



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

GEOVANE DE MORI PEIXOTO

A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: *ENTRE O*
SUBSTANCIALISMO E O PROCEDIMENTALISMO

SALVADOR
2012

GEOVANE DE MORI PEIXOTO

**A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: *ENTRE O
SUBSTANCIALISMO E O PROCEDIMENTALISMO***

Dissertação apresentada ao Mestrado em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Ricardo Maurício Freire Soares.

SALVADOR
2012

P379 Peixoto, Geovane De Mori.
A defesa dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional / por Geovane De Mori
Peixoto. - 2012.
250 f.

Orientador: Prof Dr Ricardo Maurício Freire Soares
Dissertação (Mestrado) apresentada - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito,
2012.

1. Direitos Fundamentais. 2. Controle da Constitucionalidade. 3. Hermenêutica (Direito). I.
Universidade Federal da Bahia

CDD 342.085

TERMO DE APROVAÇÃO

GEOVANE DE MORI PEIXOTO

A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: *ENTRE O SUBSTANCIALISMO E O PROCEDIMENTALISMO*

Dissertação aprovada com requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito da Universidade Federal da Bahia.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares – Orientador
Doutor em Direito – Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior
Doutor em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. _____
Doutor em _____
Universidade _____

*Dedico este trabalho aos meus pais Marlene e
Jefferson Peixoto pelo amor e o carinho
incondicional de vocês.*

AGRADECIMENTOS

A minha família, meu Pai, minha Mãe e meu Irmão, por tudo, sempre...

Aos meus avós Adroaldo Peixoto (*i.m.*), Carmem Peixoto (*i.m.*), José De Mori (*i.m.*) e Ambrozina Franco.

A minha família por empréstimo Seu Tadeu, Dona Nide, Vô Eli, Vó Tereza, Monique, Daiane, Cidreira, Guilherme, Francisco, Valesca, Luana e Pablo.

Ao meu pequeno e querido afilhado Antônio Gabriel (Tonga).

Ao Professor Doutor Paulo César dos Santos Bezerra, por todas as ideias fundamentais na construção do projeto e do texto da dissertação, que Deus lhe abençoe, muita saúde.

Meu Orientador Professor Doutor Ricardo Maurício, sua ajuda e amizade em um momento tão crucial foi inestimável, minha eterna gratidão.

Aos Professores do PPGD, em especial os Profs. Doutores Saulo Casali Bahia, Heron Gordilho e Dirley da Cunha Júnior.

A oportunidade de ter sido aluno, mais uma vez, de minha eterna Mestre a Profa. Doutora Marília Muricy, a grandeza do seu conhecimento é uma inesgotável fonte de inspiração.

A todos os meus amigos, que prefiro não nomear para não esquecer ninguém, pois são muitos.

Àqueles que têm um lugar especial no meu coração, mais do que amigos, Thiago Borges, Daniela Andrade, Fernando Abreu, Mônica Aragão, Ruy de Bino, Tia Eliana, César Filho, Tâmara Luz, Vicente Passos, Jackson Azevêdo, Cláudia Sales, Rodrigo Pimentel e Bruna Ferro.

Todos meus alunos e ex-alunos, razão de minha busca incansável pelo conhecimento, crescemos juntos ano após ano, em especial Luiz Gabriel, Hermes Hilarião, Marcela, Vinicius, Louise, Paulo Freire e Gabriel.

Aos colegas professores com os quais tive a oportunidade de compartilhar as coisas boas da academia, em especial Miguel Calmon, Rômulo Moreira, Thiago Alban e Marcos Pimenta.

Aos companheiros de caminhada no Mestrado.

Aos Professores e Amigos Adroaldo Leão, Ana Carolina e Fernando Leal por acreditarem e valorizarem o meu trabalho.

A todos do escritório Lapa & Góes e Góes.

Ao irmão Wálber Carneiro, pela amizade incondicional e por ter segurado todos os compromissos do escritório nos últimos tempos, além de ter forte influência na construção intelectual deste trabalho, verdadeiro exemplo de ser humano.

Por último, os dois grandes amores de minha vida, que, mais uma vez, sacrifiquei em vários momentos com a minha ausência e com as minhas angústias, para conclusão deste trabalho. Meus amores: “sem vocês eu não sou ninguém”. Minha filha (que já não é mais tão pequena) Giovanna e Minha Esposa (sempre) Cris. Continuo amando vocês com todas as minhas forças, e mais um pouco, pois o mundo é mais belo com vocês!

*A polícia apresenta suas armas
Escudos transparentes, cassetetes
Capacetes reluzentes
E a determinação de manter tudo
Em seu lugar*

*O governo apresenta suas armas
Discurso reticente, novidade inconsistente
E a liberdade cai por terra
Aos pés de um filme de Godard*

*A cidade apresenta suas armas
Meninos nos sinais, mendigos pelos cantos
E o espanto está nos olhos de quem vê
O grande monstro a se criar*

*Os negros apresentam suas armas
As costas marcadas, as mãos calejadas
E a esperteza que só tem quem tá
Cansado de apanhar*

*(“Selvagem” – Herbert Vianna, Bi Ribeiro e
João Barone – Paralamas do Sucesso)*

RESUMO

A investigação da pesquisa recai sobre o papel exercido pela jurisdição constitucional, no paradigma do Estado Democrático de Direito, na defesa e efetivação dos direitos fundamentais. Desde o denominado período axial há a busca pelo homem de delimitar direitos considerados essenciais, em função da sua íntima ligação com a própria essência do ser humano. Inicialmente esses direitos eram denominados de direitos humanos e se desenvolveram dentro da matriz *jusfilosófica* denominada de *jusnaturalismo*, sob a perspectiva da identidade do Direito com a moral. Os direitos humanos eram considerados como direitos naturais do ser humano, e justificados metafisicamente. Ante as incertezas geradas por esse modelo, e já com o advento da modernidade, o direito passa a ser identificado objetivamente apenas com o direito legislado, reificando àquela época a dominação promovida pela burguesia, e estabelecendo um novo paradigma *jusfilosófico* denominado de *positivismo jurídico*. A partir desta nova concepção os direitos humanos passam a depender da sua positivação em Constituições e são denominados de direitos fundamentais. Os modelos hermenêuticos sedimentados nesses dois paradigmas *jusfilosóficos*, todavia padecem de um mesmo mal, por motivos diferentes, eles consolidam uma interpretação jurídica que favorece a discricionariedade do intérprete, e desfavorece a efetivação dos direitos fundamentais/humanos. Faz-se necessário, então investigar, sob um prisma filosófico, novas ideias para um modelo de hermenêutica jurídica, de cariz filosófico, capaz de mitigar a discricionariedade do intérprete e simultaneamente concretizador dos direitos fundamentais. Essa (nova) hermenêutica jurídica inspira-se pelo pensamento de dois importantes filósofos da contemporaneidade: Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. Esse modelo propõe uma necessária ontologização da interpretação pela valorização do problema em detrimento do texto legal, a partir da adoção de um método fenomenológico, que favoreça, ainda, o diálogo. Surge diante dessa constatação um novo problema: qual a instância estatal capaz de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais mediante aplicação deste método? Investiga-se, então, sob a perspectiva da legitimidade democrática e da adequação aos desígnios de uma sociedade complexa se a palavra final seria do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário. O Poder Judiciário apresenta uma série de vantagens institucionais, substanciais e democráticas para realização dessa tarefa, todavia não se exclui a participação do Legislativo, seja através de um novo desenho institucional, seja por intermédio de um modelo dialógico entre essas esferas. Para que isso se concretize é fundamental que se adote, sob um viés ideológico, uma concepção conceitual *substancialista* sobre a Constituição, valorizando os aspectos morais delimitados por ela, e, assim, implementando um modelo pós-positivista neoconstitucional, mas sem desconsiderar os aspectos procedimentais substancialmente delimitados pela Carta Política.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional; Direitos Fundamentais; Hermenêutica Jurídica; Substancialismo; Procedimentalismo.

ABSTRACT

The investigation of this research relapses over the role fulfilled by the constitutional jurisdiction, in the paradigm of the Democratic State of Law, on the protection and effectiveness of the Fundamental Rights. Since the Axial period there is a human search in delimitate rights that are considered essential, because of their deep connection with the human essence. At the start, those rights were named as Human Rights and they were developed inside a philosophic matrix called *jusnaturalism*, always on a perspective of identity between law and moral. The Human Rights were considered nature rights of the human being and they were metaphysically justified. In face the uncertainties promoted by this model, and with the coming of the modern age, the rights started to be identified, objectively, only as the law that was legislatively produced, correcting the name given from the bourgeois and creating a new *jusphilosophic* paradigm name "legal positivism". From this new conception of Human Rights they started to depend on the positivization in Constitutions and they started to call Fundamental Rights. The hermeneutics models were consolidated on these two *jusphilosophics* paradigms, however they suffered from the same disease, but from different reasons. They consolidate an juridical interpretation that favors the discretionary power of the interpreter, and disfavors the realization of the fundamental/ human rights. It's necessary investigate, over an philosophic prism, new ideas for an juridical hermeneutic model, of philosophical nature, that is capable of mitigate the discretionary of the interpreter and, at the same time, of materialize the Fundamental Rights. This (new) juridical hermeneutic is inspired by the thoughts of two important philosophers from contemporaneity: Martin Heidegger and Hans-Georg Gadamer. This model proposes a necessary ontologization of the interpretation by the appreciation of the problem over the legal text, based on the adoption of a phenomenological method that also favors the dialogue. In face of this finding It comes to light a new problem: which State instance would be capable of assure the effectiveness of the fundamental rights while adopting this method? Under the perspective of the democratic legitimacy and of the adequacy to the designs of and complex society it stars an investigation if the final word belongs to the legislative power or to the judiciary. The Judiciary brings institutional, substantial and democratic advantages for the realization of this assignment. However, we can't delete the participation of the legislative power, either by a new institutional design, either by the mediation of a dialogue model between those two spheres. For this to materialize it's essential to adopt, under an ideological optic, a substantial conception of Constitution, that valorizes the moral aspects that are delimited by it, and, in consequence, implementing an neo-constitutional post positivism model, but without disregard the procedure aspects substantially delimited by the Politic Letter .

Key-words: Constitutional Jurisdiction; Fundamental Rights; Juridical Hermeneutic; Substantialism; Proceduralism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO 1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS: APORTES CONCEITUAIS:	19
1.1 O SIGNIFICADO DA CONSTITUIÇÃO E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	19
1.1.1 Constituição e Estado Democrático de Direito	19
1.1.2. Aportes Iniciais Sobre a Definição de Direitos Fundamentais.....	23
1.1.3 Significado dos Direitos Fundamentais em um Estado Democrático de Direito.....	29
CAPÍTULO 2 – A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DA ORIGEM DOS DIREITOS HUMANOS AO POSITIVISMO JURÍDICO:.....	34
2.1 A ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS:34.2.1.1 A “Pré-História” dos Direitos Humanos.....	35
2.1.2 A Influência do Catolicismo na Constituição dos Direitos Humanos	39
2.1.3 Direitos Humanos na Idade Média	42
2.1.4 Direitos Humanos e a Modernidade: Os Pensamentos de Thomas Hobbes e John Locke	45
2.1.5 A Tese <i>Contratualista</i> de Jean-Jacques Rousseau e os Direitos Humanos	51
2.1.6 A Base Humanista do Pensamento de Immanuel Kant	53
2.1.7 A Relação Entre a Matriz <i>Jusnaturalista</i> do Pensamento Jurídico e os Direitos Humanos.....	57
2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A INFLUÊNCIA ORIGINÁRIA DO POSITIVISMO JURÍDICO NA SUA CONSAGRAÇÃO:.....	63
2.2.1 As Bases Centrais do Positivismo Jurídico:.....	63
2.2.2 O (Neo)Positivismo Kelseniano:	70
2.2.3 A Relação Entre Direitos Fundamentais e o Positivismo Jurídico	74
CAPÍTULO 3 – EM BUSCA DA “FUNDAMENTALIDADE”: A NECESSÁRIA SUPERACÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO.....	79
3.1 A SUPERACÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO: PÓS-POSITIVISMO?	79
3.1.1 A Crise do Positivismo Jurídico	80
3.1.2 Existe um Pós-Positivismo Jurídico?	84
3.1.3 O Neoconstitucionalismo Como Uma Proposta Pós-Positivista:	88

3.1.4 A Importância dos Princípios na Sedimentação do Neoconstitucionalismo	94
3.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO UMA QUESTÃO MORAL.....	100
3.3 A DEFINIÇÃO DE SER HUMANO: UMA QUESTÃO DE ANTROPOLOGIA FILOSÓFICA.....	104
CAPÍTULO 4 – HERMENÊUTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS	109
4.1 AS CONTRIBUIÇÕES DE MARTIN HEIDEGGER E HANS-GEORG GADAMER PARA A SEDIMENTAÇÃO DE UMA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA:.....	112
4.1.1 O <i>Linguistic Turn</i> (Giro Linguístico):	113
4.1.2 A (Re)Significação do Método Fenomenológico na Contemporaneidade: O Pensamento de Edmund Husserl.....	118
4.1.3 A Base Hermenêutica do Pensamento Heideggeriano	122
4.1.4 A Hermenêutica Filosófica Gadameriana	130
4.2 HERMENÊUTICA JURÍDICA: UMA REFORMULAÇÃO A PARTIR DA CONTRIBUIÇÃO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA:.....	137
4.3 A HERMENÊUTICA JURÍDICA DO “OUTRO”: A NECESSIDADE DE UM MODELO DIALÓGICO:.....	144
4.3.1 Transconstitucionalismo	147
4.3.2 Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva	150
4.4 O DESVELAMENTO FENOMENOLÓGICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	154
CAPÍTULO 5 – A IMPORTÂNCIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO ESPAÇO INSTITUCIONALIZADO DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS .	158
5.1 POR QUE NÃO O PODER LEGISLATIVO?.....	158
5.2 NOÇÃO CONCEITUAL PRELIMINAR DE JURISDIÇÃO:	164
5.3 MODELOS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:	167
5.3.1 Modelo do <i>Judicial Review of Legislation</i> : A Origem Norte-Americana do Controle Difuso de Constitucionalidade	169
5.3.2 Controle Concentrado: O Modelo Europeu Continental Centrado em Tribunais ou Cortes Constitucionais.....	172
5.3.3 CONTROLE MISTO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA EVOLUÇÃO DO MODELO BRASILEIRO.....	176
5.4 A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	181
5.5 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL	189

CAPÍTULO 6 – EM BUSCA DA (RE)SIGNIFICAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ENTRE O PROCEDIMENTALISMO E O SUBSTANCIALISMO	196
6.1. PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO	196
6.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NAS CONCEPÇÕES DE ROBERT ALEXY E RONALD DWORKIN 199	
6.2.1. O Procedimentalismo de Robert Alexy: Jurisdição Constitucional e a Ponderação	200
<i>6.2.1.1 Distinção Entre Regras e Princípios no Pensamento Alexyano</i>	<i>201</i>
<i>6.2.1.2 Direitos Fundamentais: Conceito a Partir de uma Teoria Estrutural....</i>	<i>202</i>
<i>6.2.1.3. A Relação Entre Direitos Fundamentais e Democracia na Concepção de Alexy</i>	<i>204</i>
<i>6.2.1.5 Ponderação e Argumentação no Pensamento de Robert Alexy</i>	<i>206</i>
6.2.2. O Substancialismo de Ronald Dworkin: Jurisdição Constitucional e a Busca por Respostas Corretas	210
<i>6.2.2.1 “Uma Questão de Princípios” – O Fundamento Principiológico do Pensamento de Dworkin.....</i>	<i>210</i>
<i>6.2.2.2. O Papel do Juiz na Aplicação do Direito: A Importância da Integridade</i>	<i>212</i>
<i>6.2.2.3. As “Respostas Corretas” na Concepção de Ronald Dworkin.....</i>	<i>214</i>
<i>6.2.2.4. A Jurisdição Constitucional na Concepção de Ronald Dworkin</i>	<i>217</i>
6.2.3. Uma Análise Crítica dos Pensamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin	219
6.3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: SUBSTANCIALISMO OU PROCEDIMENTALISMO?	221
CONCLUSÃO.....	229
BIBLIOGRAFIA:	239

INTRODUÇÃO

São dois os problemas iniciais que se colocam nesta dissertação, quais sejam: 1) como identificar a essência da “fundamentalidade” que caracterizam determinados direitos como fundamentais; e 2) identificar qual o espaço institucionalizado para definição e a garantia destes direitos ditos fundamentais.

