na Roma Antiga, apenas aos patrícios e,

¹⁵³ARISTÓTELES. *Política*. Tradução, introdução e notas de Mário Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 18.

¹⁵⁴Idem.

¹⁵⁵MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *O Estoicismo Imperial como Momento da Ideia de Justiça: Universalismo, Liberdade e Igualdade no Discurso da Stoá em Roma*. Tese de Doutorado. UFMG. 2009. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-967NC9>>. Acesso em 20 de mar 2013.

posteriormente, aos plebeus, que possuíam mais direitos do que os estrangeiros e os povos dominados, considerados não-cidadãos.

Na Idade Média, com a expansão do Cristianismo, a doutrina religiosa consagra a igualdade de todos os homens perante Deus, não havendo diferença entre as pessoas, consoante Antigo Testamento:

I Coríntios

12:12 Porque, assim como o corpo é um e tem muitos membros, e todos os membros, sendo muitos, constituem um só corpo, assim também com respeito a Cristo.

12:13: "Pois todos nós fomos batizados em um Espírito formando um corpo, quer judeus, quer gregos, quer servos, quer livres, e todos temos bebido de um Espírito."¹⁵⁶

Apesar do ideal cristão de igualdade, a Idade Média foi caracterizada pelo feudalismo e pela fragmentação de toda a Europa em reinos e feudos, com a desigualdade, a imobilidade social e a dominação da servidão e vassalagem como marcas de uma época em que havia rigorosa divisão estamental entre nobres, clérigos e servos.

A Magna Carta de 1215 na Inglaterra, porém, pela primeira vez na história da política medieval, delimitou o poder real frente à nobreza e ao clero. Segundo Dirley da Cunha Júnior, ela representou "*a pedra fundamental para a construção da democracia moderna, pois, a partir dela, o poder do governante passou a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume e na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados.*"¹⁵⁷

Todavia, como analisou Cunha Júnior, a Magna Carta não trouxe efetiva redução das desigualdades entre as pessoas, mas apenas assecuração aos nobres de proteção contra qualquer retirada de seus privilégios pelo rei, tratando-se ainda de regalias de cunho estamental.¹⁵⁸

Com a crise do feudalismo, que se estendeu por séculos, causada pela contribuição de vários fenômenos históricos como o Renascimento, o Iluminismo, as grandes navegações e a Revolução Industrial, uma nova classe social surge – a

¹⁵⁶ BIBLIA. Português. 1993. *Antigo e Novo Testamento*. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. 2. ed. rev. e atual. no Brasil. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

¹⁵⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. Revista, ampliada e atualizada até a Ec nº 57/2008. Salvador-Ba, JusPODIVM, 2009, p. 559.

¹⁵⁸ Idem, p. 561.

burguesia – determinando o surgimento do Estado Moderno, que nasceu inicialmente sob os moldes absolutistas.

O Estado Absolutista, contudo, ainda continha os traços do sistema feudal, pois consistia numa aliança entre a burguesia e o rei, permitindo o domínio destes sobre os senhores feudais.

No entanto, as declarações de direitos que se seguiram, como a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679), o *Bill of Rights* (1689), o *Act of Settlement* (1707), a *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia* (1776) e a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789), culminando com a *Revolução Francesa* e o movimento do *Constitucionalismo Liberal*, colocaram fim ao *Antigo Regime* e marcaram, finalmente, a ascensão política e econômica da burguesia como nova classe que tomava o comando do Estado e da Sociedade.

Assim, com a *Constituição Americana* de 1787 e a *Francesa* de 1793, a igualdade torna-se um princípio jurídico-político, de primeira geração, que se espalhou pelas constituições posteriores e de outros países em razão da influência das mencionadas *Revoluções*.

Entretanto, apenas prever o princípio da igualdade como norma constitucional não foi suficiente para resolver os problemas de desigualdade na sociedade moderna. No aspecto jurídico, concorda Paulo Bonavides:

Quando o princípio constitucional da igualdade perante a lei entrou nas primeiras Constituições, sua aplicação se deu, pois, no âmbito de um positivismo jurídico, que exprimia o culto e a suficiência da lei, a par de uma confiança ilimitada no legislador, de cuja razão não se duvidava ao elaborar a norma, expressão da vontade geral.¹⁵⁹

Com o Estado Liberal, não poderia haver nenhuma intervenção estatal na economia e na sociedade. Logo, não era assegurada a efetividade da igualdade, ficando restrita a apenas uma igualdade formal, em que iguais eram aqueles que se encontravam numa mesma classe, enquanto que entre as classes da burguesia e do proletariado havia uma desigualdade acentuada.

Desse contexto, despontou a necessidade da formação de um novo modelo estatal, que atuasse no sentido de reduzir as desigualdades sociais, econômicas e

¹⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. *O princípio da Igualdade Como limitação à atuação do Estado*. Disponível em: <http://www.iaceara.adv.br/images/stories/pdf/14-Paulo_Bonavides.pdf> Acesso em 30 mar 2013.

culturais. Surgiram, então, o Estado social e a concepção material da igualdade, exigindo uma atuação positiva nas políticas públicas e governamentais, estabelecendo direitos de segunda geração.

Nesse sentido, como aponta Paulo Bonavides, foram promulgadas a Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1918, simbolizando a bandeira do Estado Social em que este:

[...] se desfaz do conceito da igualdade lógico-aritmética para abraçar-se ao critério geométrico-proporcional, pois ele é o agente mais ativo e poderoso da promoção igualitarista na sociedade. Esse critério, insito na justiça social e de aplicação indispensável para fazer a espécie de justiça que a sociedade demanda, lhe serve de instrumento. Torna assim o estado social, por essa via, ao conceito da justiça distributiva, de inspiração aristotélica, em que, ao efetivar-se, o princípio da igualdade tem por complemento a própria desigualdade.¹⁶⁰

Consoante Cunha Júnior, os direitos sociais surgiram na tentativa de resolver uma profunda crise de desigualdade social que se instalou no mundo no período pós-guerra e foram fundados no princípio da solidariedade humana, sendo alçados a categorias jurídicas concretizadora dos postulados da justiça social, dependentes, porém, de execução de políticas públicas destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres.¹⁶¹

O Estado, conseqüentemente, torna-se objeto de exigência de uma postura ativa perante a Sociedade, que passa a ser credora de prestações materiais aptas a dar condições ao efetivo exercício dos direitos fundamentais.

Explicando a estrutura dos direitos sociais, Cunha Júnior ensina que estes possibilitam realizar a *igualização de situações sociais desiguais*, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais, sendo que o que os distingue dos direitos de defesa é o seu objeto, pois enquanto o direito de defesa é uma abstenção do Estado – um *non facere*, cuja finalidade consiste em proteger o indivíduo contra as investidas abusivas dos órgãos estatais, exigindo-se destes tão-somente prestações negativas; os direitos sociais têm como objeto um *atuar* permanente do Estado, ou seja, um *facere*, consistente numa *prestação positiva de natureza material* ou fática em benefício do indivíduo, para garantir-lhe o

¹⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. O princípio da Igualdade Como limitação à atuação do Estado. Disponível em: <http://www.iaceara.adv.br/images/stories/pdf/14-Paulo_Bonavides.pdf> Acesso em 30 mar 2013.

¹⁶¹ CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 715.

mínimo existencial, de forma a proporcionar-lhe os recursos materiais necessários para uma vida digna, refletindo um modelo de Estado do Bem-Estar Social, responsável pelo desenvolvimento da justiça social.¹⁶²

Dentro desta perspectiva, o postulado da igualdade ganha o enfoque substancialista para se alcançar a justiça social, através de políticas públicas garantidoras de direitos a saúde, a educação, a moradia, entre outros que se realizam pela ação positiva do Estado no sentido de diminuir e erradicar as desigualdades sociais.

Esse foi um breve panorama da transformação do conteúdo da igualdade formal, para uma igualdade fática, material, positiva, cujo conceito será trabalhado no tópico seguinte, no seio do Estado Pós-Moderno.

3.2. Igualdade: aspectos conceituais

Como foi apontado, na História, em todas as Constituições modernas, a igualdade de todos perante a lei, conhecida como igualdade formal ou jurídica, mostrou-se insuficiente para a mais correta aplicação do princípio-jurídico da igualdade.