Parte da premissa que não só a garantia, mas a própria definição dos direitos fundamentais seria uma das funções principais da jurisdição constitucional, assumindo ela, portanto, o papel de instrumento de concretização destes direitos, resguardando e efetivando, assim, a Constituição, e por via de consequência o próprio Estado Democrático de Direito.

A aparente simplicidade da resposta ao problema inicial, todavia, não pode esconder a complexidade do tema de pesquisa proposto, pois no final do século XX, principalmente a partir da denominada *virada kantiana*, que tem como um de seus principais expoentes Ronald Dworkin, na busca de uma reaproximação entre moral e Direito, notadamente com a fundamentação moral dos direitos fundamentais.

Surgiu nas discussões doutrinárias um embate entre aqueles que defendem a jurisdição constitucional como “espaço” de debate próprio para efetivação e concretização dos direitos fundamentais, como o próprio Ronald Dworkin, e em determinada medida, sob fundamento diverso, Robert Alexy, de um lado, e aqueles que defendem que o “espaço” próprio, para o controle abstrato das normas, é o Poder Legislativo, conforme entendimento esposado por Jürgen Habermas. Constituem estes autores referenciais deste trabalho, devido à receptividade de suas teorias pela doutrina pátria.

Essa última concepção, a habermasiana, fundamenta-se na ideia de que o que está em jogo, neste caso, é a racionalidade do processo de autocompreensão democrática da legislação, e, portanto, a própria legitimidade do direito, estabelecendo, assim, a sua validade. Propõe este autor, então, uma reformulação do sentido da jurisdição constitucional, e de sua função,

preliminarmente, através de uma revisão da forma metodológica com que esta trata o controle de constitucionalidade.

É preciso destacar, que se no período de sedimentação do modelo de Estado Liberal, o papel do Poder Legislativo acentuou-se na formatação do Estado Democrático de Direito, assim como o do Poder Executivo no Estado Social (Bem-Estar Social), chegou o momento de destaque do Poder Judiciário, no século XXI, como instância garantidora do Estado democrático de Direito, principalmente através de uma valorização do jurídico.

Nessa nova conjuntura, de destaque do papel e da função do Poder Judiciário, mais central ainda é a elucidação do significado e das tarefas da jurisdição constitucional, notadamente no (novo) panorama estabelecido pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra, e do papel atribuído às Constituições nesta quadra da história, em que tanto se fala em *pós-positivismo* e *neoconstitucionalismo*.

A partir do momento em que surgem diversas teorias estabelecendo distintos papéis para a jurisdição constitucional, e se estabelece um embate teórico entre os doutrinadores brasileiros e estrangeiros, torna-se necessária uma investigação crítica acerca dessas teorias, principalmente acerca da recepção e possibilidade de efetivação destas no Brasil, vez que foram estruturadas dentro dos EUA e da Alemanha, em correspondência aos autores indicados como referenciais.

A investigação destas teorias parte, porém, da premissa que: compete ao Estado Democrático de Direito a garantia e efetivação dos direitos fundamentais, a partir de um (re)encontro moral entre a Constituição e os valores fundamentais da sociedade. A matriz teórica *neoconstitucional* vai proporcionar as condições de possibilidade para esta tarefa. Compete, neste contexto, à jurisdição constitucional a função de guardião dos valores materiais positivados na constituição.

Surge, todavia, dentro de uma perspectiva *pós-positivista* uma nova questão: direitos fundamentais são apenas aqueles positivados em uma Constituição? Para responder a essa pergunta é necessário investigar o que determina a “fundamentalidade” de um direito para caracterizá-lo como

fundamental, ou seja, qual a essência de um direito fundamental? Essa não é uma resposta alcançável na dogmática jurídica.

Será necessário utilizar uma abordagem zetética, dialogando com a filosofia e a hermenêutica para compreender a essência e “fundamentalidade” que define um direito como fundamental. Filosofia **no** Direito, e não Filosofia **do** Direito, ou seja, a partir de reflexões filosóficas compreender o problema, mas respeitando a autonomia epistêmica da Ciência do Direito, e, portanto, o sistema jurídico.

Esta dissertação é uma tentativa de (re)discussão do tema, com o escopo de esclarecer e elucidar o significado da jurisdição constitucional como garantidora e definidora dos direitos fundamentais, a partir de um paradigma *pós-positivista* e *neoconstitucional*, e na busca da delimitação de um modelo hermenêutico adequado a essa função. Sem uma delimitação hermenêutica de como pensar o problema será impossível promover uma mudança paradigmática profunda no processo de definição e concretização dos direitos fundamentais.

A maioria dos trabalhos nessa área preocupam-se mais com determinados direitos específicos, e essa dissertação apresenta, a partir de matrizes filosóficas e hermenêuticas filosóficas, uma proposta de modelo de como pensar este problema, uma verdadeira busca de **essência!**

A análise teórica recai em três questões centrais e nas seguintes hipóteses, a seguir descritas.

Primeiro se discutirá a relação entre direitos fundamentais e Constituição, fundado na seguinte questão: existem direitos “fundamentais”? Quais as (im)possibilidades da “fundamentalidade” dos direitos?

A hipótese suscitada parte, nesta primeira parte, da constatação de que não é possível falar em direitos fundamentais como um dado atribuído pela Constituição, apenas pela positivação do texto constitucional, pois a “fundamentalidade” é um resultado compreensivo do “fenômeno constitucional”. Então surge a questão: como compreendê-lo?

A segunda temática aborda a relação entre a hermenêutica e os direitos fundamentais, fundado na seguinte questão: como eu compreendo a Constituição e identifico a “fundamentalidade”?

A hipótese suscitada parte do fato que compreensão da Constituição exige um “jogo”, em sentido gadameriano (ou um jogo de linguagem?), que se processa através do diálogo, logo se torna necessário investigar uma matriz hermenêutica adequada para esta finalidade, que trabalhe com uma dimensão dialógica (intersubjetiva).

Por último, investiga a jurisdição constitucional como o espaço institucionalizado do jogo e da identificação da “fundamentalidade”.

Nesta última etapa a hipótese é a de que a realização do jogo hermenêutico dialógico requer, em se tratando de Direito, de um espaço institucionalizado para ser “jogado”, que, nesse caso, é representado pela jurisdição constitucional.

Para a concretização da pesquisa abordando as hipóteses acima descritas o trabalho é subdividido em seis capítulos, divididos da seguinte maneira.

No primeiro capítulo são realizados aportes iniciais acerca da definição dos direitos fundamentais, com o escopo de estabelecer um ponto de partida para a sedimentação conceitual *a posteriori* deste instituto jurídico.

O segundo capítulo percorre a evolução histórica-ideológica dos direitos fundamentais, da sua origem jusnaturalista até a sua sedimentação positivista, demonstrando a maneira como foi consagrado na modernidade, principalmente com o advento do constitucionalismo.

No terceiro capítulo discute-se a superação do positivismo em detrimento de um pós-positivismo (?), centrado em uma matriz neoconstitucional, em busca da “fundamentalidade” dos direitos fundamentais, demarcando um novo modelo teórico fundado, principalmente, na antropologia filosófica, e requerendo um novo modelo hermenêutico para o desvelamento e efetivação desta categoria de direitos.

No quarto capítulo a busca por esse modelo hermenêutico floresce, tomando como marco a virada linguística, bem como o pensamento de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer como parâmetros filosóficos para a construção de um modelo hermenêutico jurídico adequado para efetivar os direitos fundamentais.

O quinto capítulo discute a jurisdição constitucional como o espaço institucionalizado estatal para a realização desse “jogo” hermenêutico capaz de

concretizar direitos fundamentais, e vai contra as críticas de que isso gera um ativismo judicial.

Por último, o sexto capítulo investiga qual seria o melhor modelo ideológico-teórico para a consagração do Poder Judiciário na tarefa de desvelar e efetivar os direitos fundamentais, consagrando o Estado Democrático de Direito no século XXI. Essa investigação recaiu sobre os modelos procedimentalista e substancialista, elegendo os modelos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, respectivamente, como exemplos destas correntes.

Na conclusão são apresentadas as reflexões induzidas pela pesquisa, além da indicação dos pontos que necessitam de uma maior reflexão, por não se tratar de uma tese, mas de mera dissertação de mestrado.

A opção de recurso metodológico desta dissertação, por sua vez, recai sobre a espécie exploratória, que tem como escopo central descrever o problema e posteriormente analisá-lo criticamente.

Esta opção possibilita explicitar mais o tema pesquisado e ao final levantar novas hipóteses, com a finalidade de um aprofundamento futuro, sem necessariamente, em um primeiro momento, estabelecer uma resposta definitiva às hipóteses iniciais.

Permite, assim, um planejamento mais flexível, possibilitando a consideração dos mais variados aspectos relativo ao problema estudado.

Desse modo, os procedimentos a serem utilizados na pesquisa devem estar aptos a colher as informações necessárias à consecução desses objetivos. Como acontece com as demais pesquisas exploratórias, desenvolve-se a partir, fundamentalmente, de levantamento bibliográfico.

Sendo assim, considerando as características já apresentadas, a doutrina jurídica e filosófica acerca do tema constituiu a principal fonte de pesquisa.

Na pesquisa bibliográfica foram examinadas obras que tratam do tema, direta ou indiretamente. Não há na pesquisa um estudo de casos específico, contudo, considerando este apenas um recurso ilustrativo, foram realizadas algumas análises de alguns precedentes judiciais, para ilustrar pontos específicos do trabalho.

É importante frisar, por último, que o modelo hermenêutico perseguido nesta dissertação, indica a adoção do método fenomenológico, pois somente a partir da compreensão dos fenômenos, na busca de uma ontologização dos direitos humanos/fundamentais, será possível delimitar a essência e a “fundamentalidade” de quais sejam os “direitos fundamentais”.

CAPÍTULO 1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS: APORTES CONCEITUAIS:

Para o desenvolvimento da ideia central, nesta pesquisa, é necessário estabelecer definições e conceitos basilares, bem como descrever as principais características dos paradigmas¹ que influenciaram na evolução teórica dos Direitos Fundamentais. Não se pretende esgotar todas as possibilidades ofertadas por um tema tão rico, mas sedimentar o conhecimento necessário para o desvelamento da temática central da dissertação.

1.1 O SIGNIFICADO DA CONSTITUIÇÃO E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O objetivo neste tópico, acerca dos conceitos de Constituição e de direitos fundamentais, é especificar o seu significado para o Estado Democrático de Direito, no intuito de sedimentar as funções assumidas pelo Estado, no constitucionalismo contemporâneo, na defesa e garantia de concretização dos direitos fundamentais. O tema será, então, subdividido em duas etapas: a primeira preocupada com a Constituição e a segunda com os direitos fundamentais.

1.1.1 Constituição e Estado Democrático de Direito

¹ Em síntese, a ideia de paradigma adotada é aquela derivada do trabalho científico de Thomas S. Khun (**A Estrutura das Revoluções Científicas**. 10^a ed. São Paulo Perspectiva, 2011). Para o referido pensador, *paradigma* está associado a uma definição temporal que delimita quais os princípios e dogmas reificados e adotados por um dado conhecimento científico. Estabelece, portanto, uma espécie de matriz dominante para um conhecimento científico específico. Assevera o referido autor que: “A transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos dos seus métodos e aplicações. Durante o período de transição haverá uma grande coincidência (embora nunca completa) entre os problemas que podem ser resolvidos pelo antigo paradigma e os que podem ser resolvidos pelo novo. (...) Completada a transição, os cientistas terão modificado a sua concepção da área de estudos, de seus métodos e de seus objetivos.” (op. cit., p.116).

O escopo aqui não é discutir as diversas possibilidades conceituais para Constituição, até porque é tarefa impossível, diante da polissemia da expressão, e da diversidade de teorias a seu respeito, mas buscar o enlace hodierno entre esta e o Estado Democrático de Direito.

Parte-se, assim, adotando como recorte inicial para análise do tema, do modelo assumido na modernidade, e define-se Constituição como “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”².

Nesta perspectiva, a Constituição pretende conformar, dar forma, ou seja, constituir um dado esquema de organização política, conforme se depreende, por exemplo, do que está consignado no art. 16, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789³.

Esta definição de origem mais histórica, todavia, encontra-se aquém de novas concepções acerca do significado contemporâneo dado à Constituição, em que pese, deve-se ressaltar a extrema complexidade na adoção de significado único, diante, essencialmente, da complexidade do tema.

Assim, merecem destaque as funções primordiais assumidas pela Constituição na atual quadra da história, para melhor compreender a definição que se quer sustentar nesta dissertação.

Na concepção de Luís Roberto Barroso, são duas as funções principais de uma Constituição. A primeira estabelece que “compete a ela veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem ser afetados por maiorias políticas ocasionais”⁴.

² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2004, p.52.

³ “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution*”.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.89.

A segunda função, conforme o mesmo autor, estabelece que à Constituição cabe “garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos”⁵.

Em verdade, a análise da temática proposta por esta pesquisa engloba simultaneamente estas duas funções, deve-se, portanto, neste ponto, reafirmá-las não como excludentes (uma ou outra), mas como adicionadas (uma e outra).

Outro ponto de destaque para este trabalho é a relação entre constitucionalismo, e, portanto, Constituição e democracia. A identificação do que hoje se denomina de Estado Constitucional está relacionado com as qualidades de um Estado Democrático de Direito, afirmando J. J. Gomes Canotilho sobre o tema que “eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de *direito* e Estado *democrático*”⁶. Há, assim, uma conjugação no Estado Constitucional, com uma conexão interna, entre democracia e Estado de direito⁷.

A colocação do tema por Lenio Streck merece transcrição literal:

(...) a Constituição nasce como um paradoxo porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias. É, pois, no encontro de caminhos contraditórios entre si que se desenha o paradoxo do constitucionalismo⁸.

A Constituição estabelece, dentro deste paradigma, que “o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social”⁹. E a sociedade brasileira vive, de certo modo, essa expectativa “fetichista”¹⁰ de solução dos problemas sociais “exclusivamente” pelo Direito, principalmente a partir da dialética

⁵ Idem. Ibidem, p.89.

⁶ CANOTILHO, op. cit., p.93.

⁷ “(...) limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*). Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria.” (BARROSO, op. cit., p.88).

⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.17.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da Construção do Direito**. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.33

¹⁰ “Da noção de fetichismo da mercadoria e da sua relação direta com o conceito de alienação, (...), é possível extrair elementos para a formação de um novo conceito, denominado **fetichismo constitucional**, que representa a ilusão, gerada pela concepção moderna da cidadania passiva (status de direitos), de que a cidadania se realizaria plenamente ao ser confiada ao direito e à constituição.” (BELLO, Enzo. **Cidadania, Alienação e Fetichismo Constitucional**. p.7-33 *In* LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto Lima e BELLO, Enzo (orgs.). **Direito e Marxismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.20.

estabelecida entre uma Constituição Federal, que assegura direitos, e uma sociedade carente da realização destes mesmos direitos¹¹. Sobre o tema assevera, ainda, Lenio Streck que:

(...) o Estado Democrático de Direito, teria (tem?) a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao *Welfare state* neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. O Estado Democrático de Direito (...) tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado e garantir através do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade.¹²

Inobstante o que foi dito até o momento sobre o significado de Constituição, como foi observado de início, trata-se de fenômeno polissêmico, que pode, portanto, ser observado por diversas matrizes do conhecimento, gerando, então, significados diversos.

Analisada a partir de uma matriz sociológica, por exemplo, pode ser vista como forma de dominação, como quadro de luta política (perspectiva procedimentalista sociológica), como ordem fundamental (instituição), ou até mesmo como decisão, vez que incorpora em seu conteúdo normativo as principais decisões políticas consagradas em um Estado, sem se confundir, simultaneamente com essas decisões¹³.

Há, neste trabalho, porém, a necessidade de uma valorização do seu papel jurídico, pela perspectiva do Estado Democrático de Direito (Constitucional), inicialmente independente da delimitação de análise destacada sob a perspectiva material ou formal, mas centrada na sua função de *lex legum* (lei das leis).

Conjugando estas perspectivas arroladas deve a teoria constitucional estabelecer como meta alcançar o encontro entre a normatividade constitucional e

¹¹ Essa “tensão” está situada entre uma Constituição identificada com o modelo político de Bem-Estar Social e a realidade política neoliberal.

¹² STRECK, op.cit., 2007, p.37.

¹³ SAMPAIO, José Adércio Leite . **Teorias Constitucionais em Perspectiva: Em busca de uma constituição pluridimensional.** In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Crises e Desafios da Constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.3-54.

a realidade, inevitavelmente sob uma perspectiva crítica¹⁴. José Adércio Leite Sampaio assevera que para isso:

(...) pode destacar em primeiro plano o mundo normativo, sem, todavia, a crença ingênua de se poder abarcar todos os meandros da política, dominando-os inteiramente e predeterminando até as intenções e estratégias que se desenrolam na mais profunda e silenciosa intimidade dos negócios políticos; e sem, por outro lado, deixar-se seduzir pelos reclames formais de uma teoria pura de uma Constituição sem alma¹⁵.

Resta evidenciado que a busca deste sentido crítico de Constituição perpassa hoje pela relação estabelecida entre o jurídico, o social, o político e o econômico, compreendido ideologicamente a partir de reflexões filosóficas e hermenêuticas, desvelando, assim, o seu verdadeiro conteúdo normativo.

Nessa dissertação pretende-se rediscutir, nesta perspectiva crítica e filosófica, o papel do poder judiciário, e mais especificamente ainda, no diapasão de um desvelamento do sentido de Constituição, o da jurisdição constitucional, entendendo ser tarefa basilar sua a definição e concretização dos direitos fundamentais.

Antes, todavia, far-se-á uma análise da definição de direitos fundamentais e, depois, do seu significado em um Estado Democrático de Direito, e principalmente, a sua inserção constitucional.

1.1.2. Aportes Iniciais Sobre a Definição de Direitos Fundamentais

¹⁴ “É preciso tomar o termo em todo o seu sentido: o da possibilidade de fazer aparecer o <<invisível>>. Expliquemos esta formulação algo esotérica. Aquilo que é próprio de um pensamento abstracto consiste precisamente em poder evocar <<coisas>> ou realidades na sua própria ausência. (...) Esta faculdade, que parece evidente de tal modo nos é habitual, é, afinal, o que constitui o essencial do pensamento abstracto. Mas o pensamento crítico é mais do que o pensamento abstracto: é preciso <<acrescentar-lhe>> a dialéctica. (...) O pensamento dialéctico parte da experiência de que o mundo é complexo: o real não mantém as condições da sua existência senão numa luta, quer ela seja consciente quer inconsciente. A realidade que me surge num dado momento não é, pois, senão um momento, uma fase da sua realização: esta é, de facto, um processo constante. (...) ele merece este qualificativo neste sentido em que, suscitando o que não é visível, para explicar o visível, ele se recusa a crer e a dizer que a realidade se limita ao visível.” (MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. Lisboa: Editorial Estampa, 1994, p.21/22).

¹⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite . **Teorias Constitucionais em Perspectiva: Em busca de uma constituição pluridimensional**. In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Crises e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.20.

A ideia aqui não esgotar todas as possibilidades conceituais para a expressão “direitos fundamentais”, mas tão somente estabelecer um ponto de partida para a discussão do tema que será aprofundada no desenvolvimento da pesquisa, seguindo a diretriz estabelecida neste capítulo.

Desta forma, pode considerar-se como direitos fundamentais “todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir”¹⁶.

Deve-se pontuar que a definição acima adotada é um conceito extremamente positivista, vez que a noção de direito subjetivo é entendida como “qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica”¹⁷.

Encontra-se no pensamento de Michel Mialle crítica contundente à adoção pela Teoria do Direito do conceito e, mais precisamente, da própria existência do instituto do direito subjetivo, vez que os mesmos se encontram em posição desprivilegiada para explicar a consagração de relações jurídicas, no caso sob análise, que envolvam direitos fundamentais¹⁸.

Segundo o professor francês, o direito subjetivo funda-se na ideia de que a pessoa é por si mesma criadora do direito, dentro de uma perspectiva individual (sujeito), e, “neste sentido, a noção de direito subjectivo é propriamente metafísica”¹⁹.

A perspectiva estabelecida nessa pesquisa, todavia, irá combater as pretensões e práticas subjetivistas (e metafísicas) celebradas pelo positivismo jurídico, opondo-se a esse sistema e, principalmente, buscando modelos e alternativas (filosóficas e hermenêuticas) para a superação deste paradigma. Fica, todavia, mesmo carecendo de justificação, desde já consignada a contestação e oposição ao modelo conceitual positivista.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.9.

¹⁷ *Idem. Ibidem*, p.9.

¹⁸ MIALLE, op. cit., p.144/145.

¹⁹ *Idem. Ibidem*, p.149.

Mesmo sem ter a intenção, momentânea, de aprofundar o debate, apenas para esclarecer melhor o leitor sobre a referida “oposição”, colaciona-se o entendimento de Costas Douzinas, que afirma o seguinte:

A lei da modernidade baseada no direito do Eu e no império do sujeito é estranhamente imoral enquanto tenta assimilar e excluir o Outro. O outro lado do sujeito jurídico universal, da igualdade e da autonomia, do formalismo da lei e do seu imperativo (o comando categórico) é a necessária desigualdade e a falta de autonomia do estrangeiro e do inimigo da nação. O discurso da universalidade é necessariamente uma mitologia branca: a entronização do livre-arbítrio como o princípio da legislação universal é obtida somente por meio da exclusão, da cassação do direito ao voto e da sujeição sem a livre subjetividade do Outro²⁰.

Surge, assim, a necessidade de construir uma definição de direitos fundamentais para além do positivismo, fundamentalmente valorada (axiologicamente) a partir do reconhecimento do “outro”, ou seja, da alteridade. Nessa perspectiva, pode-se definir direitos fundamentais como “resultado do acordo básico das diferentes forças sociais, alcançado a partir de relações de tensão e de seus consequentes esforços de cooperação direcionados para alcançar metas comuns.”²¹

Deve ser acrescido à essa essência axiológica da definição de direitos fundamentais, visto genericamente, sob a perspectiva normativa, que “pode e deve ser considerado tendo em conta tanto seu objeto quanto a sua multiplicidade de conteúdos e a pluralidade de normas a ele adstritas”²².

Devido a grande receptividade no Brasil, far-se-á o registro das principais ideias de Robert Alexy na definição de direitos fundamentais, até porque ele analisa em sua obra (Teoria dos Direitos Fundamentais) a relação entre os direitos fundamentais e a jurisdição constitucional, objeto desta pesquisa.

Preliminarmente, deve se fazer o registro que Alexy não se propôs a estabelecer definições e padrões universais nos seus estudos de direitos

²⁰ DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2009, p.353.

²¹ “Em su significación axiológica objetiva los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los conseqüentes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes” (PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Los Derechos Fundamentales**. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2007, p.20/21) – Tradução Livre.

²² PAULA, Felipe de. **A (De)Limitação dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.29.

fundamentais, mas sim “uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã”²³, utilizando como recurso metodológico as decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, vez que a ciência dos direitos fundamentais “tornou-se, em considerável medida, uma ciência da jurisprudência constitucional”²⁴.

Sobre o tema é valiosa a contribuição de Wálber Carneiro²⁵ analisando a questão, ao afirmar que:

Já se referindo às teorias sobre os direitos fundamentais – problema em torno do qual podemos identificar a sua visão sobre o direito – constata que concepções unidimensionais ou, até mesmo, combinadas sem o elemento integrativo, são insuficientes para a correta colocação do problema, razão pela qual propõe uma teoria integrativa. Trata-se de uma teoria estrutural que dá ênfase à dimensão analítica, embora esteja preocupada com a dimensão empírica, na medida em que o principal material seja a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, e com a dimensão normativa, já que essa análise seria movida pela busca de uma decisão correta e racionalmente fundamentada.

Desta sorte, a ênfase dada pela teoria alexyana dirige-se à argumentação jurídica e não à interpretação. Assim, ele não se preocupa com o momento de eleição das premissas normativas a serem utilizadas na decisão, mas com o processo de justificação das valorações interpretativas e proposições normativas utilizadas no discurso jurídico.

Mas, continuando a busca conceitual proposta, é curial analisar a proposta dogmática de Alexy²⁶ sobre a teoria dos direitos fundamentais, ao defender que:

A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos. Isso, no entanto, pressupõe clareza tanto acerca da estrutura das normas de direitos fundamentais quanto acerca de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais.

²³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.31.

²⁴ Idem. Ibidem, p.27.

²⁵ Idem. Ibidem, p.204.

²⁶ ALEXY, 2008, p.43.

É importante ressaltar que Alexy não se ilude quanto à complexidade da tarefa de definição dos direitos fundamentais, pois tem plena consciência da distinção entre enunciado normativo e norma²⁷.

Ainda sobre a importância da fundamentação e do discurso para delimitação dos direitos fundamentais, ou seja, a construção destes direitos por intermédio da utilização da teoria da argumentação²⁸, ou melhor, da sua essencialidade enquanto condição para a concretização do direito, Alexy²⁹ afirma que:

Para a teoria do discurso, a liberdade e a igualdade são constitutivas no discurso. As regras do discurso expressam isso claramente. Isso sugere concluir da liberdade e igualdade no discurso pela liberdade e igualdade em todos os âmbitos da atuação. Uma tal conclusão imediata de regras do falar sobre regras jurídicas, contudo, não é possível. Para isso, são necessárias, outras premissas. Para fundamentar a liberdade jurídica precisa-se da premissa, que aquele, que faz discursos com o interesse de solucionar problemas políticos por consensos criados e controlados discursivamente, deve reconhecer a liberdade dos outros também fora do discurso.

A citação expressa à liberdade e igualdade para referir-se aos direitos fundamentais, feita por Alexy, deve-se ao fato dele considerar que com estes direitos está “fundamentado o núcleo dos direitos fundamentais”³⁰. Assim, “todos os outros direitos fundamentais são ou casos especiais de ambos esses direitos ou meios necessários para a produção e garantia de uma medida suficiente de liberdade e igualdade fática”³¹.

Consoante as reflexões apresentadas neste trabalho, até o momento, é necessário romper o paradigma positivista, na busca de um modelo adequado à definição de direitos fundamentais como os “direitos essenciais inerentes aos seres humanos”, o primeiro passo é reconhecer a existência de direitos fundamentais para além do *texto* Constitucional, mas no *ser* dos próprios *entes*.

²⁷ Idem. Ibidem, p.53 e segs.

²⁸ Robert Alexy desenvolveu acerca do tema estudo extremamente aprofundado, traduzido para português (Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2005), todavia foge ao escopo do trabalho uma imersão nesta seara, reafirmando tratar este artigo da relação entre jurisdição constitucional e direitos fundamentais.

²⁹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.33.

³⁰ Idem. Ibidem, p.34.

³¹ Idem. Ibidem, p.34.

Para ter direitos humanos, o que na modernidade, é sinônimo de ser humano, você deve reivindicá-los. Um novo direito é reconhecido se tem sucesso ao fixar uma determinação – temporária ou parcial – sobre a palavra “humano”, se consegue deter seu voo. Esse processo é conduzido em lutas políticas, ideológicas e institucionais. (...) O potencial criativo da linguagem e da retórica permite aos direitos originais do “homem” fragmentarem-se e proliferarem-se nos direitos dos vários tipos de sujeito, como, por exemplo, os direitos de trabalhadores, mulheres, crianças, refugiados, ou os direitos de um povo à autodeterminação, ou os direitos dos animais e ambientais³².

Resta, por último, neste tópico, avaliar a distinção terminológica vigente no entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, que diferencia *direitos fundamentais* e *direitos humanos*³³, como se fossem categorias diversas. Acontece, que analisando sob a perspectiva material do sentido das expressões, chega-se à conclusão que “os direitos fundamentais são, em essência, direitos humanos transformados em direito constitucional positivo”³⁴.

Diante da noção conceitual indicada como referencial, acoplada a um modelo de oposição ao sistema positivista, perde sentido a indicada diferenciação entre as definições de *direitos fundamentais* e *direitos humanos*, tão somente assentada na ideia da positivação, da primeira categoria de direitos, em um texto Constitucional. Como este fator, positivação em textos jurídicos, tampouco o critério daqueles que defendem que os direitos humanos são positivados em tratados internacionais.

Perceba-se que a questão em discussão aqui não é o processo de positivação, tampouco o *locus* jurídico onde essa se deu, ou seja, não é um problema de matriz *formal*, mas sim uma questão de *substância*, de *essência*, que transcende, portanto, toda e qualquer discussão formatada pelo modelo positivista de trabalhar os direitos fundamentais.

³² DOUZINAS, op. cit., p.232.

³³ “Muitas têm sido as expressões utilizadas para denominar uma mesma realidade, no caso, a referente aos direitos fundamentais do Homem. (...) Não se deve olvidar, ainda, que os direitos humanos possuam forte carga emotiva, o que favorece enormemente a ambigüidade e contradições na própria determinação do conteúdo que se aloja em cada um desses designativos. Assim é que são indistintamente empregadas as seguintes expressões: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.” (TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.402.)

³⁴ PAES, João Hélio Ferreira. **A Constitucionalização de Direitos Humanos Elencados em Tratados**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010, p.37.

Ainda acerca deste problema de cariz conceitual, é precisa a observação de João Hélio Ferreira Paes, sobre a “libertação” dos direitos fundamentais em relação a essa definição prescritiva positivista, ao afirmar, com acerto, que:

Os direitos fundamentais não se resumem àqueles tipificados na Constituição, uma vez que ela própria contém “cláusula aberta” ou adota o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais, admitindo que outros direitos, além daqueles que prevê, possam existir, seja pelo fato de resultarem do regime e dos princípios que adota, seja em razão de decorrerem dos tratados internacionais como a própria Constituição do Estado brasileiro assim prevê³⁵.

Faz referência o autor, em comentário, ao texto do art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988. Parece não haver espaço, diante deste argumento, repita-se extraído da própria *Lex legum*, para uma diferenciação terminológica.

O próprio texto da Constituição de 1988 merece ressalva, com a inserção de um §3º, ao já citado art. 5º, por intermédio da Emenda Constitucional nº 45/2004, celebra que os tratados internacionais que versarem sobre direitos humanos, e seguirem as formalidades processuais de uma emenda constitucional, serão tratados como normas *materialmente* constitucionais³⁶.

Diante dos argumentos, e da definição inicial adotada nesta pesquisa, então, as expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos* serão utilizadas como sinônimos.

Após o aporte inicial para consignar uma definição preliminar de direitos fundamentais/direitos humanos, vez que a mesma carece do desenvolvimento do restante da pesquisa para ser estabelecida em termos mais sólidos, faz-se necessário analisar a relação, ou melhor, o significado desta, entre os direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito.

1.1.3 Significado dos Direitos Fundamentais em um Estado Democrático de Direito

³⁵ PAES, op. cit., p.39/40.