E não há como ser de outro modo, uma vez que a simples igualdade cega, sem observar as peculiaridades da situação concreta pode acarretar injustiças. Conforme Hans Kelsen:

[...] a igualdade formal entre os indivíduos não significa que estes devem ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor as mesmas obrigações ou lhes conferir os mesmos direitos.¹⁶³

Ainda segundo Kelsen, a mera previsão do princípio não possuiria significação alguma. Sua insuficiência como critério normativo já fora introduzida

¹⁶²CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 715-716. No mesmo sentido, ALEXY define que nas ações negativas, a preocupação é impor limite ao Estado na persecução de seus objetos e no direito a prestações positivas, impõe-se ao Estado a persecução de alguns objetivos. (ALEXY, 2008, p. 444).

¹⁶³ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Paris, Dalloz, 1962, p. 190.

celebrenemente por Aristóteles como destacado acima, para quem a igualdade consiste em *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*.

Nesse diapasão, impede reiterar que a igualdade, princípio-jurídico, envolve uma igualdade formal e a uma igualdade material.

Segundo Walter Claudius Rothenburg¹⁶⁴, existem, todavia, diversos significados atribuídos à igualdade formal e à igualdade material, segundo critérios e distinções variados.¹⁶⁵

Sob o aspecto da imposição do princípio ao Estado, critério que interessa à discussão aqui proposta, a igualdade formal abrange a *igualdade na lei*, que significa que nas normas jurídicas não pode haver distinções não autorizadas pela Constituição e que tem por destinatário o legislador, e a *igualdade perante a lei*, na qual se deve aplicar igualmente a lei, ainda que crie uma desigualdade, dirigindo-se aos aplicadores do direito e aos poderes estatais, os quais não podem subordinar a aplicação da norma legal a critérios que provoquem tratamento seletivo ou discriminatório.¹⁶⁶

Todavia, na visão nova da igualdade, resultado de uma conquista histórica do homem, esta não deve ser vista somente pelo prisma de igualdade na criação do direito, mas também pela aplicação das normas, ou seja, na ordem jurídica como um todo.

Para Robert Alexy, a igualdade formal foi, na visão antiga, compreendida exclusivamente como princípio da aplicação do direito, vinculando os órgãos judiciais, mas não o legislador.¹⁶⁷

O núcleo da igualdade, em seu aspecto formal, portanto, é considerado como simples, pois exige que toda norma jurídica seja aplicada a todos os casos

164 ROTHENBURG, Walter Claudius. *Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia*. Novos Estudos Jurídicos - ISSN Eletrônico 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441>>. Acesso em: 01 abril 2013.

165 ROTHENBURG classifica os critérios da Igualdade Formal e da Igualdade Material da seguinte forma: a) o critério da teoria e prática, em que a igualdade formal seria a igualdade de direito e a igualdade material que corresponderia à igualdade de fato; b) o critério geral e específico, em que a igualdade formal seria a igualdade genérica e a igualdade material seria uma igualdade específica; c) o critério da igualdade perante a lei (formal) dirigido ao Poder executivo e Judiciário e igualdade na lei (material) dirigido ao Legislativo; e, d) critério liberal e social, em que a igualdade formal seria um direito individual de primeira dimensão e a igualdade material de direito social de segunda dimensão). Idem, *ibidem*.¹⁶⁵

166 CUNHA JÚNIOR, 2009, 660.

167 ALEXY, 2008, p. 393-394

que sejam abrangidos pelo seu suporte fático¹⁶⁸, e a nenhum caso que não o seja, o que significa dizer que as normas jurídicas devem ser cumpridas. O dever de igualdade na aplicação da lei exige apenas aquilo que já é de qualquer forma aplicável se as normas jurídicas são válidas.¹⁶⁹

É necessário, diante deste raciocínio, indagar o que significa para o legislador tratar todos de forma igual.

Segundo Alexy, nesse caso, o princípio da igualdade não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Todavia, para que o princípio da igualdade tenha algum conteúdo, não pode permitir toda e qualquer diferenciação, nem toda e qualquer distinção. O ponto de partida seria, portanto, um meio-termo entre esses dois extremos segundo a fórmula clássica aristotélica de que o igual seja tratado igualmente, o desigual, desigualmente, a qual consiste.¹⁷⁰

Alexy propôs que tal fórmula produziria duas possibilidades interpretativas. Na primeira, a interpretação restringe-se ao postulado de uma práxis decisória universalizante, ou seja, as normas criadas pelo legislador têm que ter a forma de normas universais condicionadas: em que para todo x , se x tem as propriedades E^1 , E^2 , ... E^N , então, para x , deve valer a consequência jurídica R . Para ele, tal postulado, equivale a uma práxis decisória universalizante, que não significa um grande avanço, porque nada diria sobre quais características dos indivíduos poderiam ser tratadas e de que forma isso aconteceria.¹⁷¹

Contudo, conclui Alexy que se o princípio da igualdade se limitasse ao postulado de uma práxis decisória universalizante, o legislador poderia realizar qualquer discriminação, desde que sob a forma de uma norma universal. Logo, com essa interpretação, a legislação nazista sobre judeus não violaria o enunciado segundo o qual os iguais devem ser tratados igualmente.¹⁷²

Para evitar isso e se chegar a uma vinculação substancial, Alexy informa que é necessário interpretar a fórmula citada não como uma exigência dirigida à

¹⁶⁸ Suporte fático possui definições diferenciadas de acordo com a teoria que se escolha. Para Pontes de Miranda *significa fato, ou classe de fatos, sobre o qual norma jurídica incide*. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado: parte geral, Campinas: Bookseller, 1999, p. 66.

¹⁶⁹ ALEXY, 2008, p. 394.

¹⁷⁰ Idem, p. 396-397.

¹⁷¹ Idem, p. 397-398.

¹⁷² Idem, p. 398.

forma lógica das normas, mas como uma exigência dirigida ao seu conteúdo, ou seja, um dever material de igualdade.¹⁷³

Nesse contexto, o conceito material ou substancial, está atrelado ao conteúdo do princípio da igualdade que corresponde à efetiva erradicação da desigualdade entre os homens.

Dessa conclusão, extrai-se que o conceito de igualdade, segundo Dirley da Cunha Júnior:

[...] é o direito que todos têm de ser tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na medida em que se desigualem, quer perante a ordem jurídica (*igualdade formal*), quer perante a oportunidade de acesso aos bens da vida (*igualdade material*), pois todas as pessoas nascem livres e *iguais* em dignidade e direitos.¹⁷⁴

A igualdade material, como se infere do conceito supra, significa, portanto, tratamento idêntico a todos, mas com a concessão de oportunidades que ensejam uma devida equalização.

Empreendidas tais considerações acerca do conceito da igualdade, evidencia-se a questão acerca do que seja um tratamento igual ou tratamento desigual, a qual suscita sempre o problema de se saber se a fórmula “os iguais devem ser tratados igualmente; os iguais, desigualmente” inclui ou não inclui obrigações para que o Estado crie uma igualdade fática.

Tal problemática pertence ao campo da materialidade do princípio da igualdade, que será discutida no tópico subsequente.

3.3. Igualdade Material

Conforme Alexy, dentro da igualdade, existe um paradoxo segundo o qual toda igualdade de direito tem por consequência uma desigualdade de fato e toda desigualdade de fato tem como pressuposto uma desigualdade de direito. Tal paradoxo se deve em razão de que um dos problemas fundamentais de

¹⁷³ ALEXY, p. 399.

¹⁷⁴ CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 658.

interpretação da igualdade incide no sentido de um dever de criar uma igualdade fática.¹⁷⁵

Em outras palavras, a desigualdade jurídica existe, mas ela sempre faz com que algumas desigualdades fáticas sejam mantidas ou até acentuadas, havendo então um paradoxo da igualdade diante da colisão entre os princípios da igualdade jurídica e da igualdade fática.

Logicamente, o caso concreto, que traz consigo a situação de desigualdade fática, é que possibilitará ao intérprete vislumbrar qual destes princípios deve prevalecer, como resultado do sopesamento entre a vertente jurídico-formal e a vertente substancial da igualdade.

Destarte, faz-se necessário definir quando a ordem jurídica deve prescrever um tratamento igual, e quando deve impor um tratamento desigual, em razão da desigualdade fática.

3.3.1. Tratamento Igual e Tratamento Desigual

Consoante Jean Jacques Rousseau, existem dois tipos de desigualdade: uma natural ou física, que se refere às diferenças de sexo, idade, saúde, constituição do corpo, do espírito e da alma; e outra moral ou política, que consiste nos privilégios que uns gozam em detrimento dos outros, como o de serem mais ricos ou mais poderosos.¹⁷⁶

Rousseau expõe que é na segunda espécie de desigualdade que se estabelece a convenção pelo consentimento dos homens, a qual teria origem com o início da sociedade, pelo contrato social.¹⁷⁷

Todavia, segundo Dirley da Cunha Júnior, tais definições de desigualdade não são suficientes para estabelecer que critérios seriam legítimos no sentido de

¹⁷⁵ ALEXY, 2008, p. 417-419.