³⁶ Existe debate doutrinário acerca da constitucionalidade deste dispositivo que teria restringido o âmbito da cláusula aberta prevista no art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, com isso violando o dispositivo da cláusula pétrea (art. 60, §4º, inciso IV, CF/88). Não é objeto deste estudo esta discussão, mas apenas chamar a atenção sobre esta controvérsia, fundado na ideia que o tratamento dispensado aos direitos fundamentais deve ser sempre ampliativo e nunca restritivo.

Os direitos fundamentais³⁷ podem ser classificados, também, como uma *categoria dogmática*. Neste sentido eles possuem três dimensões a serem destacadas, conforme J. J. Gomes Canotilho, quais sejam: (1) analítica, preocupa-se com a construção sistemática e conceitual do direito positivo; (2) empírica, preocupa-se com as condições de eficácia e a maneira como o legislador, a administração e os juízes os observam e aplicam nos contextos práticos; e (3) normativa, que pressupõe a fundamentação racional e jurídico-normativa dos juízos de valor, como, por exemplo, no processo de interpretação e aplicação³⁸.

Conjugando essas três perspectivas acima, além da evolução histórica dos direitos fundamentais³⁹, desde a sua gênese liberal, perpassando pelas gerações doutrinariamente indicadas⁴⁰, chega-se à conclusão que essa categoria do direito tem como finalidade a proteção da liberdade (*lato senso*), proteção essa que é juridicamente mediada pelo Estado de Direito (Constitucional). Analisando o tema Ingo Sarlet posiciona-se da seguinte forma:

(...) a Constituição (e, neste sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada por órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar eficácia dentro do âmbito de um autêntico Estado constitucional.⁴¹

O Estado Democrático de Direito nesta perspectiva tem a função de garantidor dos direitos fundamentais, vez que estes têm como, uma de suas

³⁷ “La posición de los derechos fundamentales em el sistema jurídico de Alemania se caracteriza por cuatro extremos: primeiro, los derechos fundamentales regulan com rango máximo y, segundo, com máxima fuerza jurídica, objetos, tercero, de La máxima importancia com, em cuarto lugar, máxima indeterminación. Cada una de estas propiedades extremas resulta em si inócua, pero su conjunción com lãs demás comporta problemas ciertamente devastadores (...)”. (ALEXY, Robert. **Derechos Fundamentales Y Estado Constitucional Democrático**. In CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.32/33.)

³⁸ CANOTILHO, op. cit., p.1.253.

³⁹ Objeto de estudo do segundo capítulo.

⁴⁰ Não é objeto deste estudo a evolução histórica, nem tampouco a discussão acerca das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, ante a inexistência de unicidade sobre a matéria (alguns defendem a nomenclatura geracional outro dividem em dimensões, alguns defendem a existência de 3 gerações, outros 4, e há quem defenda a existência de 5 gerações). Para esta finalidade recomenda-se, essencialmente, inobstante outras obras de valor, as seguintes: BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004 e DIP, Ricardo. **Los Derechos Humanos y El Derecho Natural**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.68.

funções, expressar “os fins últimos que norteiam o moderno Estado constitucional de Direito”⁴². A este respeito manifesta-se Antonio E. Perez Luño ao afirmar que:

Así, se da um estrecho nexo de interdependencia, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al estado de Derecho.⁴³

Complementa e aprofunda a visão do professor espanhol, a doutrina de Lenio Streck, ao consagrar que:

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais.⁴⁴

Na transição entre o modelo de bem-estar social⁴⁵ e o neoliberalismo, tem-se, entre as conseqüências desta transição, destaque para o déficit na concretização dos direitos fundamentais no Brasil, inobstante, por óbvio, não se possa fazer uma redução a esta como única causa, mas o objetivo central é demonstrar o exemplo do impacto proporcionado pela mudança política, seguindo a perspectiva crítica apontada no item anterior, vez que “a globalização neoliberal-pós-moderna coloca-se justamente como o contraponto das políticas do *welfare state*. Aparece como a nova face/roupagem do capitalismo internacional”⁴⁶.

A não realização das promessas da modernidade, entre elas a não concretização de direitos fundamentais, e mais notadamente ainda aqueles ligados à ordem social, é denunciado por Lenio Streck, nos seguintes termos:

⁴² *Idem. Ibidem*, p.69.

⁴³ PÉREZ LUÑO, op. cit., p.19.

⁴⁴ STRECK, op. cit., 2007, p.39.

⁴⁵ Mesmo que este não tenha sido vivenciado pela política brasileira, ou ainda vivenciado timidamente, foram sentidos os impactos deste processo no Brasil. Saliente-se, ainda, que após o fim da Ditadura Militar e durante o governo de José Sarney, o Brasil ainda se encontrava, de certo modo, afastado do processo de reestruturação produtiva do capital e do projeto neoliberal, já em estado avançado no mesmo período nos países do capitalismo central, período em que foi “talhada” a Constituição Federal de 1988, sob os auspícios de um modelo político identificado com a social democracia e o bem-estar social, seguindo o modelo do “constitucionalismo dirigente”.

⁴⁶ STRECK, op. cit., 2007, p. 23.

No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um simulacro de modernidade. (...) em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno do Estado (neo)liberal. Daí que a pós-modernidade é vista como a visão neoliberal. Só que existe um imenso déficit social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade contra esse neoliberalismo pós-moderno⁴⁷.

Cabe aqui um parêntese, para asseverar que a fórmula inicial do constitucionalismo instituído pós 1988 estava associado à ideia de um modelo garantidor destes direitos sociais por intermédio de normas constitucionais de natureza programática, típicas de um constitucionalismo dirigente⁴⁸.

Acontece que, o próprio autor da tese do *constitucionalismo dirigente e a vinculação do legislador*, que a todos seduziu em território brasileiro (ou quase isso), passou a “negar” a sua ideia. Em verdade ele não negou a sua criação (atitude muito comum no Brasil), mas passou a olhar a sua própria tese com um olhar mais crítico, e vislumbrou inexistirem condições reais para concretização do projeto dirigente (tanto no ambiente político, quanto jurídico, ambos, porém influenciados por interesses econômicos maiores)⁴⁹.

Identifica Canotilho que a ausência de um interesse político e jurídico, no sentido de não haver a adoção por parte dos profissionais do direito de modelos hermenêuticos capazes de promover a concretização daquele “texto”, manteria o

⁴⁷ STRECK, op. cit., 2007, p.25/26.

⁴⁸ “(...) a constituição dirigente é entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições. A constituição dirigente aproxima-se, pois, da noção de constituição programática”. (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.224.)

⁴⁹ “No início da década de 80 do século passado, tivemos a oportunidade de apresentar uma tese acadêmica onde se procedia a uma reflexão jurídico-constitucional sobre a chamada *constituição dirigente*. Esta expressão – “Constituição dirigente” – revelou-se, posteriormente, um termo equívoco. Em primeiro lugar, a Constituição dirigente passou a ser identificada com dirigismo programático-constitucional. As críticas movidas contra este dirigismo ganharam grande virulência quando a programaticidade constitucional era reconduzida à ideia de *narratividade emancipatória*. O texto constitucional deixava de ser uma lei para se transformar numa “bíblia de promessas” de novas sociedades (“transição para outra sociedade”, “sociedade mais justa”). Em segundo lugar, a Constituição dirigente pressupunha uma indiscutida *autossuficiência normativa* parecendo indicar que bastavam as suas imposições legiferantes e as suas ordens de legislar para os seus comandos programáticos adquirirem automaticamente *força normativa*. O problema central da constituição dirigente consistia (e consiste) em saber se através de “programas”, tarefas e directivas constitucionais se conseguiria uma imediatividade activa e concretizável das normas e princípios constitucionais de forma a acabarcom os queixumes constitucionais da “constituição não cumprida” ou da “não concretização da constituição.” (CANOTILHO, J.J. Gomes. **“Brançosos” e a interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006, p.31/32.)

estado letárgico de uma Constituição dirigente, não adiantava a existência de normas programáticas ou diretivas, sem um sentimento constitucional e principalmente uma força normativa⁵⁰.

(...) afigura-se que a Constituição brasileira se integra ao modelo de dirigismo constitucional, cujas origens remontam ao constitucionalismo social, que promoveu a integração dos direitos sociais aos textos constitucionais e abrigou explicitamente uma constituição econômica determinante da intervenção do Estado sobre a ordem econômica, fundando-se nos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia material e da solidariedade.⁵¹

Surge neste quadro a necessidade de sedimentar institutos e instituições que possam suprir este déficit e garantir os direitos fundamentais (não só os sociais e econômicos) concretizando, por consequência, o próprio Estado Democrático de Direito, como já foi consignado, diante da indissociabilidade entre eles.

Assim, aparece a jurisdição constitucional como instituto estatal com probabilidade de cumprir este papel, conforme será abordado mais adiante nesta pesquisa. É necessário, todavia, para melhor compreensão da temática proposta, investigar surgimento dos direitos humanos/fundamentais, bem como a influência do positivismo jurídico na definição de direitos fundamentais e a necessária superação pelo pós-positivismo.

⁵⁰ Em que pese no prefácio da 2ª edição de sua obra que trata do tema, o próprio Canotilho tenta salvar a tese ao concluir que: "(...) dir-se-ia que a Constituição dirigente está mortase o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz, de por si só, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de *abertura* do direito constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadanias seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da Constituição, erguendo-se à categoria de 'linha Maginot' contra invasões agressivas dos direitos fundamentais." (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.XXIX/XXX.)

⁵¹ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.2.

CAPÍTULO 2 – A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DA ORIGEM DOS DIREITOS HUMANOS AO POSITIVISMO JURÍDICO:

Neste segundo capítulo continua a busca pela sedimentação do que são os direitos fundamentais, desta feita de forma mais específica desde sua origem, e relação com o *jusnaturalismo*, até a sua reificação positivista.

Para consecução desta análise, inicialmente, será observada a evolução ideológica-histórica dos direitos humanos, observando, principalmente, as ideias construídas, desde a Antiguidade Clássica, acerca desta categoria de direitos, relacionando com as principais construções filosóficas, e como isso impacta, *lato sensu*, no Direito e no Estado.

Após a incursão nesse “universo”, passando pela influência do catolicismo, a Idade Média, chegar-se-á à modernidade. Num segundo momento é analisada a relação destas ideias com a construção da corrente *jusfilosófica* denominada de: *jusnaturalismo*. E, após a decadência desse a construção de um novo paradigma: o *juspositivismo*. Sempre correlacionado com a sedimentação dos direitos humanos/fundamentais.

2.1 A ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS:

Trata-se de tarefa extremamente complexa definir a origem dos direitos humanos, pois existe grande controvérsia instaurada pela doutrina acerca da temática. De toda sorte, deve-se registrar de plano não ser objetivo deste trabalho fazer um estudo histórico acerca do surgimento dos direitos humanos, mas sim analisar o conjunto de ideias que transitou em torno do tema utilizando-se de um método histórico⁵².

⁵² Tampouco definir e analisar quais foram os documentos históricos que se colocaram como “marcos” deste processo, como, por exemplo, a corrente que identifica a origem de tudo a partir da *Magna Charta* (1215). Até porque, como afirma Ricardo Dip, é: “(...) un documento que sólo cerca de cuatro siglos después de su elaboración y sin mayor eficacia local recibió un prestigio retroactivo, como simple fórmula para apoyar postulaciones políticas sobrevenidas.” (**Los derechos humanos y el derecho natural: De como el hombre *imago Dei* se torno *imago hominis***. Madrid: Marcial Pons, 2009, p.61/62.)

A relação dos direitos humanos com a doutrina católica e superação racionalista deste paradigma, bem como a sua fundamentação *jusnaturalista* estão entre os principais objetivos deste tópico. É importante também registrar como se construiu a necessidade de juridicamente reconhecer e proteger determinada categoria de bens, que passaram então, pela sua íntima relação com os seres-humanos, a ser conhecida como direitos humanos.

Por último, resta esclarecer, que não há uma quebra de unidade terminológica do texto pela utilização subsequente, neste tópico, da expressão direitos humanos, e não direitos fundamentais, como tem sido feito. Acontece que antes do advento do constitucionalismo e da doutrina positivista não se falava em direitos fundamentais, e sim em direitos humanos, por essa razão adotar-se-á prevalentemente esta expressão nos itens subsequentes, que antecedem a discussão positivista.

2.1.1 A “Pré-História” dos Direitos Humanos⁵³

Como já foi asseverado, é importante frisar a dificuldade, ou até mesmo a impossibilidade, de se determinar um momento exato em que se deu a afirmação dos direitos humanos, analisando o tema pelo prisma histórico.

Mesmo assim há um consenso doutrinário acerca deste reconhecimento identificar-se com o *racionalismo* instaurado a partir do século XVIII. Considerar-se-á o período anterior a esse marco como uma espécie de “pré-história” dos direitos humanos.

De início, mais importante do que identificar com precisão os momentos históricos, é precisar qual o elemento característico identificador dessa afirmação, consoante precisa Fábio Konder Comparato⁵⁴, ao lecionar que:

A eclosão da consciência histórica dos direitos humanos só se deu após um longo trabalho preparatório, centrado em torno da limitação do poder político. O reconhecimento de que as instituições de governo devem ser utilizadas para o serviço dos governados e não para o benefício pessoal dos governantes foi o primeiro passo decisivo na admissão da existência de direitos que, inerentes à própria condição humana, devem ser

⁵³ Fábio Konder Comparato denomina esse período de “axial” (**A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.8 e segs.)

⁵⁴ Idem. Ibidem, p.40.

reconhecidos a todos e não podem ser havidos como mera concessão dos que exercem o poder.

Assim, o começo dessa história dos direitos humanos é identificada entre os séculos XI e X a.C., “quando se instituiu, sob Davi, o reino unificado de Israel”⁵⁵. Davi foi uma espécie de rei-sacerdote, que se apresenta como o delegado do Deus único, responsável supremo pela execução das leis divinas.

O governante neste quadro não criava leis e estabelecia a ordem, o seu papel era salvaguardar o respeito às leis superiores, o que é identificado como um embrião daquilo que, muitos séculos depois, passou a ser designado como Estado de Direito.⁵⁶

O momento seguinte deste processo é identificado com a limitação institucional do poder promovida pela democracia ateniense, fundada “nos princípios da preeminência da lei e da participação ativa do cidadão nas funções de governo”⁵⁷.

Todavia, mais importante do que o modelo político vigente, capaz de proporcionar o reconhecimento dos direitos humanos, é a importância destacada pelos gregos ao ser humano e sua dignidade, de maneira geral, incluindo, por óbvio, Atenas.

Tirar-se-á da tradição filosófica da Antiguidade uma ideia mais substancial da natureza humana. Sem ainda ter posse da mesma teoria que os modernos têm da “liberdade” (...), os pensadores gregos tinham o costume de postular uma ordem no mundo, de nele reconhecer uma hierarquia de gêneros e espécies, em que o homem prevalece em dignidade na medida em que é o único provido do *logos*, o único capaz de se conduzir em virtude de uma escolha refletida (...).⁵⁸

O indivíduo dentro do modelo político grego era inserido no mundo por intermédio da “cidade” (*pólis*), ou seja, pela sua inserção no contexto político ativo⁵⁹, a partir de “um pacto social como fundamento da legitimidade e

⁵⁵ Idem. Ibidem, p.40.

⁵⁶ Idem. Ibidem, p.40.

⁵⁷ Idem. Ibidem, p.41.

⁵⁸ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.83.

⁵⁹ “O que impediu que a *pólis* violasse as vidas privadas dos seus cidadãos e a fez ver como sagrados os limites que cercavam cada propriedade não foi o respeito pela propriedade privada tal como a concebemos, mas o fato de que, sem ser o dono de sua casa, o homem não podia participar dos negócios do mundo porque não tinha nele lugar algum que lhe pertencesse.”

exigibilidade da lei, da limitação do poder e da concessão de liberdades”⁶⁰. O que se destaca nesse processo, porém, é a instituição do homem atomizado como medida de todas as coisas, conduzindo, portanto, à necessidade de reconhecer a sua fundamentalidade e a premência de protegê-lo por intermédio de um conjunto de leis⁶¹.

Os romanos⁶², por sua vez, durante o período da república, não estavam preocupados como a sedimentação de um modelo de “soberania popular” democrático, como *standard* político, concentrando-se na “instituição de um complexo sistema de controles recíprocos entre os diferentes órgãos políticos”⁶³.

Um sistema de exercício do poder moderado, que estabelecia um trâmite controlado para a formatação de leis, mantendo com isso preservado o seu fim *republicano*. Ademais, a incorporação pelos romanos dos acréscimos políticos e jurídicos desenvolvidos pelo modelo grego⁶⁴.

(ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.39.)

⁶⁰ SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de Filosofia Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.53.

⁶¹ “A lei escrita alcançou entre os judeus uma posição sagrada, como manifestação da própria divindade. Mas foi na Grécia, mais particularmente em Atenas, que a preeminência da lei escrita tornou-se, pela primeira vez, o fundamento da sociedade política. Na democracia ateniense, a autoridade ou força moral das leis escritas suplantou, desde logo, a soberania de um indivíduo ou de um grupo ou classe social, soberania esta tida doravante como ofensiva ao sentimento de liberdade do cidadão. Para os atenienses, a lei escrita é o grande antídoto contra o arbítrio governamental (...).” (COMPARATO, op. cit., 2004, p.12.)

⁶² “Segundo a tradição, a cidade de Roma foi fundada em 753 a.C. e caracterizou-se desde as origens pela diversidade de povos e costumes. Na região viviam povos latinos, pastores e agricultores, mas um fator determinante na história romana foi a chegada dos etruscos – povo oriundo do norte da Península Itálica. A cidade romana formou-se, então, sob o domínio etrusco e até o próprio nome da cidade parece derivar de uma estirpe etrusca, *Ruma*. As instituições e formas de governo romanas originais foram estabelecidas pelos etruscos e o poder em Roma esteve, por longo tempo, nas mãos de reis etruscos.” (FUNARI, Pedro Paulo. **A cidadania entre os romanos**. in PINSKY, Jaime e PINSKY, Carla Bassenzi. **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2005, p.49.)

“O Estado romano, desde a sua conformação mais primitiva e iniciática, até sua configuração mais ampla e expandida, nos 13 séculos de duração do desenvolvimento desta cultura ímpar na história, foi capaz de produzir um conjunto de elementos que se podem chamar de legado jurídico-político romano, correspondente à soma de todas as ideias, práticas, fontes, formas de manifestação, doutrinas e lei, decisões e costumes, ligados ao Direito e às instituições políticas romanas.” (BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia Política**. 3ª ed. São Paulo, Atlas, 2007, p.111.)

⁶³ COMPARATO, op. cit., 2004, p.43.

⁶⁴ “A *civitas* foi construída sob a inspiração e com base no modelo da *pólis* grega, e por isso foi considerada sagrada, assim como foi profundamente consagrada pela cidadania e pela filosofia romanas.” (BITTAR, op. cit., p.115.)

A ideia do *jus* desenvolvida pelos romanos evocava a ordem jurídica direcionada a todo o mundo, a humanidade, com pretensões, portanto universais, e mesmo que a utilização da expressão *jus naturale* embaraçasse, em certa medida, vez que englobava também animais, ela ao final representava a evocação dos “direitos da moral universal”⁶⁵.

Dessa forma estabelecem uma ordem jurídica voltada para a proteção dos interesses do ser-humano, a partir de uma perspectiva naturalista de uma moral universal.

Seu objeto é, em primeiro lugar, a família. O cidadão, o homem livre, é o *pater familias*: senhor absoluto da “casa”, cabe-lhe representar junto aos juízes quando julgar que ele próprio, ou seus ou suas propriedades sofreram algum dano, bem como exigir as reparações e penas adequadas. Quando o direito se enriquece com prescrições cada vez mais numerosas e precisas, quando se estende aos “peregrinos”, depois a todos que adquirem o direito de cidadania, ele forma um código estrito, regulamentando o conjunto da vida social e definindo as liberdades e os deveres de cada um.⁶⁶

A explicação desse modelo que se propõe universal foi implementado com a criação da *iurisprudencia*, ou simplesmente Ciência do Direito, que se propôs a fazer uma “análise racional do fenômeno jurídico mediante a elaboração de conceitos e princípios, tal como ocorreu com o saber filosófico dos gregos”⁶⁷. Eu um uso moderno da acepção, há quem defenda, por exemplo, a aplicabilidade da noção de sistema, principalmente a partir do *corpus iuris*, em função deste ter se constituído como a base de qualquer atividade jurídica, teórica ou prática⁶⁸.

Inobstante a formatação deste *sistema jurídico* romano, o importante a ser destacado é o direcionamento protetivo deste para o cidadão⁶⁹, donde pode-se

⁶⁵ VILLEY, op. cit., p.95.

⁶⁶ CHÂTELET, François, DUHAMEL, Olivier e PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das Idéias Políticas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p.23.

⁶⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.114.

⁶⁸ “A ciência do direito passou da enunciação de meras noções práticas à elaboração dogmática, sobretudo por causa da influência grega. (...) Para ser simples, na jurisprudência romana podem ser distinguidas duas grandes correntes sistematizadoras: uma extrai seu esquema expositivo de considerações lógicas e trata cada problema *generatim*, ou seja, reunindo os institutos pertencentes ao mesmo *genus*; a outra atém-se, ao contrário, ao esquema expositivo próprio do texto analisado.” (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica**. Volume 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.22/23.)

⁶⁹ É curial destacar que nem todos eram cidadãos, havia uma divisão social composta nas seguintes bases: “Os patrícios formavam uma oligarquia de proprietários rurais e mantinham o monopólio dos cargos públicos e mesmo dos religiosos. Eram, assim, os únicos cidadãos de pleno

concluir que “o direito romano consiste, portanto, em fundamento essencial das reflexões modernas sobre a cidadania”⁷⁰.

2.1.2 A Influência do Catolicismo na Constituição dos Direitos Humanos

É pacífica, nos trabalhos que se dedicam ao tema dos direitos humanos, a forte influência da igreja católica apostólica romana na formatação desta categoria jurídica⁷¹. É também de conhecimento geral que não apenas essa vertente teológica tenha tido essa influência, todavia, como este não é o recorte principal da pesquisa, limitar-se-á a analisar essa perspectiva⁷².

Nessa tradição, Deus apresenta-se como o modelo de pessoa para todos os seres-humanos⁷³, fundamentado na Santíssima Trindade (três pessoas com uma só substância: pai – filho – espírito santo), quebrando a tese da unidade divina⁷⁴. A moral humana, portanto, somente é encontrada em Deus, vez que esse passa a ser o seu paradigma.

A proposta do humanismo cristão, então, sustentada pelo catolicismo, se funda na máxima de que o direito se funde a uma espécie de moral, que por sua

direito. (...) O restante da população romana era formada por subalternos excluídos da cidadania. Pouco a pouco, foram adquirindo um nome próprio, “povo” (*populus*). (...) Para além da dicotomia entre patrícios e plebeus havia mais dois grupos: os clientes e os escravos. Os clientes, aqueles que obedecem a um patrício, mantinham relação de fidelidade ao patrono, a quem deviam serviços e apoios diversos e de quem recebiam terra e proteção.” (FUNARI, op. cit., p.50/51.)

⁷⁰ Idem. Ibidem, p.74.

⁷¹ “Costuma-se indicar a doutrina antiga do cristianismo como antecedente básico dos direitos humanos. Isto se deve ao fato de que os homens, por serem criados à imagem e semelhança de Deus, possuem alto valor interno e liberdade própria inerente à sua natureza, encerrando uma ideia de que eles têm direitos que devem ser respeitados por todos e pela sociedade política. Deste modo, exatamente porque o homem é criado à imagem e semelhança de Deus, o cristianismo antigo pronunciava uma mensagem de libertação do homem, na sua afirmação da dignidade da pessoa humana que pertence a todos os homens sem distinção, o que sugere uma igualdade fundamental de natureza entre eles.” (CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.172.)

⁷² “O lugar-comum de que os direitos humanos são um produto do cristianismo, ou do judaico-cristianismo, é onipresente na literatura cristã, tanto protestante como católica; comporta uma parte de verdade. A noção moderna dos direitos humanos tem raízes teológicas. A Revelação judaico-cristã exalta mais a dignidade do homem que os filósofos gregos.” (VILEY, op. cit. p.107.)

⁷³ “Para dizer a verdade, já havíamos encontrado no *Tratado das leis* de Cícero a afirmação de que os homens são a semelhança de Deus (*Homini cum Deo similitudo*, *De leg.*, I, 8); os filósofos haviam reconhecido a superioridade do homem, provido do *logos*, sobre as coisas. A da Gênese não o é menos.” (Idem. Ibidem, p.108.)

⁷⁴ COMPARATO, op. cit., 2004, p.17.

vez tem embasamento metafísico⁷⁵. Reivindica, nesta perspectiva, que se busque a marca divina inscrita na natureza do ser-humano, por intermédio de processos metafísicos⁷⁶.

(...) a mensagem evangélica postulava, no plano divino, uma igualdade de todos os seres humanos, apesar de suas múltiplas diferenças individuais e grupais. Competia, portanto, aos teólogos aprofundar a ideia de uma natureza comum a todos os homens, o que acabou sendo feito a partir dos conceitos desenvolvidos pela filosofia grega.⁷⁷

A defesa da liberdade já restava clara como ideal do ser-humano, agora exsurge com força a ideia de igualdade⁷⁸, todos devem ser tratados como iguais, pela mensagem católica, além do amor como valor universal⁷⁹, professado por Jesus Cristo, impondo a fraternidade como consequência lógica. Valores esses, universais, que devem ser opostos contra tudo e contra todos que se opuserem a eles.

Merece registro o fato dos *Padres* não estarem preocupados com a formatação de um *pensamento jurídico*, como pode se pensar *a priori*. O que se discute enquanto delimitação axiológica, na definição de um padrão moral cristão, não está necessariamente conectada com a elaboração específica de uma dogmática jurídica. Ela influenciará *a posteriori* o Direito, isso é fato⁸⁰.

A situação mudou na *Alta Idade Média*. Então o direito desaparecera com a cultura profana da Antiguidade. Já não havia atividade jurisprudencial. Pautavam-se pelo “costume” – heranças recebidas do passado – para fundamentar os direitos (os *jura*) dos particulares. Entretanto germinava, sobre bases novas, uma ordem social de outro

⁷⁵ “Para enfatizar a importância da consciência quanto à existência de uma destinação metafísica do exigir jurídico, podemos obter um argumento a mais, parafraseando as palavras com que Nosso Senhor Jesus Cristo questionou os homens de todos os tempos: “*Que adianta ao homem conquistar o mundo inteiro, se todavia vier a perder a sua vida*”.” (COSTA, Elcias Ferreira da. **A essência trinitária do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p.16.)

⁷⁶ “Dios es creador, ser personal y realidad externa al mundo que crea; y el ser humano es una realidad que se funda en su Creador, imagen y semejanza suya; pero ese principio fundacional no está dentro de la naturaleza, sino que es ajeno a ella. Um discurso sobre los derechos humanos solo se podría reconocer desde el amor de Dios, fuente de una ley natural que es ley divina revelada.” (RAMÍREZ, Martín Agudelo. **El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos**. Bogotá: Editorial Temis, 2010, p.133.)

⁷⁷ COMPARATO, op. cit., 2004, p.18.

⁷⁸ “Mas essa igualdade universal dos filhos de Deus só valia, efetivamente, no plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade natural da mulher em relação ao homem, bem como a dos povos americanos, africanos e asiáticos colonizados, em relação aos colonizadores europeus.” (Idem. *Ibidem*, p.18.)

⁷⁹ “O amor como fundamento do direito autêntico; a existência de uma sociedade de todos os homens, unida pelo princípio da fraternidade universal (...).” (COMPARATO, op. cit., 2006, p.114.)

⁸⁰ Vide VILLEY, op. cit., p.108-110.

gênero. Como não sobrevivia na Alta Idade Média outro ensinamento senão o clerical, sobretudo monástico, outros estudos senão os sacros, ele terá como fonte a Torá bíblica, a lei do Evangelho, os preceitos de moralidade dos Padres da Igreja. Grande número das instituições que nasceram naquela época são de proveniência bíblica (...).⁸¹

Apenas com o *Renascimento*, e a reorganização de uma *vida urbana*, é que se sentiu a necessidade de uma (re)estruturação do direito. Com relação ao Direito, já nesse período, após a recuperação do direito romano, especialmente pelo trabalho dos *Glosadores*, “em nome do Evangelho, vão-lhe opor um programa de reconstrução da ciência jurídica, prenunciadora dos “direitos humanos”⁸².

Destaca-se como representativo nesse processo, no intuito de esclarecê-lo, o pensamento de Santo Tomás de Aquino⁸³.

Tomás de Aquino absorve a definição boeciana de pessoa, que decorre da identificação entre *prósopon* (pessoa) com *hypóstasis* (substância), de sorte que “a pessoa já não é uma exterioridade, como a máscara de teatro, mas a própria substância do homem (...), ou seja, a forma (ou fôrma) que molda a matéria e que dá ao ser de determinado ente individual as características de permanência e invariabilidade”⁸⁴.

Daí exsurge a ideia de *pessoa humana*, não como um pleonasma, mas como a fusão da substância com a matéria (pessoa), dando-lhe uma nova essência que justifica o porquê da necessidade de serem todos tratados como iguais, independente de suas diferenças de ordem biológica ou cultural, individuais ou coletivas. E é justamente “essa igualdade de essência da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos”⁸⁵.

Santo Tomás, todavia, reconhece que essa doutrina vem dos filósofos (gregos e romanos) e dos jurisconsultos (romanos), e que, portanto, não é uma

⁸¹ Idem. Ibidem, p.110.

⁸² Idem. Ibidem, p.111.

⁸³ “Nunca a cultura dos teólogos atingiu um ápice igual ao do tempo de Santo Tomás (...). Mas Santo Tomás é mal conhecido, porque os padres têm acesso à sua obra pelas caricaturas que lhe impuseram as faculdades católicas e os seminários. E nossos leitores provavelmente não leram a *Suma*.” (Idem. Ibidem, p.111.)

⁸⁴ COMPARATO, op.cit., p.19.

⁸⁵ Idem. Ibidem, p.20.

criação originária cristã, donde ele acaba por, em verdade, restaurar a doutrina romana do direito, além de demonstrar que ela não se opõe a fé cristã⁸⁶.

Para Santo Tomás o homem é o ser que participa de modo mais perfeito que as demais criaturas, que não possuem racionalidade, são instintivas, frente à sabedoria Divina. Assim, por intermédio dessa racionalidade, ele percebe os direitos que são conferidos por um direito natural, participando, como consequência, das leis eternas.⁸⁷

A lei natural (direito natural), fundada em princípios, busca a perfeição, que no caso é a busca da felicidade, do bem, do próprio ser-humano, que é tudo aquilo que o homem se sente inclinado a buscar, ou seja, o homem passa a ser, pela fusão de matéria e essência, a medida das coisas no mundo. Tudo aquilo que acarreta no mal do ser-humano, passa a ser considerado como contrário ao direito natural.⁸⁸

A teologia de Santo Tomás – a corrente do pensamento que ele representa – foi eficaz. É de acreditar que ela penetrou em largos setores da elite, entre os clérigos e entre os leigos, juristas incluídos, que a cultura profana moderna deve-lhe grande parte de seus sucessos, o direito da Europa, seu renascimento. Mas está longe de ser a única.⁸⁹

Torna-se imperioso, assim, analisar as principais ideias desenvolvidas na Idade Média, com o intuito de complementar essa evolução.

2.1.3 Direitos Humanos na Idade Média

Após a quebra das *trevas* da Alta Idade Média⁹⁰, em relação ao tema dos direitos humanos, promovida pelo pensamento de Santo Tomás de Aquino, que

⁸⁶ VILEY, op. cit., p.119.