¹⁷⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Editora Universidade de Brasília. Brasília/DF; Editora Ática – São Paulo/SP – 1989. (p. 38-39).

¹⁷⁷ Idem, p. 91 e seguintes.

autorizar, sem mácula à isonomia, distinções em grupos apartados para fins de tratamentos diversos.¹⁷⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello, corrobora, refletindo que “*a lei não pode ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos.*”¹⁷⁹

Para isso, ela deve impor ora um tratamento igual, ora desigual, desde que se busque a substancialidade do conteúdo do princípio da igualdade.

Deve-se esclarecer, porém, que os conceitos de tratamento igual e desigual podem se referir tanto a atos como a consequências, segundo os quais quanto se fala de atos, trata-se de ações estatais e quando se fala em consequências, trata-se de consequências fáticas das ações estatais.¹⁸⁰

Nesse sentido, o paradoxo da igualdade poderia ser evitado se fosse possível uma renúncia total ao princípio da igualdade jurídica ou ao princípio da igualdade fática. No direito constitucional, entretanto, não é possível abdicar da igualdade jurídica, uma vez que quem decide consegue ter uma visão apenas incompleta do processo de fomento dessa igualdade e pode controlá-lo apenas parcialmente.¹⁸¹

Mello estabelece critérios que considera justos para a análise da aplicação de discriminações jurídicas toleráveis. Propõe que a diferenciação não pode ser transformada em fator de desigualação, ou seja, que proporcione vantagem para uma das partes. Explica que, deve existir uma correlação lógica abstrata existente entre o fator de discriminação e a disparidade com o tratamento diferenciado. Defende o respeito aos valores constitucionais na aplicação da igualdade material. Por fim, entende ser necessário que o vínculo de correlação precisa ser afinado com os valores constitucionalmente prestigiados.¹⁸²

Portanto, a escolha pelo legislador ou pelo intérprete no tocante ao tratamento legal à igualdade, em razão da desigualação ou do tratamento igualitário, precisa, destarte, ser valiosa para a Sociedade e para o Estado.

¹⁷⁸ CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 662.

¹⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed., 14 tir., São Paulo: Malheiros, 2006. p. 10

¹⁸⁰ ALEXY, 2008, p. 416.

¹⁸¹ Idem, p. 418-419.

¹⁸² MELLO, 2006, p. 21-22.

3.3.2. Igualdade: Conteúdo e Valoração

Consoante observou Alexy, os problemas de interpretação da igualdade decorrem do fato de que dois indivíduos ou duas situações nunca são iguais em todos os aspectos, pois a igualdade, que é sempre em relação a determinadas características, consiste em juízos acerca de relações triádicas, em que *a* é igual a *b* em relação à característica *E*. Logo, são juízos sobre uma igualdade fática parcial, o mesmo valendo para juízos de desigualdade.¹⁸³

Não é possível, a partir de tais juízos, decidir sobre a obrigatoriedade de um tratamento igual ou desigual, uma vez que não existe uma igualdade ou uma desigualdade universal entre indivíduos e situações humanas.

Então, o critério jurídico adequado acerca da igualdade somente pode ser sobre um tratamento de igualdade ou desigualdade valorativa.

Alexy explana que, para possibilitar uma ordem jurídica diferenciada, a igualdade ou desigualdade valorativa tem que ser relativizada de três formas: Na primeira, há uma igualdade valorativa *em relação às igualdades ou desigualdades* fáticas parciais de maneira a contribuir para a fundamentação de tratamentos diferenciados. Na segunda, tem que haver uma igualdade valorativa *em relação a determinados tratamentos*. A terceira, por seu turno, refere-se *ao critério de valoração*, o qual permite dizer o que é valorativamente igual e desigual¹⁸⁴.

A igualdade material, portanto, reporta-se à questão da valoração correta e à questão sobre o que seja uma legislação correta, racional e justa.

Alexy pondera que, por motivo da valoração, quanto ao problema da igualdade, este pode ser expresso por meio de duas questões: se e em que medida os necessários juízos de valor, no âmbito do enunciado de igualdade, são passíveis de fundamentação racional e a quem compete decidir de forma vinculante em última instância acerca desses juízos de valor. Assim, interpreta que tais questões implicam o postulado da igualdade enquanto norma que vincula substancialmente o legislador.¹⁸⁵

¹⁸³ ALEXY, 2008, p. p. 399.

¹⁸⁴ Idem, p. 400.

¹⁸⁵ Idem, ibidem.

Defende, então, a aplicação do enunciado geral de igualdade a pares de comparação, baseado no Tribunal Constitucional Federal alemão, o qual associa o exame da arbitrariedade à fórmula clássica “o igual dever ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente, mas, sobretudo, a duas outras fórmulas derivadas da introdução dos termos substancialmente ou substancialmente e arbitrariamente. Para Alexy, interessa somente a primeira parte da fórmula, ligada ao termo igual, segundo a qual é vedado ao legislador tratar 1) “o igual desigualmente”; 2) “o substancialmente igual desigualmente”, e 3) o substancialmente igual arbitrariamente de forma desigual”.¹⁸⁶

Como se depreende, a primeira e a segunda fórmulas expressam a mesma coisa - uma igualdade valorativa – de formas diferentes. Todavia, o problema surge com relação à segunda e à terceira fórmula, pois estas podem apresentar duas interpretações.

A primeira interpretação seria de forma literal em que uma igualdade substancial não implica necessariamente um dever de tratamento igual, pois não é qualquer tratamento desigual de casos substancialmente iguais que é vedado, apenas o arbitrariamente desigual de casos substancialmente iguais. Portanto, a terceira fórmula – tratar o substancialmente igual arbitrariamente de forma desigual- ou é diferente ou contradiz a segunda fórmula.

Com a interpretação literal, devem-se seguir três passos: primeiro verifica-se um tratamento desigual e uma igualdade fática parcial para servir de base para o exame da igualdade. Em segundo lugar, indaga-se se a igualdade fática parcial dever ser classificada como substancial. Em terceiro, examina-se se o tratamento desigual do substancialmente igual foi arbitrário.¹⁸⁷

A segunda interpretação obtém outro resultado, segundo o qual o termo arbitrariamente é redundante para a fórmula, o que faz que a terceira proposição seja igual à segunda. O exame da igualdade passaria aqui somente por duas fases: na primeira, verifica-se a existência de um tratamento desigual e uma igualdade fática parcial como base para o exame de igualdade e, em seguida, indaga-se se a igualdade parcial é substancial (valorativa).¹⁸⁸

¹⁸⁶ AL, 2008, p. 402.

¹⁸⁷ Idem, p. 403.

¹⁸⁸ Idem, ibidem.

Todavia, questiona Alexy se o conceito de substancialidade pode ser definido com a ajuda do conceito de arbítrio.¹⁸⁹ Nessa hipótese, então, para que uma igualdade substancial pudesse ser compatível com um tratamento desigual não-arbitrário, haveria três possibilidades: a igualdade substancial poderia ser uma igualdade fática parcial; uma igualdade relevante ou uma igualdade valorativa em um sentido ideal.

Alexy, todavia entende que nenhuma dessas possibilidades é aceitável, pois considerar a igualdade substancial como fática parcial teria como consequência que qualquer característica seria substancial e a fórmula se tornaria supérflua. Daí decorreria outra fórmula, a de que o igual não pode ser tratado arbitrariamente de forma desigual, ou seja, todo tratamento arbitrariamente desigual é proibido.¹⁹⁰

Alexy reflete, desse modo, que é necessário encontrar um conceito de igualdade mais forte do que a igualdade fática parcial e mais fraco do que o conceito de igualdade substancial definido com o auxílio da ideia de arbitrariedade.

Para o autor, o conceito de igualdade relevante é inconveniente porque não é racional. Já quanto ao conceito de igualdade como valorativa em sentido ideal, Alexy fala da interpretação do Tribunal Constitucional Federal que permite inferir uma concepção fraca e forte. Na forte, a solução é ideal, mais justa e adequada e o legislador ficaria submisso ao julgamento que o Tribunal entendesse como mais justo ou mais adequado. Na fraca, o objetivo é a manutenção dos limites da liberdade de conformação do legislador, definidos por meio do conceito de arbítrio (igualdade em sentido estrito). Logo, para Alexy, é o sentido fraco que prevalece.¹⁹¹

Desta forma, torna-se supérfluo analisar a igualdade valorativa em um sentido ideal antes de examinar a arbitrariedade para saber se houve ou não um desvio arbitrário.