⁸⁷ RAMÍREZ, op. cit., p.140.

⁸⁸ Idem. Ibidem, p.142/143.

⁸⁹ VILEY, op. cit., p.120.

⁹⁰ O pensamento de Santo Tomás era um *medium* entre os *averroístas*, que apregoavam uma filosofia pagã, dissociada da fé, e os denominados de *agostinistas*, em alusão ao pensamento de Santo Agostinho, defendida pelos clérigos, fundada na fé. (vide VILEY, op. cit., p.120 e segs.). Com relação ao pensamento deste último importa asseverar que: “El proyecto de hombre, en el humanismo agustiniano, se construye basado en el futuro, es decir, a partir del compromiso

inclusive teve várias de suas teses condenadas pela Igreja Católica após a sua morte, dá-se uma virada filosófica a partir das ideias de dois pensadores, ainda no início do século XIV: Duns Escoto e Guilherme de Ockham.

Originaram esses dois pensadores duas correntes filosóficas denominadas de *escotismo* (Duns Escoto) e o *nominalismo* (Guilherme de Ockham), que inauguraram, em certa medida, um “método moderno” de filosofar, responsáveis por estabelecer uma *filosofia individualista*⁹¹.

A visão de Duns Escoto substitui o mundo de São Tomás de Aquino, originado em Platão e Aristóteles – um mundo de generalidades, de gêneros, de espécies, de naturezas, de causas formais e finais – por um mundo de pessoas, de indivíduos. (...) é a fé que conduz Duns Escoto a essa conclusão, pois a Sagrada Escritura cristã é, com efeito, personalista. O homem de que fala o Evangelho não é apenas o gênero humano ou uma determinada espécie, determinada categoria social; ele não é somente uma parte do grupo social, como na *pólis* de Platão: Deus demonstra amor por cada um dos indivíduos, como um pai ama indistintamente cada um de seus filhos e filhas.⁹²

Embora as teses centrais desenvolvidas por Duns Escoto se encontrem no Evangelho ele se opõe àquelas teses reificadas até aquele momento, até mesmo por Santo Tomás de Aquino, defendendo uma postura filosófica essencialmente individualista, em que o “ente pessoal é um universal concreto”⁹³.

Com relação à conexão deste novo pensar filosófico, instituído por Escoto, com o direito não se acha aprofundado, vez que ele não se preocupava em fazer “grandes” incursões jurídicas no seu pensamento, limitando-se a discutir, em pequena medida, sobre direito de propriedade (por óbvio) e poder público.⁹⁴

O mesmo não se pode dizer de Guilherme de Ockham, pois devido a circunstâncias pessoais foi conduzido a se preocupar com o tema, vez que “teve de defender contra o papado a tese franciscana (levada ao extremo no partido dos espirituais) de que os frades irmãos mendicantes estão fora do direito; que

humano con la salvación. Se trata de un humanismo en el que se acude a los conceptos de racionalidad y a los recursos dialógicos utilizados en la filosofía. Esa comprensión sobre la realidad humana busca diseñar un proyecto de hombre, en la clave crítica, cuya meta es la felicidad dada por Dios (un hombre es feliz siempre y cuando conozca a Dios). (RAMÍREZ, op. cit., p.135.)

⁹¹ Idem. Ibidem, p.121/122.

⁹² SANTOS, op. cit., 2009, p.74.

⁹³ Idem. Ibidem, p.75.

⁹⁴ VILEY, op. cit., p. 128.

lhes é permitido renunciar a serem detentores de *direitos*⁹⁵. De sorte que, entende, em síntese, ser o direito permissão e poder de agir.

Com relação, porém, a essência do seu pensamento⁹⁶, que é designado de nominalista⁹⁷, defende, em oposição ao pensamento grego clássico, fundado na ordem cósmica, que o texto bíblico se dirige às pessoas livres, indivíduos⁹⁸, o que reduz a realidade a substâncias individuais.⁹⁹

Os “universais” e as relações só têm existência em nossos discursos. São somente *termos*, signos, forjados pelos homens, e cujo sentido depende dos homens. Suas definições são convencionais. Temos liberdade para modifica-los, para transformar a bel-prazer o valor dessas palavras, para deixa-las mais *operatórias*, permitir-nos agir mais comodamente sobre o mundo real dos seres singulares.¹⁰⁰

Guilherme de Ockham, assim, inaugura uma nova ontologia, de oposição ao modelo aristotélico, ao quebrar a ordem (cidade - *pólis*) que rege os indivíduos, para apregoar a abertura de portas da *modernidade*, operando num paradigma idealista, em que “vai-se trabalhar sobre a imagem miserável de um universo povoado somente de substâncias simples”¹⁰¹.

Pode-se sintetizar a ideia de Guilherme de Ockham na prevalência dos indivíduos (individualidades), e no desprezo do geral (universal), ou seja, ele sustenta filosoficamente uma base *individualista*, que irá, justamente, caracterizar

⁹⁵ Idem. Ibidem, p.128.

⁹⁶ “(...) no pensamento filosófico ockhamiano, as verdades da fé não são evidentes por si mesmas, como os princípios da demonstração; não demonstráveis, como as conclusões da própria demonstração; não são prováveis, porque parecem falsas para aqueles que se servem da razão natural. Para ele, o âmbito das verdades reveladas é radicalmente subtraído ao reino do conhecimento racional. A filosofia não é serva da teologia, que não mais é considerada ciência, mas sim um complexo de proposições mantidas em vinculação não pela coerência racional, mas sim pela força da coesão da fé.” (SANTOS, op. cit., 2009, p.76.)

⁹⁷ “Os princípios do nominalismo haviam germinado em alguns autores da Antiguidade e na Idade Média já no século XI. Ele desabrochou nas obras de Guilherme de Ockham.” (VILEY, op. cit., p.122)

⁹⁸ “(...) para o nominalismo só são reais os seres singulares designados por nomes próprios. Os nomes comuns ou as relações são apenas instrumentos úteis para conotar – para notar em conjunto – uma pluralidade de seres individuais.” (LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.120.)

⁹⁹ VILEY, op. cit., p.122 e segs.

¹⁰⁰ Idem. Ibidem, p.123.

¹⁰¹ Idem. Ibidem, p.124.

a modernidade¹⁰². Por isso a afirmação de que Ockham teria “inaugurado” a modernidade¹⁰³.

O impacto do pensamento de Guilherme de Ockham no direito é notado a partir da superação do direito natural e a origem da definição de direito subjetivo.

O direito natural, considerado em sua perspectiva metódica, como alternativa que tomava como ponto de partida para a descoberta das soluções jurídicas a observação da *Natureza* e da ordem que dela emana, foi alvo de Ockham na medida em que o nominalismo, ao contrário, pensava todas as coisas a partir do indivíduo: o indivíduo (não mais a relação entre vários indivíduos) torna-se o centro de interesse da ciência do direito; o esforço da ciência jurídica tenderá doravante a descrever as qualidades jurídicas do indivíduo, a extensão de suas faculdades, de seus direitos individuais.¹⁰⁴

O direito subjetivo, enquanto direito individual, base da 1ª geração ou dimensão dos direitos humanos¹⁰⁵, está posto desde o pensamento de Guilherme de Ockham, encontrando, portanto, sua origem mais remota. Registre-se, mais uma vez, a formatação de um modo de pensar fundado no individualismo e no subjetivismo, alicerce da denominada filosofia da consciência, combatida nessa dissertação como um dos males que atingiu o Direito, mais especificamente, a interpretação do direito.

2.1.4 Direitos Humanos e a Modernidade: Os Pensamentos de Thomas Hobbes e John Locke

A modernidade aqui referida não se deve confundir com a Idade Moderna, vez que essa última é aquela na qual se constituiu o Estado Absolutista e

¹⁰² É importante anotar que a modernidade caracterizou-se por um individualismo exacerbado, reificado por doutrinas liberais, desde a sua origem, como o pensamento de John Locke, por exemplo.

¹⁰³ “O individualismo é parte integrante da lógica da modernidade, que concebe a liberdade como a faculdade de autodeterminação de todo ser humano. Tem, como ponto de partida, no plano epistemológico, o *nominalismo*, que substituiu a preocupação aristotélica com o geral pelas substâncias individuais de Guilherme de Occam.” (LAFER, op. cit., p.120.)

¹⁰⁴ SANTOS, op. cit., 2009, p.78.

¹⁰⁵ “Os direitos fundamentais de primeira dimensão foram os primeiros direitos solenemente reconhecidos, (...). São direitos marcadamente individualistas, afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais propriamente como direito de defesa, demarcando uma esfera de autonomia individual impermeável diante do poder estatal, indispensável ao digno desenvolvimento de cada indivíduo.” (CUNHA JÚNIOR, op. cit., 2004, p.200.)

antecede, portanto, a modernidade. A modernidade, por sua vez, é fruto da filosofia produzida por pensadores do século XVII¹⁰⁶, influenciados por autores importantes de antes deste século, vez que “desde o final da Idade Média, com o progresso da burguesia, a cultura emigrara do mundo clerical universitário para os laicos”¹⁰⁷.

Inicialmente a característica do que está por ser inaugurado no século XVII não era verdadeiramente uma novidade, como já foi discutido, mas o aperfeiçoamento teórico, principalmente para além da influência católica, de um modelo filosófico individualista que irá influenciar a produção do pensamento até a contemporaneidade.

A profundidade e a sofisticação das concepções liberais-individualistas, além das repercussões práticas de suas elaborações na vida cotidiana de todos nós, e, da mesma forma, as respostas e contrastes socialistas, foram de tal ordem de importância que as suas consequências se fazem sentir até os dias de hoje, de modo muito intenso, especialmente através da hegemonia, que mantém contemporaneamente os ideários individualistas e capitalistas liberais no *habitus* e, conseqüentemente, nos produtos intelectuais dos juristas.¹⁰⁸

Destacada a importância do conhecimento do pensamento moderno, principalmente para os direitos humanos, vez que “a modernidade é muitas vezes definida através do humanismo”¹⁰⁹, assumindo o ser humano lugar de destaque nas reflexões produzidas a partir da modernidade, todavia numa nova perspectiva.

Mas, com relação especificamente ao direito, pode-se destacar *prima facie* o pensamento de Thomas Hobbes (“*O Leviatã*”)¹¹⁰, acerca da importância do humanismo. Consoante assevera o próprio Hobbes na primeira parte do capítulo XIV. Ao defender que:

O direito de natureza, a que os autores geralmente chamam *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da

¹⁰⁶ Thomas Hobbes, John Locke, Samuel Pufendorf, Hugo Grócio, entre outros.

¹⁰⁷ VILEY, op. cit., p.137.

¹⁰⁸ SANTOS, op. cit., 2009, p.80.

¹⁰⁹ LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos**. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994, p.19.

¹¹⁰ Obra sobre política e direito, fundamental para compreensão da formação da modernidade, escrita em 1651. “temos aqui o deus mortal, *o Leviatã*, esse monstro de lenda fenícia que é evocado pela Bíblia para dar a imagem de uma força corporal á qual nada resiste. Dessa feita, a laicização completa da *plenitudo potestas* dos teólogos realiza-se na própria noção de Estado.” (CHÂTELET *et alii*, op. cit., p.52.)

maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim.¹¹¹

Segundo defende Michel Viley, este é o primeiro texto em que se defende a ideia do que seja “direito do homem”, não a expressão, mas o sentido que se denota dessa expressão, fundamental na caracterização dos direitos humanos.¹¹²

Hobbes em sua obra substitui no núcleo do mundo Deus pelo indivíduo, que deve ser “previdente enquanto base de uma ordem estruturada a partir do consentimento individual”¹¹³, pois este é que permitirá, pelo menos em tese, a formação de um *contrato social*, estabelecendo os direitos individuais.

Essa figura metafórica do *contrato social*, que irá celebrar-se a partir do modelo hobbesiano, ganhando posteriormente novas configurações, representa a “mescla da liberdade individual (autonomia) com a legitimidade, oferecendo-nos uma narrativa do individualismo metodológico: a sociedade moderna é criada a partir da massa de indivíduos e de suas vontades”¹¹⁴.

Como “elemento” (instituição) garantidor desse *contrato* Hobbes aponta o Estado, representado pela mítica figura do *Leviatã*. Somente a força estatal, representando a *soberania*, será suficiente para assegurar o cumprimento e a manutenção do *contrato social*¹¹⁵.

Assim, ficava restrita ao *Leviatã* (Estado) a condução de todas as questões, independente de sua natureza, entre elas, especificamente, a de

¹¹¹ HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. Disponível no site: <http://search.4shared.com/postDownload/Fvs2xFe1/thomas-hobbes-- O Leviat.html>. Acesso em 03/07/2012.

¹¹² Op. cit., p.142.

¹¹³ SANTOS, op. cit., 2009, p.90.

¹¹⁴ Idem. Ibidem, p.90.

¹¹⁵ “(...) o Leviatã – quer seja monárquico, oligárquico ou democrático – só tem direitos: desde quando instituído, não pode ser contestado de nenhum modo pelos que o instituíram (a minoria tem de se submeter à maioria); ele é “juiz do que é necessário para a paz e a defesa dos súditos (...) e das doutrinas que convém lhes ensinar”; detém “o direito de editar regras de tal natureza que cada súdito saiba o que lhe pertence, de modo que nenhum outro súdito possa lhe tirar o que é seu sem cometer injustiça”; o de “ministrar a justiça em todas as suas formas”; o de “decidir sobre a guerra e a paz (...) e de escolher todos os conselheiros e ministros, tanto na paz quanto na guerra”; o de “retribuir e castigar, e isso (...) a seu arbítrio”, bem como o de “atribuir honras e hierarquias” (p.187).” (CHÂTELET *et alii*, op. cit., p.52.)

determinar quais os direitos do homem (individuais) que deveriam ser respeitados pelos outros, incluindo o próprio Estado¹¹⁶.

Inicialmente, a burguesia utilizou o discurso de um direito natural absoluto, ou seja, direitos do homem, liberdade e igualdade, que deveria ser defendido contra todos, inclusive contra o próprio Estado quando os violassem. Esse estado de liberdade absoluto, contudo, preconizado por Hobbes, e obviamente defendido pela burguesia, segundo o próprio autor era *autofágico*, pois “o direito do homem produz anarquia. Cada indivíduo, motivado por seu apetite de conservação, (...) desfrutando no estado de natureza uma liberdade indefinida, tendo direito a tudo (...), as ações de uns e outros colidem no mesmo objeto”¹¹⁷.

O direito humano, contudo, prescreve a forma de combater esse mal, qual seja: a *razão*; vez que se supõe que o homem deve fazer uso de sua liberdade de acordo com a “razão de cada qual, calculadora de seu interesse, bem entendido”¹¹⁸. O direito humano fundado, portanto, na racionalidade humana, que compreende a medida do exercício dos direitos individuais, notadamente a liberdade, estabelece um novo paradigma.

Inobstante a necessidade da tese como forma de delimitar o papel estatal na manutenção da sociedade, deve-se registrar a nova importância dela, em um segundo momento, para a burguesia, pois esta ao dominar o Estado estaria assumindo o controle de tudo, agora, também, politicamente.

Dessa forma, a partir da tese hobbesiana e a ascensão posterior da burguesia ao poder, quando essa assume o controle político estatal, os direitos humanos passam a depender de “concessões” burguesas. De sorte que a

¹¹⁶ “(...) Hobbes infere o direito do sujeito atomizado, não há em seu estado de natureza a parte de cada um, não há o *meum* ou *tuum*, não justiça distributiva ou comutativa que a natureza nos prescreva. A partir disto, o direito não é mais uma coisa distribuída ao sujeito, mas seu atributo essencial, uma qualidade do sujeito. (...) Se para a tradição clássica a ideia de direito consistia em bônus e ônus, para Hobbes, ao contrário, no estado de natureza não existe nenhuma obrigação social. O direito subjetivo só pode ser vantagem para o indivíduo, uma vez que tem como finalidade sua preservação. É um poder do indivíduo e não uma concessão. O direito, nesse panorama, sendo uma extração a partir do indivíduo, não pode ser uma criação da lei, mas precisamente o contrário. O direito subjetivo, esse atributo do ser humano individual, é uma *libertas*, bem na visão moderna.” (SANTOS, op. cit., 2009, p.96/97.)