Conclui-se, com base em Alexy, que, para se obter uma igualdade valorativa, o conceito de igualdade substancial pode ser auxiliado pelo conceito de arbitrariedade do tratamento desigual, em que os tratamentos arbitrariamente desiguais são proibidos, pois o substancialmente igual não pode ser tratado desigualmente.

¹⁸⁹ ALEXY, 2008,, p. 404.

¹⁹⁰ Idem, p. 405.

¹⁹¹ Idem, p. 405-407.

No tópico seguinte, será discutida a estrutura da igualdade material como direito fundamental e direito subjetivo, para, ao final, estudar sua prescrição na Constituição brasileira de 1988, de forma a aferir como tal postulado foi interpretado, no seu conteúdo e sua valoração para o ordenamento jurídico brasileiro.

3.4. Igualdade Material e a Constituição Federal de 1988

A Constituição de 1988, como todas as Constituições modernas, estabeleceu o princípio magno da igualdade no Estado brasileiro.

Na sistemática desejada pelo legislador constituinte brasileiro, tal igualdade compreende uma igualdade formal e uma igualdade material, ensejando um direito fundamental e subjetivo a todos.

Neste tópico, será discutida a fundamentalidade deste princípio para o ordenamento jurídico brasileiro, bem como será proposta uma interpretação sistemática da influência da igualdade material como padrão racionalmente controlável da visão de um Estado Social Democrático.

3.4.1. Igualdade: direito fundamental e direito subjetivo

Preliminarmente, reitere-se que o princípio da igualdade foi inserido nas constituições como direito fundamental de primeira geração, tal como exortava a liberdade e a fraternidade do ideário francês propagado pela Revolução Francesa.

Posteriormente, ele adquiriu contornos sociais, de segunda geração, quando se denotou que a igualdade formalmente jurídica não assegura efetiva equiparação perante as disparidades sociais.

O conteúdo da igualdade definitivo, segundo Walter Claudius Rothenburg, como direito, talvez não consiga ser satisfatoriamente conceituado em termos teóricos, em razão de sua aplicação, às vezes, ser complexa na solução de casos concretos, requerendo esforço dos intérpretes para uma aplicação. Desta maneira, a

igualdade é expressa sob a forma de norma jurídica do tipo “princípio”, o qual se caracteriza por grau de abstração relativamente elevado; pela constituição vaga e indeterminada do seu termo; por depender de mediações concretizadoras; por ter um caráter de fundamentalidade no sistema; por traduzir exigências de justiça e por ser fundamento de regras.¹⁹²

Continua Rothenburg, aduzindo que, por ser princípio jurídico, a igualdade tem sua aplicação condicionada por outras normas (em que se incluem as circunstâncias fáticas), podendo aplicar-se em maior ou menor medida, ou seja, são definidos como um “mandamento de otimização” adequada.¹⁹³

Com o mesmo entendimento Dirley da Cunha Júnior define os direitos fundamentais, como normas-princípios, já que expressam mandados de otimização, constituindo-se em “*princípios jurídico-constitucionais especiais que conferem densidade semântica*” à dignidade da pessoa humana, realizando em última instância, a felicidade humana. Nesse diapasão, o autor sustenta o direito fundamental à efetivação da constituição através da emanção de atos legislativos, administrativos e judiciais de concretização da Constituição.¹⁹⁴

Sobre o caráter principiológico dos direitos fundamentais, saliente-se que Alexy pondera ser a distinção entre regras e princípios uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais. Segundo ele, a distinção não é nova e sofre com a falta de clareza e polêmica, sendo que o critério mais utilizado é o da generalidade, segundo o qual princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto que o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.¹⁹⁵

Na verdade, a conclusão a que Alexy chega é de que entre princípio e regra, não existe apenas uma diferença gradual, mas sim qualitativa e que o ponto decisivo na distinção é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, sendo, portanto, mandamentos de otimização, podendo ser satisfeitos em graus variados, e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. As

¹⁹² ROTHENBURG, p. 79

¹⁹³ Idem, p. 79.

¹⁹⁴ CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 557.

¹⁹⁵ ALEXY, p. 85-87.

regras, por seu turno, são normas que contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, ou seja, são sempre satisfeitas ou não satisfeitas.¹⁹⁶

Em outras palavras, conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto que entre princípios ocorrem na dimensão de peso.

Adverte Alexy que uma norma de direito fundamental, como é o caso da igualdade, é ao mesmo tempo princípio e regra, à qual se podem subsumir os elementos do caso concreto, como se fosse uma regra positiva. Diante desse raciocínio, deduz que, como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais, pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido.¹⁹⁷

Assim, mesmo que todas as normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas tivessem a estrutura de princípios, o que segundo Alexy, não ocorre, ainda haveria normas de direitos fundamentais com a estrutura de princípios e normas de direitos fundamentais com a estrutura de regras.¹⁹⁸

Destarte, conclui-se pelo modelo de regras e princípios, que dá o caráter duplo às disposições de direitos fundamentais. Todavia, o fato de haver o caráter duplo das disposições de direitos fundamentais não significa que as normas de direitos fundamentais também compartilhem do mesmo caráter duplo. Estas só adquirem tal caráter se forem construídas de forma que ambos os níveis sejam nelas reunidos, ou seja, quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos.

Impende reconhecer, portanto, de acordo com Alexy, que compreender normas de direitos fundamentais apenas como regras ou apenas como princípios não é suficiente, sendo que um modelo adequado é obtido somente quando, às disposições de direitos fundamentais, são atribuídos tanto regras quanto princípios, ou seja, ambos são reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo.¹⁹⁹

¹⁹⁶ ALEXY, 2008, p. 89-91.

¹⁹⁷ Idem., 102.

¹⁹⁸ Idem, ibidem.

¹⁹⁹ Idem, 144.

Uma vez estabelecido que a igualdade consista numa norma jurídica principiológica ou de regra, a depender da disposição constitucional, é necessário reiterar que ela é concebida, no contexto da Constituição Federal de 1988, assim como ocorreu em todas as constituições modernas, como direito fundamental.

Segundo Dirley da Cunha Júnior, acerca da delimitação terminológica e conceitual dos Direitos Fundamentais, não há consenso doutrinário sobre as variadas expressões, que vão desde liberdades públicas, direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos, direitos humanos, e entre outros, que são utilizadas para identificar os direitos das pessoas, enquanto homens e cidadãos. Entretanto, aqui se concorda com a preferência do autor pelo termo “direitos fundamentais” por ser a mais abrangente, bem como pelo fato de ser a expressão adotada pela Constituição de 1988 como categoria genérica que abrange todas as espécies de direitos, tais como os direitos civis individuais e coletivos, os direitos sociais, os de nacionalidade, os direitos políticos, os direitos dos partidos políticos e os direitos econômicos.²⁰⁰

Conforme Alexy, para uma teoria relacionada ao direito positivo não é recomendável assumir que direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais seriam sempre dois lados da mesma moeda, em razão de que, nas disposições do catálogo de direitos fundamentais, existem normas que não correspondem diretamente a nenhum direito subjetivo. Recomendável, então, tratar o conceito de norma fundamental de forma mais ampla que o conceito de direito fundamental, como foi aventado.²⁰¹

Na Teoria de Direitos Fundamentais de Alexy, as normas fundamentais, dentro das quais se encontra os direitos fundamentais, seriam aquelas normas de um determinado ordenamento jurídico ou de uma determinada Constituição que são consideradas estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direitos fundamentais atribuídas, ou seja, aquelas consideradas válidas quando possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais que a sustente.²⁰²

Logo, o princípio da igualdade, como direito fundamental, transfere para o aplicador do direito, ou melhor, para o intérprete, a tarefa de analisar o íntimo da norma- princípio, para a sua exata compreensão, extraindo dela o conteúdo

²⁰⁰ CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 549.

²⁰¹ ALEXY, 2008, p. 50-51.

²⁰² Idem, p. 73-74.

adequado ao caso concreto, ora como princípio em colisão com outros valores constitucionais, ora como regra que nasce com o fundamento da razão do princípio da igualdade.

Todavia, é preciso ainda refletir se todo direito fundamental cria um direito subjetivo.

Alexy entende que quando a igualdade material for um princípio ele só é razão suficiente para um direito subjetivo definitivo se ele prevalecer sobre todos outros princípios colidentes, por ser ele *prima facie*.²⁰³

O caráter *prima facie* decorre porque os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, não contendo, portanto, um *mandamento definitivo*, mas apenas “à primeira vista”.²⁰⁴

Nessa perspectiva, o direito de igualdade ganha, abstratamente, estrutura de direito subjetivo, em que há o direito de ser tratado igualmente, se não houver razão para a permissibilidade de um tratamento desigual; e o direito de ser tratado desigualmente, se houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual.²⁰⁵

Também, concretamente, haveria direitos de igualdade subjetivos, abarcando direitos tantos de status negativo, quando do positivo, quando do ativo²⁰⁶, em relação à não-realização de um tratamento desigual, fundado num direito definitivo concreto de cessação da intervenção, no primeiro caso, ou num direito ao benefício, no segundo caso.²⁰⁷

Haveria ainda os direitos de igualdade *prima facie* abstratos, que conteriam o princípio da igualdade jurídica e o princípio da igualdade fática, em que, no

²⁰³ ALEXY, 2008, p. 422.

²⁰⁴ Idem, p. 103-104.

²⁰⁵ Idem p. 429.

²⁰⁶ Jellinek diferenciou quatro status para os direitos fundamentais: o status passivo ou *subjectionis*, o status negativo ou *libertatis*, o status positivo ou *civitatis* e o status ativo ou da cidadania ativa. No status passivo, o indivíduo encontra-se, por causa de sua sujeição ao Estado, no âmbito da esfera de obrigações individuais, o que dá ensejo a duas interpretações. Na primeira, significa que existe algum dever ou proibição estatal a qual a pessoa esta sujeita ou que poderia legitimamente existir algum dever ou proibição. Na segunda, o status passivo é composto pela totalidade ou pela classe dos deveres e proibições que o Estado lhe impõe ou da totalidade ou da classe dos deveres e proibições para cuja imposição o estado tem competência. O status negativo é formado exclusivamente por faculdades, isto é, por liberdades jurídicas não-protégidas. O status positivo corresponde exatamente o contrário do negativo. O status ativo, por sua vez, consoante ensinamento de Alexy, é aquilo que o direito a algo representa. In ALEXY, 2008, p. 255-268.

²⁰⁷ Idem, p. 431.

primeiro, há um direito *prima facie* à não-realização de um tratamento desigual, e, no segundo, o direito é a uma ação positiva do Estado.²⁰⁸

Assim, o princípio da igualdade material ou fática ao estabelecer um direito a um determinado tratamento desigual de direito, para criar uma igualdade de fato, fundamenta um direito subjetivo à criação de uma posição de igualdade fática.

3.4.2. Igualdade Material: padrão racionalmente controlável da visão do Estado brasileiro a partir da Constituição de 1988.

De acordo com o que foi apresentado, o princípio da igualdade material deve ser interpretado como uma norma que vincula o legislador e o aplicador à efetividade do princípio geral da igualdade, sobretudo dentro do âmbito de um Estado Social que se fundamenta na erradicação das desigualdades entre os homens.

Alexy deduziu que a escolha da interpretação do enunciado da igualdade depende da filosofia do Direito e do Estado que se defende no seio da Constituição.²⁰⁹

Destarte, quando o Estado segue um modelo para resolver uma questão de igualdade com base no enunciado clássico de que *o igual deve ser tratado igualmente e o desigual, desigualmente* – o qual não traz consigo um critério material para que se realize um juízo de valor em relação à igualdade ou à desigualdade – adota-se uma perspectiva relacionada à igualdade jurídica, seguindo a formulação Liberal de Estado, em que o enunciado da igualdade se restringe ao seu aspecto meramente formal.

Num segundo modelo, quando se aplica o princípio da igualdade fática à luz do conceito da razão suficiente²¹⁰, tanto para a permissibilidade quanto para a obrigatoriedade de um tratamento desigual, obtém-se a restrição do direito geral da igualdade jurídica, segundo o princípio do Estado Social, e a norma fundamental

²⁰⁸ ALEXY, 2008,, 432.

²⁰⁹ Idem, p. 420-421.

²¹⁰ Segundo Nicola Abbagnano o princípio do fundamento ou razão suficiente explica a possibilidade da coisa; explica por que a coisa pode ser ou comportar-se de certa maneira. In: ABBAGNANO, 2007, p. 475.

passa a desempenhar uma razão para um direito a tratamento jurídico desigual, ou seja, promotor de uma igualdade fática e criador um direito subjetivo.²¹¹

Em síntese, a igualdade fática, consoante Alexy, guarda em si um programa para a distribuição dos bens socialmente distribuíveis.²¹² (p. 425).

Nesse sentido Dirley da Cunha Júnior reflete:

A moderna teoria dos direitos fundamentais vem reconhecendo uma dupla dimensão, ou dupla perspectiva dos direitos fundamentais, na medida em que estes podem ser considerados tanto como *posições jurídicas subjetivas* essenciais de proteção da pessoa, como *valores objetivos* básicos de conformação do Estado Constitucional Democrático de Direito, manifestando-se, destarte, ora como *carta de concessões subjetivas*, ora como *limites objetivos de racionalização* do poder e como vetor para a sua atuação.²¹³

Aponta o autor, como consequência da dimensão objetiva valorativa, a eficácia *dirigente dos direitos fundamentais* em relação aos órgãos do Estado, sustentando, em face deste, o dever permanente de concretizá-los e realiza-los, constituindo o que ele chama de *direito fundamental à efetivação da Constituição*, que encarrega todos os órgãos do Estado do *dever-poder* de concretizar e realizar, não só os direitos fundamentais, como toda a Constituição.²¹⁴

Nesse diapasão, o princípio da igualdade material permite, nos casos de mínimo existencial, fundamentar direitos definitivos concretos à criação de uma igualdade fática.

Diante de tal argumento, impende trazer os ensinamentos de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição, consoante o qual a norma constitucional não existe autonomamente em face da realidade, uma vez que sua essência reside na sua vigência, ou seja, no fato de que a situação por ela regulada “*pretende ser concretizada na realidade*”.²¹⁵

Deslocando tal proposição ao ordenamento jurídico brasileiro, deve-se refletir sobre qual o conteúdo previsto pela Constituição Federal de 1988 ao enunciado da igualdade, para identificar a visão de Estado.

²¹¹ ALEXY, p. 422.

²¹² Idem, p. 425.

²¹³ CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 606.

²¹⁴ Idem, p. 609-610.

²¹⁵ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 14.

Como norma basilar do enunciado da igualdade no Brasil, o legislador constituinte prescreveu no caput do art. 5º da Constituição de 1988 que 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 igualdade, à segurança e à propriedade.²¹⁶

Inicialmente percebe-se pela interpretação da referida norma, que a mesma trata da consagração jurídica do princípio da igualdade formal no país. De fato, como escreve Dirley da Cunha Júnior:

[...] como as demais Constituições do mundo civilizado prescrevem que todos são iguais perante a lei, a Carta Magna brasileira abraçou a chamada igualdade formal, que determina que tanto o legislador quanto o aplicador da lei tratem igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem.²¹⁷

O autor alerta, porém, que a Constituição de 1988 estabeleceu que o princípio magno da igualdade no Estado brasileiro compreende tanto uma igualdade formal quanto uma igualdade material, uma vez que ela não se contentou apenas com o aspecto formal na medida em que:

[...] consagrou como objetivo fundamental do Estado *erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III)*; como finalidade da ordem econômica *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art.170)* e *como objetivo da ordem social o bem-estar e a justiça sociais (art. 193)*. Nesse passo, a Constituição preocupou-se em garantir a todos *igualdade de oportunidades*, abrindo um especial espaço para a adoção de ações afirmativas, que consistem num conjunto de medidas administrativas e legislativas de política pública que visam compensar desigualdades históricas decorrentes da marginalização social.²¹⁸

Dessa forma, a adoção pela Constituição das ações afirmativas enseja a classificação do Estado Brasileiro como um Estado Social, que empreende uma política social de discriminação positiva, no sentido de buscar uma igualdade fática pelo tratamento desigual.

²¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado.

²¹⁷ CUNHA JÚNIOR, 2009 p. 660.

²¹⁸ Idem, p. 663.

Decerto que a escolha pela igualdade material reflete também, em último grau, o princípio da dignidade humana, base da Constituição vigente, que sofre grave afronta diante de desigualdades injustas.

Conceituando a dignidade da pessoa humana, Ricardo Maurício Soares pondera que direitos sociais de cunho prestacional voltam-se para a substancialização da liberdade e da igualdade dos cidadãos, objetivando a tutela da pessoa humana em face das necessidades de ordem material, com vistas à garantia de uma existência digna.²¹⁹

Soares, conclui que o princípio ético-jurídico da dignidade humana consiste, assim, no reconhecimento e tutela de um espaço de integridade físico-moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência no mundo.²²⁰

O princípio da dignidade humana, que se relaciona tanto com a manutenção de condições materiais de existência, quanto com a preservação dos valores espirituais das pessoas, converteu-se em verdadeira fórmula de justiça substancial, a qual pode ser convocada concretamente no pós-positivismo, graças à sua conversão em normatividade constitucional.²²¹

Especificamente em relação à igualdade, Cunha Júnior cita como exemplo, no Brasil, do reflexo da adoção do princípio da igualdade material, a política das quotas, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX da CF/88) e a determinação de reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII, da CF/88).²²²

Acrescente-se que o princípio da igualdade é previsto expressamente no Preâmbulo da Constituição:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, **a igualdade** e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e

²¹⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca de um direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 140 e seguintes.