¹¹⁷ VILEY, op. cit., p.147.

¹¹⁸ Idem. Ibidem, p.148.

burguesia valeu-se da teoria de Hobbes em momentos distintos, extraindo-lhe, todavia, um discurso necessário no seu *diálogo* com o poder estatal.

John Locke¹¹⁹, por sua vez, principalmente em sua clássica obra “*Dois tratados sobre o Governo Civil*”¹²⁰, “abrirá um caminho novo, paradoxalmente inspirado em Hobbes; estabelecerá a propriedade sobre a pretensa situação do homem no “estado de natureza”.¹²¹.

Epistemologicamente a tese lockeana representa uma acoplagem entre o “esquema geral de Hobbes e de temas extraídos da escolástica, que não combinam bem”¹²². Considera ele, ao modo hobbesiano, que o estado de natureza, gerando por consequência um direito natural, é de perfeita liberdade para o indivíduo, possibilitando defender o que é seu. Adiciona, todavia, a esse pensamento fundado na *natureza* e na *razão* as contribuições da *revelação divina*¹²³.

Deus, que deu o mundo a todos os homens, também lhes deu a razão para que dele se servissem para maior proveito da vida e da própria conveniência. Concedeu a terra e tudo o que ela contém ao homem para sustento e conforto da existência. E embora todos os frutos que ela produz espontaneamente e todos os animais que alimenta pertençam à Humanidade em comum, destinando-se ao uso dos homens, deve haver necessariamente meios de apropriá-los do modo correto, antes de serem usados e de se tornarem de qualquer modo benéficos para qualquer homem em particular.¹²⁴

Resta evidenciada nesta passagem a tentativa de acoplamento de Locke entre o pensamento hobbesiano e a escolástica, todavia, independente disto, fica claro também, que embora a propriedade, como algo oriundo da natureza, advém

¹¹⁹ “(...) Locke tornou-se um dos clássicos do liberalismo político, ao propor uma articulação de temas fundamentais: a igualdade natural dos homens, a defesa do regime representativo, a exigência de uma limitação da soberania baseada na defesa dos direitos subjetivos dos indivíduos. Os princípios fundamentais desta teorização incluem a liberdade natural e a igualdade dos seres humanos; o direito dos indivíduos à vida, liberdade e propriedade; o governo pelo consentimento; o governo limitado; a supremacia da lei; a separação dos poderes; a supremacia da sociedade sobre o governo; o direito à revolução.” (SANTOS, op. cit., 2009, p.98.)

¹²⁰ Obra escrita entre 1689-90. “(...) os dois tratados costumam ser lidos como uma defesa do individualismo e do direito natural dos indivíduos à propriedade privada.” (Idem. Ibidem, p.98/99.)

¹²¹ VILEY, op. cit., p.154.

¹²² Idem. Ibidem, p.154.

¹²³ “Quer levemos em conta o direito que os homens têm, depois de nascidos, à própria preservação, como nos dita a razão natural, e, portanto, ao alimento, à bebida e a tudo que a natureza oferece para a subsistência, quer consideremos a revelação, que nos enumera as concessões feitas por Deus a Adão, a Nóe e seus filhos, (...).” (LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.37.)

¹²⁴ Idem. Ibidem, p.37.

da ordem divina, isso acaba gerando, em função da sua essencialidade, um direito natural individual¹²⁵.

Com isso, John Locke separa um estado de natureza de um estado de sociedade, preconizando a necessária transposição daquele para este, que será realizada por intermédio de um *contrato social*, mas não porque os homens irão entrar em conflito¹²⁶, como defendia Hobbes, pela necessidade de criar um governo civil capaz de sustentar a própria sociedade, pelo consentimento.

Depois da transposição os homens passarão, então, a viver em uma sociedade civil, mantida por um governo civil, fundado em leis que se fundamentam no próprio direito natural, que não é, portanto, anulado, mas adaptado à nova realidade após a conclusão deste processo, ou melhor, assimilado por ele como uma ordem civil.¹²⁷

Essa nova ordem civil independe, a partir de sua instituição, do governo para sua manutenção, vez que ela se apresenta como um direito natural, que após convertido, é imperioso e somente capaz de ser modificado pelas mãos dos indivíduos.¹²⁸

¹²⁵ “Embora a terra e todos os seus frutos sejam propriedade comum a todos os homens, cada homem tem uma propriedade particular em sua própria pessoa; a esta ninguém tem qualquer direito senão ele mesmo. O trabalho de seus braços e a obra das suas mãos, pode-se afirmar, são propriamente dele. Seja o que for que ele retire da natureza no estado em que lhe forneceu e no qual o deixou, mistura-se e superpõe-se ao próprio trabalho, acrescentando-lhe algo que pertence ao homem e, por isso mesmo, tornando-o propriedade dele. Retirando-o do estado comum em que a natureza o colocou, agregou-lhe com seu trabalho um valor que o exclui do direito comum de outros homens.” (Idem. Ibidem, p.38.)

¹²⁶ “Segundo Locke, a guerra procede da intervenção do dinheiro como um elemento exterior aos equilíbrios da lei natural.” (SANTOS, op. cit., 2009, p.99.)

¹²⁷ “Toda sua demonstração visa mostrar que o consentimento com o poder civil (pelo contrato) não pode coagir os homens a abandonarem seus direitos naturais. Desde sua apresentação do estado de natureza, Locke contesta as ideias de Hobbes, considerando que os homens, em sua condição natural, vivem em concórdia, na solidariedade e na justiça, lá onde seu antecessor acha que os homens estão em guerra permanente. No entanto admite Locke, a propriedade e o comércio são fontes de desigualdade que comprometem as possibilidades de paz. Por isso é necessário que os indivíduos realizem um pacto social a fim de se unirem e delegar a sua soberania a um governo civil capaz de sancionar as violações da lei natural.” (Idem. Ibidem, p.98.)

¹²⁸ “Neste caso, e em outros semelhantes de dissolução do governo, o povo fica livre para prover para si, instituindo novo legislativo, diferente do anterior nas pessoas, na forma, ou em ambas, conforme julgar mais conveniente ao próprio bem e segurança. A sociedade não perde nunca, pela culpa de quem quer que seja, o direito natural e primário que tem de se preservar, o que só consegue instituindo um poder legislativo e através da execução correta e imparcial das leis promulgadas.” (LOCKE, op. cit., p.147/148.)

Embora a proteção ao *sujeito* seja característica enaltecida do pensamento lockeano, marca indelével do liberalismo (o individualismo), é importante frisar que, mesmo assim, ele salvaguarda um importante espaço para o *conjunto social*, vez que “todos os contratos, convênios e acordos se apoiam na reciprocidade, e a grande vantagem da versão horizontal do contrato social é que esta reciprocidade liga cada um dos membros a seus colegas cidadãos”¹²⁹, o que acaba por manter o povo unido.

Esta característica do *contrato social*, todavia, será mais bem desenvolvida por outro grande pensador, já no século seguinte (XVIII), que é Jean-Jacques Rousseau. Merece registro, porém, o fato do pensamento de Rousseau ser completamente antagônico ao modelo da modernidade, qual seja: o liberal; merecendo destaque em tópico específico.

2.1.5 A Tese Contratualista de Jean-Jacques Rousseau e os Direitos Humanos

Consoante foi destacado ao final do tópico anterior, o pensamento de Rousseau é uma antítese ao pensamento da modernidade, representado emblematicamente nesta pesquisa pelos pensamentos de Thomas Hobbes e John Locke, “inaugurando um ciclo reflexivo caracterizador da história filosófico-política do Estado contemporâneo”¹³⁰.

Essa sua característica diferenciada funda-se “no sentido de negar, peremptoriamente, qualquer possibilidade de estabelecimento de algum direito de alguém ou de alguns para governar os demais”¹³¹. De sorte que o governo só se legitima se estiver assentado sobre leis emanadas daqueles que serão governados. É esta a cláusula essencial do *contrato social*¹³².

¹²⁹ ARENDT, Hannah. **Crises da República**. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1999, p.78.

¹³⁰ SANTOS, op. cit., 2009, p.106.

¹³¹ Idem. Ibidem, p.106.

¹³² “Estas cláusulas, bem entendidas, reduzem-se a uma só, a saber: a alienação total de cada associado com todos os seus direitos a favor de toda a comunidade, porque primeiramente, entregando-se cada qual por inteiro, a condição é igual para todos, e, por conseguinte, sendo esta condição idêntica para todos, nenhum tem interesse em fazê-la onerosa aos outros. Ademais, verificando-se a alienação sem reserva, a união é tão perfeita quanto possível e nenhum

Estabelece Rousseau, assim, uma base *holista*, revelando em suas teses muito mais interesse pelo conjunto social a ser governado, do que individualmente por quem a compõe¹³³. É, como se asseverou, diametralmente oposto aos pensadores da *modernidade*.

Resulta, assim, das reflexões de Rousseau, uma distinção entre liberdade natural, limitada pelas forças do indivíduo, da liberdade civil que é limitada pela liberdade geral. Há uma aquisição de um estado civil, ao qual agrega Rousseau uma liberdade moral, a única que torna o homem senhor de si mesmo, posto que o impulso apenas do apetite constitui a escravidão, e a obediência à lei a si mesmo prescrito é a liberdade.¹³⁴

O pacto social para Rousseau não objetiva acabar com a desigualdade natural entre os indivíduos, busca, sim, uma igualdade moral e legítima, tornando os seres humanos iguais por convenção, e, por consequência, pelo direito, com o escopo de superar as desigualdades físicas. A força, assim, dos direitos humanos não ascende do individualismo, ou do reconhecimento da essência humana, mas da força da coletividade.¹³⁵

Pode-se arriscar afirmar que Rousseau inaugurou, em nível teórico, e de forma incipiente, uma espécie de modelo “social” dos direitos humanos, que somente foi desenvolvido com maior evidência com a 2ª geração ou dimensão dos direitos fundamentais, com uma antecedência de dois séculos. A busca de direitos que mesmo exercidos individualmente o são por um reconhecimento e consenso da coletividade.

associado tem direito a reclamar, porque se restassem aos particulares alguns direitos, como não haveria superior comum que pudesse sentenciar contra eles e o público, sendo cada qual, em certo ponto, seu próprio juiz, pretenderia sê-lo em tudo. O estado natural subsistiria e a associação degeraria necessariamente em tirânica ou vã.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, s/a, p.49.)

¹³³ “Submetendo-se cada um a todos, não se submete a ninguém em particular, e como não há um associado sobre o qual não se adquira o mesmo direito que se cede sobre si próprio, ganha-se a equivalência de tudo o que se perde e maior força para conservar a que se possui. (...) Naquele instante, no lugar da pessoa particular de cada contratante, este ato de associação produz um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros como a assembleia de votantes, o qual recebe deste mesmo ato sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. Esta pessoa pública que se forma assim pela união de todas as outras, recebeu antes o nome de **cidade** e agora recebe o de **república** ou de **corpo político**, chamado por seus membros **Estado**, quando é passivo; **soberano** quando é ativo, **poder**, comparando-o com seus semelhantes.” (Idem. *Ibidem*, p.49/50)

¹³⁴ SANTOS, op. cit., 2009, p.108.

¹³⁵ Idem. *Ibidem*, p.108/109.

Fica o registro. Todavia faz-se necessário retomar a base individualista da modernidade, com o registro do pensamento contratualista kantiano.

2.1.6 A Base Humanista do Pensamento de Immanuel Kant

Foge ao objeto desta pesquisa uma análise pormenorizada do pensamento kantiano¹³⁶, todavia é inegável que após as teses gregas e as teorias desenvolvidas a partir da influência teológica, considera-se que a “terceira fase na elaboração teórica do conceito de pessoa como sujeito de direitos universais, anteriores e superiores, por conseguinte, a toda ordenação estatal, adveio com a filosofia kantiana”¹³⁷.

Defende Kant que somente seres dotados de racionalidade possuem vontade, “a qual é a faculdade ou de produzir objetos que correspondam às representações, ou de se determinar a si mesma na produção de tais objetos (...), isto é, a de determinar a sua causalidade”¹³⁸, denominando essa razão de prática. Esse é o seu primeiro postulado ético.

A autonomia da vontade, por sua vez, é a própria constituição da vontade, “graças à qual ela é para si mesma a sua lei (...). O princípio da autonomia é, portanto, não escolher de modo a que as máximas da escolha no próprio querer sejam simultaneamente incluídas como lei universal”¹³⁹, independentemente da natureza dos objetos do querer.

A representação de um princípio objetivo, enquanto obrigatório para uma vontade, chama-se ordem ou comando (*Gebot*) e se formula por meio de um imperativo. Segundo o filósofo, há duas espécies de imperativo. De

¹³⁶ “Téngase en cuenta que en el pensamiento kantiano se diferencian los campos sobre el qué puede conocerse (razón pura), sobre el qué debe hacerse (razón práctica), y finalmente, sobre el qué cabe esperar (ámbito de lo religioso). Así mismo, Kant cuestiona em qué términos puede obtenerse un conocimiento científico sobre las realidades que no pueden entenderse en el ámbito de lo sensible. Para conocer hay que pasar por la experiencia; pero no se parte del objeto; es el sujeto cognoscente el que da forma al objeto. En tal sentido, la realidad se ajusta a la razón.” (RAMÍREZ, op. cit., p.172.)

¹³⁷ COMPARATO, op. cit., 2004, p.20.

¹³⁸ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. São Paulo: Martin Claret, 2004a, p.23.

¹³⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004b, p.70.

um lado, os hipotéticos, que representam a necessidade prática de uma ação possível, considerada como meio de se conseguir algo desejado. De outro lado, o imperativo categórico, que representa uma ação como sendo necessária por si mesma, sem relação com finalidade alguma, exterior a ela.¹⁴⁰

Todas estas considerações adicionadas sustentam a máxima kantiana que o ser humano, então, como ser racional, existe como um fim em si mesmo, não funcionando como meio para essa ou aquela vontade, pois a vontade depende da racionalidade prática¹⁴¹, e esta por sua vez da vontade.

O ser humano dotado de racionalidade, e, conseqüentemente, de vontade assume a posição central de *medida* de tudo no mundo, e a sua dignidade aferida “pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita”¹⁴², logo carecedor de uma proteção especial de seus direitos mais fundamentais. Entre eles destaca Kant a liberdade¹⁴³, sob a perspectiva de uma análise filosófica.

A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e liberdade seria a propriedade dessa causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, não obstante as causas estranhas que possam determiná-la; assim como a necessidade natural é a propriedade da causalidade de todos os seres irracionais de serem determinados à atividade pela influência de causas estranhas.¹⁴⁴

Prevê, então, Kant que a “liberdade indica que os motivos da ação provêm da razão, e, portanto, ela somente surge a partir da vontade”¹⁴⁵, mas não significa dizer que toda manifestação autônoma de vontade seja um ato de liberdade, pois “não basta (...) verificá-la por certas supostas experiências da

¹⁴⁰ COMPARATO, op. cit., p.21.

¹⁴¹ “Um ser racional pertence ao reino dos fins na condição de membro quando nele é legislador universal, ainda que igualmente submetido a essas leis. Pertence-lhe na condição de chefe quando, como legislador, não está submetido à vontade de um outro. O ser racional tem de se considerar sempre como legislador em um reino de fins possível pela liberdade da vontade, seja como membro, seja como chefe. Mas o lugar desse último, não o pode assegurar só pela máxima da sua vontade, mas tão-somente ao se fazer um ser totalmente independente, sem necessidade nem restrição de uma faculdade adequada à vontade.” (KANT, op. cit., 2004b, p.64.)

¹⁴² COMPARATO, op. cit., 2004, p.21.