²²⁰ Idem, p. 140 e seguintes.

²²¹ 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; *In*: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal.

²²² CUNH, 2009, p 663.

internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (grifo nosso).²²³

Como é notável do texto acima colacionado, o preâmbulo da Constituição Brasileira é rico em conteúdo ético.

Pontue-se que, apesar de o preâmbulo ter sua eficácia negada pelo Supremo Tribunal Federal²²⁴, ao afastar seu caráter normativo-vinculante, a referida norma é considerada norma constitucional como outra qualquer, que se diferencia apenas no tocante à possibilidade de efeitos jurídicos.

Portanto, no preâmbulo, o legislador constituinte informa que a sistemática constitucional deve ser lida conforme uma igualdade material, pois coloca o princípio da igualdade num patamar supraconstitucional, de princípio ético que induz uma interpretação material, ao conferir a ele, juntamente com as demais normas constitucionais, o caráter de um princípio, um direito subjetivo e uma garantia, que tem o condão de submeter todo o ordenamento jurídico no sentido de alcançar o objetivo fundamental da Constituição de erradicar as desigualdades injustas.

Nesse sentido, torna-se necessário ressaltar que a Constituição, conforme aduziu Hesse, não configura apenas expressão de um ser, mas também de um dever-ser, significando mais do que a mera reflexão das condições fáticas de sua vigência. Assim, a Constituição tem pretensão de eficácia de modo a imprimir ordem e conformação à realidade política e social.²²⁵

No tocante ao reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais de cunho social, a força normativa do princípio constitucional da dignidade humana implica a necessidade de efetivar, com maior abrangência possível, os direitos sociais de educação, saúde, trabalho, moradia e assistência social, que vão materializar a igualdade fática entre as pessoas, cuja concretização exige o desenvolvimento de prestações positivas do Estado.²²⁶

Ressaltou Soares que os direitos fundamentais de segunda geração passaram, inicialmente, por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em razão da sua própria natureza que exigia prestações nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação dos meios e recursos estatais,

²²³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal.

²²⁴ ADIn nº 2.976-5/AC, rel. Min Carlos Velloso, DJ. 8.08.2003.

²²⁵ HESSE, 1991, p. 15.

²²⁶ SOARES, 2010, p.140 e seguintes.

sendo considerados direitos subalternos quando comparados aos direitos individuais.

Tal ocorreu, reitere-se, devido ao próprio evoluir dos direitos humanos.

Norberto Bobbio asseverou, no mesmo sentido, que os direitos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, portanto, são mutáveis, suscetíveis de transformação e de ampliação, pois seu desenvolvimento passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos e, finalmente, foram proclamados os direitos sociais.²²⁷

Assim, conforme Soares relata, aquela ideia da limitação da aplicabilidade dos direitos sociais não se sustenta mais, por causa da opção do Poder Constituinte pátrio pelo modelo de constitucionalismo dirigente a ser implantado por um Estado intervencionista no campo econômico-social - art. 1º e 3º, além da prescrição de que as normas fundamentais - direitos sociais inclusos - têm aplicação imediata, bem como da opção hermenêutica de abertura do rol dos direitos fundamentais para tratados e convenções internacionais de direitos humanos e outros direitos e garantias expressos na constituição, conforme parágrafo 2º do art. 5º.²²⁸

A cidadania passa, então, do plano jurídico formal para o campo real das relações socioeconômicas, de forma a realizar o direito justo.

Sobre o conceito da reserva do possível advindo da jurisprudência constitucional alemã, que se relaciona com o argumento da escassez de recursos econômicos como limite para o implemento estatal dos direitos fundamentais, Soares afirma que se trata de uma falácia no sistema jurídico brasileiro que importou tal teoria equivocadamente do direito comparado. Para ele, se os recursos financeiros do Estado brasileiro não são suficientes, estes devem ser retirados de áreas menos prioritárias, a exemplo do custeio de gabinetes parlamentares, para serem aplicados aos direitos mais essenciais à vida digna do ser humano.²²⁹

Logo, trata-se apenas de uma questão de ponderação de bens e valores constitucionais, passível de controle jurisdicional.

²²⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. - Nova ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. - 7ª reimpressão, p. 36.

²²⁸ SOARES, 2010, p. 140 e seguinte.

²²⁹ Idem, p. 145.

Entretanto, a igualdade, enquanto direito fundamental ensejador de uma prestação material, de fato corresponde aos direitos sociais, que somente pode ser efetivada se houver condições econômicas favoráveis no Estado em questão.

Consoante Cunha Júnior, os direitos sociais realmente são efetivados na medida do possível (reserva do possível), em razão de dependerem de recursos econômicos, mas tal restrição não reduz os direitos sociais a um mero apelo ao legislador por se tratarem de imposição constitucional legitimadora de transformações econômicas e sociais necessárias para a efetivação desses direitos. Ademais, continua, havendo recursos, o indivíduo pode exigir a satisfação desses direitos, inclusive judicialmente.²³⁰

Cunha Júnior defende que sobre a função prestacional dos direitos sociais, o indivíduo pode exigir não só diretamente a prestação prevista na Constituição, como também a atuação legislativa concretizadora dessas normas, legitimando também a atuação do judiciário em caso de omissão inconstitucional.²³¹

Ademais, Dieter Grimm, ao analisar as características das leis fundamentais, já advertia que a constituição não se esgota na validade jurídica, pois, devido a seu efeito jurídico, é um importante fator de integração social.²³²

A Constituição Federal de 1988 consagrou, portanto, que o conteúdo do princípio da igualdade assume a feição material, em razão da concepção social do Estado Brasileiro, que se comprometeu a ter uma postura positiva na promoção de política de igualdade para a sociedade, de maneira a concretizar um Estado Democrático de Direito.

Aplica-se assim, o conceito de justo de Paul Ricoeur quando ocorre a concretização do princípio da igualdade material, pois a vida boa, somente pode ser, dentro deste contexto, quando o é para os outros, em instituições justas.

²³⁰ CUNHAR JUNIOR, P. 563-564.

²³¹ CUNHAR JÚNIOR, 2009, p. 565.

²³² GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho: coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p 209.

3.4.3. Exemplo Jurisprudencial de aplicação da Ética Ricoeuriana na Conformação das Instituições

Por fim, analisamos, no plano da jurisprudência, um *hard case* recente em que se discutiu a questão da igualdade, na sua forma material, que foi discutido no Supremo Tribunal Federal com o intuito de demonstrar a aplicabilidade da intenção ética ricoeuriana de vida boa, com e para os outros em instituições justas.

Trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, ajuizada na Corte pelo Partido Democratas (DEM) que questionou a constitucionalidade da política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da Universidade de Brasília.

O mencionado partido ajuizou a ação em 2009, alegando que o Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (Cespe/UnB), ao determinar a reserva de vagas oferecidas pela universidade, as chamadas cotas, teria ferido normas fundamentais da Constituição Federal, como os princípios da dignidade da pessoa humana, de repúdio ao racismo e da igualdade, bem como preceitos que estabelecem o direito universal à educação, etc.

Todavia, aplicando o princípio da igualdade material e, conseqüentemente a intenção ética ricoeuriana de vida boa, com e para os outros em instituições justas, os ministros do Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto do relator Ricardo Lewandowski, julgaram a ação improcedente.

Em suma, o relator afirmou que as políticas de ação afirmativa adotadas pela mencionada universidade estabelecem um ambiente acadêmico plural e diversificado, que têm o objetivo de superar distorções sociais historicamente consolidadas e que a UnB teria implementado meios marcados pela proporcionalidade, razoabilidade, em que as políticas seriam transitórias, com a revisão periódica de seus resultados.²³³

Esmiuçando o caso concreto, entendeu o relator que a Universidade de Brasília ao reservar apenas 20% de suas vagas para estudantes negros e 'de um pequeno número delas' para índios de todos os Estados brasileiros pelo prazo de 10

²³³ STF julga constitucional política de cotas na UnB. Notícias do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206042>. Acesso em: 04 fev 2014.

anos constitui, a seu ver, providência adequada e proporcional ao atingimento dos mencionados desideratos.²³⁴

Assim, concluiu ele que a política de ação afirmativa adotada pela Universidade não se mostrara desproporcional ou irrazoável, mas sim compatível com os valores e princípios da Constituição.

A decisão do Supremo traduz o que a Constituição Federal estabelece quanto à reparação de danos pretéritos do Brasil em relação à população negra, uma vez que seu artigo 3º, inciso I elege como objetivo fundamental da República Federativa, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária²³⁵, consoante propõe Ricoeur, quando fala da vida boa, da solicitude e das instituições justas, entre estas a Universidade, que ao adentrar nas relações sociais, vai corrigir a desigualdade concreta para que a igualdade formal seja alcançada.

Assim ao reconhecer a constitucionalidade das cotas universitárias adotadas pela Universidade de Brasília, o Supremo Tribunal Federal confirmou tal instrumento como forma de aplicação do princípio da igualdade no campo educacional.

Impende destacar um trecho do voto do ministro Gilmar Mendes, quando decidiu pela improcedência sobre o pedido de medida cautelar do Partido para suspender as cotas universitárias até o julgamento processo, o qual bem destaca o sentido ético de tal relevante julgado:

Pensar a **igualdade** segundo o valor da fraternidade **significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos**. A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, **impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiosincrasias**. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a **igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças**. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias. (grifo nosso).²³⁶

Conclui-se que o julgado estudado traz a argumentação ricoeuriana de igualdade proporcional, em que se reconhece a necessidade de concretizar, através das instituições, uma vida boa para todos, ou seja, um acesso real à universidade por parte da população historicamente negligenciada.

²³⁴ STF julga constitucional política de cotas na UnB. Notícias do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206042>. Acesso em: 04 fev 2014.

²³⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal.

²³⁶ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Indeferimento de Decisão Liminar na ADPF n. 186. Ministro Presidente Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2691269>. Acesso em: 05 fev 2014.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão acerca da Ética e seu papel conformador da Interpretação Constitucional parte da ideia de que o próprio Direito é um objeto cultural, uma vez que é criado pelo homem e é dotado, destarte, de valoração.

Como visto, não é possível mais conceber um *Direito sem ética* ou uma *Ética sem direito*, pois a finalidade do Estado na pós-modernidade se converteu para a realização da dignidade humana.

A suposta separação entre Ética e Direito não tem mais razão de ser após a consagração pela maioria dos textos constitucionais de inúmeros princípios morais, objetos da conquista histórica da humanidade.

Não há mais espaço para se falar em ausência de Ética hodiernamente, porque a problemática filosófica do direito ultrapassou a necessidade de se separar Direito da Moral.

Em outras palavras, a dimensão moral é constitutiva da própria identidade da sociedade e de cada indivíduo e sua finalidade está profundamente irmanada com o próprio fim do direito: a de coordenar a vida em sociedade para o bem.

Buscou-se, então, travar uma reflexão sobre Ética e o Direito no sentido de considerá-los como modos de se buscar uma sociedade equilibrada, pacífica e justa, de modo a enxergar nos dois campos do saber que, apesar da dualidade, ambos trabalham sob a mesma perspectiva.

Em seguida trouxemos a proposta ética de Paul Ricoeur, que caminha no sentido de que seu conteúdo se funda numa perspectiva teleológica da justiça, consoante Aristóteles já previu.

Ricoeur é herdeiro da hermenêutica filosófica, que em muito contribuiu para melhorar a relação entre o intérprete e objeto interpretado, fomentando o movimento, na seara jurídica, de mudança de paradigma da interpretação positivista para uma da hermenêutica jurídica, em que o juiz assume papel ativo na construção e aplicação do Direito.

Graças à nova visão interpretativa do Direito, o intérprete não está mais adstrito à literalidade lei, como demandava o ideal positivista, o qual sequer permitia a análise do significado ou consequência da norma.

Assim, a lei, para ser aplicável ao caso concreto, necessitará de uma validade jurídica que requer um conteúdo valorativo: a justiça.

Nesse ponto, denota-se a importância da hermenêutica jurídica ricoeuriana, que fornece ao Direito uma aplicação mais justa, sensível às demandas do caso concreto.

Ricoeur, como relatado, propôs a releitura da interpretação jurídica com base numa ética aristotélica, que consiste num saber auto-reflexivo, próprio das ciências do espírito.

A nova realidade hermenêutica força, destarte, que o juiz se desvencilhe de uma interpretação jurídico-formalista, para incorporar instrumentos conceituais, como a tradição, pré-compreensão, círculo hermenêutico e a equidade aristotélica, de forma a traspor as fronteiras do modelo jurídico positivado, em que está inserido.

Com Ricoeur e a ética aristotélica como modelos de solução, o juiz vislumbra a norma não somente como objeto do ordenamento jurídico, mas também como instrumento capaz de solucionar casos concretos que trazem uma problemática muito mais valorativa e social, do que jurídica.

A hermenêutica jurídica de Ricoeur, não deve permanecer restrita ao campo dogmática da ciência jurídica, como uma proposta de melhor compreensão. A sua verdadeira vocação é evidente: auxiliar o intérprete a buscar a pacificação da lide jurídica ao caso concreto, uma vez que compreender, é interpretar e aplicar ao mesmo tempo.

Ricoeur ao trazer sua intenção ética na fórmula de uma vida boa, com e para os outros em instituições consagra o desejo de viver bem em sociedade, consoante o qual a ideia de justiça elege o significado ético de bom.

O bom, portanto, transforma-se na ideia- guia que orienta a justiça e o agir humano na busca da vida boa com e para o outro em instituições justas.

Assim, como bem apontou o filósofo, a vida boa, entendida como a estima de si, em sua primeira avaliação, referindo-se ao agir humano considerado como bom reporta-se ao seu agente, sem a estrutura dialógica que introduz a relação com o outro, carece de conteúdo concreto, bem como não faz referência às instituições justas.

A vida boa somente ganha sentido completo quando engloba os três aspectos: o cuidado si, a solicitude (vida boa com e para os outros) e as instituições

justas, entendida esta como todas as estruturas do viver em comum de uma comunidade histórica.

Logo, afastando da ideia de que a justiça é um imperativo categórico ou instrumento, para trabalhar com a ideia de que é a justiça se alcança pela dialética dos atos de julgar e do princípio da igualdade, em que a vida boa somente se alcança para além da individualidade.

O homem, seguindo a intensão ética ricoeuriana deve, então, reconhecer que a experiência nunca pode bastar para uma decisão eticamente correta e que sua atuação precisa ser guiada previamente pela ideia de vida boa.

Portanto, como se vê, não se trata de um saber em geral, mas de uma concreção momentânea, não se trata também de um saber técnico. Só se alcança a compreensão adequada daquele que atua, na mediada em que se deseje o justo, e se encontre em relação de comunidade com o outro.

Nesse contexto, quando o juiz encontra um problema de interpretação em que não há de imediato uma resposta pronta, ele pode se socorrer da ética ricoeuriana, uma vez que o justo, para aquele caso, somente fica evidenciado na situação concreta em que as partes se encontram.

Com razão Ricoeur, pois, na situação concreta, ver-se-á o intérprete obrigado, seguramente, a fazer concessões com respeito à lei num sentido estrito, mas não porque não seja justo. Fazendo concessões em face da lei não faz reduções à justiça, mas, pelo contrário, encontra um direito melhor.

Nesse sentido, o princípio da igualdade vem como uma conquista histórica da humanidade, representativa do evoluir para o tratamento igualitário de todos e para o respeito às diferenças encontradas no seio social.

A adoção da perspectiva material do princípio da igualdade, em detrimento da restrita igualdade jurídica, foi resultado da mudança da visão do Estado Liberal para um Estado Social, que passou a implementar a discriminação jurídica desde que com o objetivo de promover a efetiva igualdade de oportunidades e de tratamento, com o fito de erradicar desigualdades humanas, sejam estas sociais, econômicas ou culturais.

Deste modo, para que o princípio constitucional da igualdade seja respeitado, o tratamento legislativo e jurídico deve ser diferenciado na medida da

desigualdade entre as pessoas ou situações, para que se protejam os interesses e valores constitucionais e se alcance uma igualdade fática.

No contexto brasileiro, foi exposto que a Constituição Federal de 1988 prescreveu que o princípio da igualdade assume a forma de uma igualdade material, visando à concretização de um Estado Social-Democrático de Direito, conforme objetivos assumidos por este em seu art. 3º, o que, em outras palavras, constitui o instrumento para a justiça ricoeuriana.

Ao exemplo das constituições modernas, a Constituição Brasileira de 1988 instituiu a nova visão do princípio da igualdade juntamente com a nova concepção da função social do Estado, que deve seguir uma postura ativa, através de políticas públicas asseguradoras do tratamento materialmente justo e igualitário aos seus cidadãos.

Saliente-se que tal escolha não é inovação brasileira, mas uma tendência mundial, originada das lutas e movimentos sociais contemporâneos que obtiveram sucesso em inserir, nos textos constitucionais, os chamados direitos de segunda geração, confrontadores da aplicação do princípio da igualdade numa posição formal, fornecendo ao enunciado da igualdade um tratamento adequado para a sua real aplicação.

Para alcançar tal intento, o trabalho tratou de enfatizar que a previsão constitucional de normas éticas vem da aspiração dos legisladores constituintes contemporâneos de trazerem valor, dotarem de uma Ética humanizadora, o próprio ordenamento jurídico, através da Lei Fundamental.

Desta forma, na medida em que há todo um sistema valorativo dentro da própria Constituição, a mesma ganha força ético-moral, em razão da própria força normativa.

É cediço que os princípios éticos previstos na constituição são mais do que simples normas, visto que vinculam todo o Direito e toda a sua interpretação para responder aos anseios de vida boa, vida justa da sociedade.

Adverte-se, contudo, que apesar de, no ordenamento jurídico, estar presente a ideia de que a sentença do juiz não pode obedecer a arbitrariedades, este tem que levar em consideração a justiça do conjunto, uma vez que, ele, como qualquer pessoa, deve ser capaz de ponderar o justo no caso concreto.

Ricoeur, quando propôs seu modelo ético, jurídica, não quis dizer que o intérprete não está mais submetido à exegese literal da lei, pode aplicar sentenças, livremente, sem observá-la, em razão de que o intérprete não pretende outra coisa que compreender o texto.

Com efeito, é preciso interpretar o Direito Constitucional e, por consequência, todo o Direito, a partir da noção de que tanto o Direito como a Ética se voltam para a elaboração de normas que possibilitam a convivência harmoniosa dos indivíduos em sociedade, identificado na intenção ética de Paul Ricoeur: vida boa, com e para os outros em instituições justas.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução e tradução de novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 918.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ARAÚJO, Cicero. *Bentham, o Utilitarismo e a Filosofia Política Moderna*. In: *Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx Boron, Atilio A.* CLACSO, Conselho Latino-americano de Ciências Sociais; DCP-FFLCH, Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo. 2006. Disponível em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/12_araujo.pdf. Acesso em 23.11.2013.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução, introdução e notas de Mário Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BAIARDI, Daniel Cerqueira. *Conhecimento, Evolução e Complexidade na Filosofia Sintética de Herbert Spencer*. 2008. 146 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo.

BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna*. Trad. João Rezende Costa. São Paulo, Paulus, 1997.

BEÇAK, Rubens. *A Dimensão Ético-Moral e o Direito*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007.

BIBLIA. Português. 1993. *Antigo e Novo Testamento*. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. 2. ed. rev. e atual. no Brasil. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. - Nova ed.- Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. – 7ª reimpressão

BITTAR, Eduardo C. B. *Ética, Cidadania e Constituição: O Direito à Dignidade da Pessoa Humana*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 8 – jul./dez. 2006.

_____. *Curso de Ética Jurídica: Ética geral e profissional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *O princípio da Igualdade Como limitação à atuação do Estado*. Disponível em: <http://www.iaceara.adv.br/images/stories/pdf/14-Paulo_Bonavides.pdf> Acesso em 30 mar 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Indeferimento de Decisão Liminar na ADPF n. 186. Ministro Presidente Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2691269>. Acesso em: 05 fev. 2014.

CERQUEIRA, Nelson. *Hermenêutica e Literatura*. Tradução de Yvenio Azevedo. Salvador-Bahia: Cara, 2003.

CORTINA, Adela. *Ética mínima: introducción a la filosofía práctica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1986.

_____. *Ética sem moral*. Ed. Martins Fontes, 2010.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

DINUCCI, Aldo. *Teologia, Ética e Racionalidade em Sócrates*. Anais de filosofia clássica, vol. IV nº 7, 2010. Disponível em: <http://www.ifcs.ufrj.br/~afc/2010/Aldo.pdf>. Acesso em: 10.09.2013.

GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho: coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

JUNQUEIRA, Camila. *Ética e Consciência Moral: a teoria, a clínica e o outro*. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/impulso/article/download/428/579>.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *O Estoicismo Imperial como Momento da Ideia de Justiça: Universalismo, Liberdade e Igualdade no Discurso da Stoá em Roma*. Tese de Doutorado. UFMG. 2009. Disponível em:

<<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-967NC9>>. Acesso em 20 de mar 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da igualdade*. 3 ed., 14 tir., São Paulo: Malheiros, 2006.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo II. 3 ed. Portugal, Coimbra, 1996.

MUÑOZ, Felicidade Aparecida Gouvea. *Justiça e sabedoria: prática em Paul Ricoeur*. Dissertação (Mestrado). Universidade São Judas Tadeu – São Paulo, 2011

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NIETZCHE, Friedrich Wilhelm. *Genealogia do Mal: uma polêmica*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 68.

ORTEGA Y GASSET, José. *O Homem e a Gente*. Rio de Janeiro: Livro Ibero-americano, 1960.

PLATÃO. *Leis*. Tradução de Carlos Roberto Nunes. Universidade do Pará, 1980.

PINTO, Marília Muricy Machado. *O pensamento filosófico de A. L. Machado Neto e a nova hermenêutica jurídica*. Revista da Faculdade de Direito da UFBA, Salvador, v. XXXVII, p. 69, 1999.

_____. Verdade, ética e política. Publicado em 15 de setembro de 2009. Disponível em: <http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,OI3975464-EI14235,00-Verdade+etica+e+politica.html>. Acesso em 19 de outubro de 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado: parte geral, Campinas: Bookseller, 1999.

RAMOS, Sérgio Vieira Ramos. *Por uma pequena ética: sentido e possibilidade da contribuição do projeto filosófico de Paul Ricoeur à filosofia prática*. Tese de apresentada ao Curso de Doutorado em Filosofia da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da UFMG. Disponível em: <www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/ARBZ-854J9C>. Acesso em 20.05.2012.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Nelita Maria Rimoli Esteves. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes 2002..

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. - São Paulo: Saraiva, 1999.

_____, *Teoria Tridimensional do Direito*, 4ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1986.

RICOEUR, Paul. *Em torno ao político*. Leituras 1. São Paulo: Edições Loyola, 1995.

_____. *O Justo 1*. Trad. Ivone C. Benedetti, 1a. Edição, São Paulo, ed. Martins Fontes, 2008.

_____. *O Justo 2*. Trad. Ivone C. Benedetti, São Paulo, ed. Martins Fontes, 2008.

_____. *Le Juste 1*. France, Éditions Esprit, 1995.

_____. *Le Juste 2*. France, Éditions Esprit, 2001.

_____. *O si-mesmo como um outro (Soi-même comme un autre, 1990*.

Ricoeur. Tradução de Lucy Moreira César. Campinas, Papyrus, 1991.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia*. Novos Estudos Jurídicos. ISSN Eletrônico 2175-0491.

Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441>>.

Acesso em: 01 abril 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Editora Universidade de Brasília. Brasília/DF; Editora Ática – São Paulo/SP – 1989.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A Ideia de Justiça em Kant. Seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

SALLES, Sérgio de Souza. *O sentido teleológico da justiça em Paul Ricoeur*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=107030ca685076c0>. Acesso em 20 dez 2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca de um direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional: atualizado até a EC nº 67, de 22 de dezembro de 2010 e Súmula Vinculante nº 31, de 17/02/2010: (com comentários às Leis nºs 11.417/06 e 11.418/-6 – Repercussão Geral de Questões Constitucionais*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

_____. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: LTr, 2001.

_____. *Teoria Jurídica do Assédio e sua Fundamentação Constitucional*. São Paulo: LTr, 2012.

SOUZA, Leticia Godinho. *Da ética à hermenêutica jurídica: um ensaio sobre o Justo em Paul Ricoeur*. Disponível em: <http://www2.direito.ufmg.br/revistadoacaap/index.php/revista/article/view/148/147>. Acesso em 20 de dezembro de 2013.

STF julga constitucional política de cotas na UnB. Notícias do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206042>. Acesso em: 04 fev 2014.

TEIXEIRA, Antonio Braz Teixeira. *Filosofia e Metodologia do Direito II: Apontamentos*. Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/94351220/A-Razao-Juridica-Hermeneutica>>. Acesso em 24 mar 2013.