¹⁴³ “El hombre libre es el sujeto que se legisla, en cuanto puede autónomamente realizar el principio de humanidade. A su vez, desde la libertad se concibe el principio de autonomia de la voluntad como la máxima propia de la moralidade. Se requiere que cada hombre actúe por sí y conforme su actitud en máxima universal.” (RAMÍREZ, op. cit., p.178.)

¹⁴⁴ KANT, op. cit., 2004b, p.79.

¹⁴⁵ SANTOS, op. cit., 2009, p.112.

natureza humana (...), mas temos de demonstrá-la como pertencente à atividade de seres racionais em geral”¹⁴⁶.

É sob a perspectiva dessa relação entre razão, vontade e liberdade que se desenvolve o *contratualismo* kantiano, pois torna-se, por óbvio, necessário estabelecer uma ordem, que juridicamente assegure a liberdade dos indivíduos na sua convivência social (contrato social), adaptável à sua construção teórica.

Disto deriva uma diferenciação entre as disciplinas da moral e as do direito. A primeira coloca na base da sua legislação a conformidade da intenção ao preceito da vontade, ao passo que o segundo considera exclusivamente a conformidade exterior dos ditames da razão. É justamente este deslocamento da atenção do plano da interioridade e da consciência do sujeito individual, para o plano da compatibilidade dos seus comportamentos com a liberdade e as ações dos outros indivíduos que coloca o problema de estabelecer uma ordem na qual a liberdade de cada um seja compatível, do ponto de vista externo, com a liberdade de todos aqueles com os quais ele passa ou pode passar a relacionar-se.¹⁴⁷

Kant não está preocupado em discutir se o homem possui ou não uma natureza beligerante, e se está em constante estado de guerra, ele simplesmente parte da premissa que em uma sociedade inevitavelmente ocorrerão litígios, o que gera um estado de perigo, em função destes conflitos, que necessita ser controlado. Este controle, por sua vez, é atribuição do Estado.

O Estado é a institucionalização de uma forma de organização, criada com o escopo de conter os conflitos gerados pelo arbítrio dos indivíduos. “Isso comporta a fundação de uma relação de comando e obediência, em que a totalidade do povo se institui como poder coercivo para com os membros individuais”¹⁴⁸.

Para essa forma institucionalizada de organização funcionar, todavia, faz-se necessária a delimitação de uma base, neste caso jurídica, como já foi explicitado, que assegure a relação de controle. Kant, então, trabalha com a noção de um *contrato originário*, proporcionado pela razão prática, que “enquanto capacidade de determinação do arbítrio, se exerce na forma de vontade”¹⁴⁹.

¹⁴⁶ KANT, op. cit., 2004b, p.80/81.

¹⁴⁷ SANTOS, op. cit., 2009, p.112.

¹⁴⁸ Idem. Ibidem, p.114.

¹⁴⁹ Idem. Ibidem, p.113.

Deve-se salientar que essa *vontade* não é individual, pois para o *contrato* ser eficaz é necessário que ela tenha um caráter universal, inobstante este possua em seu alicerce a presença de uma multiplicidade de *vontades individuais*. Neste caso, a ideia é a de que a *vontade*, enquanto instância de uma ordem jurídica que se pretende universal, supere o livre-arbítrio de *vontades individuais*.¹⁵⁰

O *contrato social*, neste contexto, é uma espécie de “condição transcendental espontaneamente colocada pela razão para tornar possível a implementação do direito, e, por isso mesmo, o exercício da liberdade externa por parte dos indivíduos”¹⁵¹. Assim, Kant acaba por estabelecer uma base *contratual* metafísica, fundada em uma *vontade* instituidora de uma universalidade, que é manifestada pelas *vontades individuais* em relações recíprocas, pois já está ínsita nos seres humanos, enquanto uma *vontade geral* (universal).

O direito é o mecanismo que por intermédio da ordem institucionalizada (Estado) delimita e define essa *vontade geral*, assegurando a “avença” firmada por intermédio do *contrato social*, que, por sua vez, estabelece os direitos humanos.

Assim, é preciso afirmar que Kant, juntamente com os outros contratualista e individualistas, contribui profundamente para a construção de toda uma visão de mundo individualista que serviu de lastro filosófico-político para as Grandes Revoluções do século XVIII e, conseqüentemente, para a positivação de direitos individuais nos textos constitucionais deste período.¹⁵²

Dessa forma, conclui-se a evolução ideológica que colaborou para a evolução da definição dos direitos humanos, restando, contudo, analisar a matriz jurídica que se extrai deste contexto, qual seja: o *jusnaturalismo*.

¹⁵⁰ “Assim é possível concluir-se que não seria possível nenhum acordo entre *vontades individuais* se a *vontade individual* não fosse já per se permeada por uma irreprimível instância de universalidade, de tal forma que exija, para suas decisões, um plano de validade categórica. Por isso, o “contrato originário” não pode depender do livre-arbítrio, de decisões individualizadas dos sujeitos que o estipulam, mas se revela, antes, como forma através da qual a ideia de *vontade* se manifesta e funciona como origem do direito, ou seja, como instância de legislação universal, diante de uma multiplicidade pressuposta de *vontades individuais*.” (Idem. Ibidem, p.113)

¹⁵¹ Idem. Ibidem, p.113.

¹⁵² Idem. Ibidem, p.114.

2.1.7 A Relação Entre a Matriz *Jusnaturalista* do Pensamento Jurídico e os Direitos Humanos

Na trajetória desenhada acerca da evolução ideológica e histórica dos direitos humanos, até o momento desenvolvida nesta pesquisa, uma coisa em comum pode ser identificada: a base *jusnaturalista* do pensamento jurídico¹⁵³.

Inicialmente, cabe registrar, de forma genérica, que o *jusnaturalismo* é uma corrente *jusfilosófica* de fundamentação do direito justo¹⁵⁴ que perpassou pela antiguidade clássica (Grécia e Roma), pela Idade Média (Alta e Baixa), pelo catolicismo, os racionalistas (séculos XVII e XVIII), até alcançar o século XX, e porque não dizer até os dias de hoje.¹⁵⁵

Identificam-se, portanto, manifestações *jusnaturalistas* com características particulares a partir do período e do referencial teórico: *jusnaturalismo* cosmológico (Antiguidade greco-latina); *jusnaturalismo* teológico (influenciado pelo catolicismo e vigente na Idade Média); *jusnaturalismo* racionalista (do Renascimento à Modernidade); *jusnaturalismo* contemporâneo (século XX)¹⁵⁶.

¹⁵³ “Desde as representações primitivas de uma ordem legal de origem divina, até a moderna filosofia do direito natural formal de STAMMLER e DEL VECHIO, passando pelos sofistas, os estoicos, os padres da Igreja, os escolásticos, os ilustrados e os racionalistas dos séculos XVII e XVIII, que a longa tradição do jusnaturalismo se vem desenvolvendo, com uma insistência e um domínio ideológico que somente as ideias grandiosas e os pensamentos caucionados pelas motivações mais exigentes poderiam alcançar.” (MACHADO NETO, A. L.. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p.16.)

¹⁵⁴ “Las concepciones más comunes del derecho pueden resumirse en las siguientes: 1. El derecho como conducta justa; 2. El derecho como proporción objetiva entre las cosas y como arte de discernir lo justo; 3. El derecho como objeto o término de una relación justa.” (QUINTANA, Eduardo Martín. **Notas sobre el derecho en el iusnaturalismo**. Buenos Aires: EDUCA, 2008, p.19.)

¹⁵⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010a, p.27.

¹⁵⁶ Não será desenvolvido o jusnaturalismo contemporâneo, até porque “o século XX é dominado pelo positivismo científico, ao priorizar um tratamento empírico dos fenômenos estudados, não havendo espaço para as especulações abstratas e metafísicas do direito natural”. Todavia, merece destaque o pensamento de dois expoentes. Rudolf Stammler, que “propõe um jusnaturalismo de conteúdo variável, rejeitando o direito natural material baseado na natureza humana. Enaltece, em verdade, o método formal para sistematizar uma dada matéria social, em cada momento histórico, no sentido de um direito justo. O direito natural não é um sistema de preceitos absolutos, mas um critério diretor de valoração, que permite plasmar as figuras jurídicas, de acordo com as condições espaço-temporais.”. Por sua vez, Giorgio Del Vecchio “confere ao jusnaturalismo uma base idealista depurada, procurando tornar compatíveis os vários materiais histórico-condicionados com o ideal do justo, permanente e imutável. Partindo de uma concepção teleológica de natureza humana, afirma que o direito natural representa o reconhecimento das

Antes de adentrar na explicitação do significado e das características de cada um deles, além de identificar os seus principais referenciais, todavia, é importante consignar que o “direito natural corresponderia a uma exigência perene, eterna ou imutável de um direito justo, representada por um valor transcendental ou metafísico de justiça”¹⁵⁷.

Além desta definição inicial, com fundamento em outra tese *jusnaturalista*, defende-se que o direito natural é superior ao direito positivo, devendo, pois, este adaptar-se aos clamores de justiça daquele, que serviria de parâmetro valorativo para o direito positivo, além de ser referencial ontológico, de sorte que o direito positivo injusto perderia a juridicidade¹⁵⁸.

Feitas essas considerações iniciais sobre o significado do *jusnaturalismo*, faz-se a análise de suas diversas “matrizes”.

No *jusnaturalismo* cosmológico, desenvolvido na Antiguidade Clássica, da cultura greco-romana, a justiça natural emanava de uma ordem cósmica, “marcando a indissociabilidade entre natureza, justiça e direito”¹⁵⁹, de cinho eminentemente universalista.

Dentre os diversos pensadores que se destacam entre os gregos pode-se citar os seguintes: Homero, Hesíodo, Sólon, Píndaro, Ésquilo, Sófocles, Heródoto, Eurípedes, Aristóteles, Platão, entre outros; cada um deles com contribuições específicas, que transitavam em torno do direito e da natureza, na busca pela justiça como valor superior.¹⁶⁰

Destaca-se, todavia, para a temática dos direitos humanos, o período denominado de pós-socrático, vez que a partir dele “a filosofia grega passa a ser dominada pela preocupação humanística centralizada no problema da moral. As

propriedades e exigências essenciais da pessoa humana, devendo o direito positivo adequar-se a esse princípio ético universal.” (Idem. Ibidem, p.39/40.)

¹⁵⁷ Idem. Ibidem, p.27.

¹⁵⁸ Idem. Ibidem, p.27.

¹⁵⁹ Idem. Ibidem, p.28.

¹⁶⁰ Cfe. SOARES, op. cit., 2010a, p.28 e segs.

magnas questões metafísicas são agora ultrapassadas pela preocupação da felicidade do homem”¹⁶¹.

Nessa perspectiva o pensamento pós-socrático termina por “fundamentar uma concepção mais cosmopolita do homem, adaptada à nova realidade do Estado-império, cristalizando a ideia do direito natural que irá impregnar a Roma Antiga”¹⁶². Em Roma, sob a influência do pensamento grego, e com fundamento no pensamento ciceroniano¹⁶³, o modelo humanista implementado objetivava determinar os deveres e faculdades, de modo racional, mais aceitável sob a ótica do justo.

O *jusnaturalismo* teológico¹⁶⁴, por sua vez, pode, talvez, ter sua origem relacionada com a afirmação de São Paulo, inspirada no pensamento dos estoicos, “de que Deus colocou a lei natural em nossos corações (Carta de São Paulo aos Romanos, II:15)”¹⁶⁵. Com a consolidação posterior do cristianismo, então, o “*jus* ficou intimamente ligado à moralidade e tomou a forma de um conjunto de mandamentos ou regras”¹⁶⁶, acarretando como consequência, *a posteriori*, na leitura da Bíblia a utilização da expressão *jus* para designar o mandamento divino e à lei natural significando o Decálogo.

Na Idade Média, o jusnaturalismo apresentava um conteúdo teológico, pois os fundamentos do direito natural eram a inteligência e a vontade divina, pela vigência do credo religioso e do predomínio da fé. Os princípios imutáveis e universais do direito natural podiam ser sintetizados na fórmula segundo a qual o bem deve ser feito, daí advindo os deveres dos homens para consigo mesmos, para com os outros homens e para com Deus.¹⁶⁷

¹⁶¹ Idem. Ibidem, p.32.

¹⁶² Idem. Ibidem, p.33/34.

¹⁶³ “Cícero racionalizou o Direito Romano e argumentava que muitos dos seus dogmas centrais poderiam ter sua origem situada nas normas racionais universais. Nesse processo, as “noções comuns” estoicas, por meio das quais os homens nutriam-se da razão universal e se tornavam cientes de seus ditames, eram interpretadas em termos psicológicos. O *orthos logos* ou reta razão dos gregos, que unia a necessidade natural com as leis da razão, foi transformado na *recta ratio* do bom senso, embora, evidentemente, como um senso comum que se tornara a origem suprema da lei.” (DOUZINAS, op. cit., p.63.)

¹⁶⁴ “Com o advento do cristianismo, ocorreu verdadeira revolução da subjetividade, prevalecendo a atitude ou disposição de ser justo sobre a aspiração de ter uma ideia precisa de justiça. Continua esta, porém, a ser vista em um quadro superior de ideias, já agora subordinado a uma visão teológica, a partir do princípio de um Deus criador, do qual emana a harmonia do universo.” (SOARES, op. cit., 2010a, p.34/35.)

¹⁶⁵ DOUZINAS, op. cit., p.67.

¹⁶⁶ Idem. Ibidem, p.67.

¹⁶⁷ SOARES, op. cit., 2010a, p.35.

O que fosse construído pelos homens enquanto legislação deveria obrigatoriamente estar em consonância com aquelas regras oriundas do direito natural, aplicadas às vicissitudes da vida cotidiana, ou seja, o direito positivo deveria estar adequado ao direito natural, vez que este era originário da vontade divina.

Deve-se indicar, entre outros, a grande importância dos trabalhos de Santo Agostinho¹⁶⁸ e de Santo Tomás de Aquino¹⁶⁹.

Esse modelo teocrático sofrerá um abalo estrutural com a inversão antropocêntrica promovida a partir do *Renascimento*, quando o homem passa a ser o centro das questões primordiais, e não mais Deus. Também o Direito e a noção de justiça foram impactados. Inobstante, como já foi explicado, os trabalhos de Duns Escoto e Guilherme de Ockham, foi, substancialmente, a partir do século XVII, diante de um processo de secularização da vida social, que se iniciou a sedimentação de “uma doutrina jusnaturalista subjetiva e racional, buscando seus fundamentos na identidade de uma razão humana universal”¹⁷⁰.

O jusnaturalismo racionalista consolida-se, então, no século XVIII, como o advento da ilustração, despontando a razão humana como um código de ética universal e pressupondo um ser humano único em todo o tempo e em todo espaço. Os iluministas acreditavam, assim, que a racionalidade humana, diferentemente da providência divina, poderia ordenar a natureza e vida social. Esse movimento jusnaturalista, de base antropocêntrica, utilizou a ideia de uma razão humana universal para afirmar direitos naturais ou inatos, titularizados por todo e qualquer

¹⁶⁸ “Agostinho conferiu expressão religiosa aos pontos fortes e dificuldades das teorias clássicas de justiça. Ele concordava com a ideia de Platão de que não podemos conhecer e nem alcançar plenamente a justiça neste mundo. Contudo, embora todas as tentativas estejam fadadas ao fracasso, devemos continuar a fadada busca por meio de leis e instituições que jamais alcançarão o que prometem. (...) Deus substituiu o amor politicamente situado da justiça, e os julgamentos perderam sua flexibilidade. Eles tornaram-se mais definitivos, numa tentativa de imitar a justiça absoluta de Deus, e impossíveis, uma vez que não há como construir uma ponte entre o abismo que separa Deus e a humanidade. A justiça, identificada com o amor de Deus, não pertence a este mundo; a injustiça torna-se a condição da humanidade.” (DOUZINAS, op. cit., p.69/70.)

¹⁶⁹ “Aquino foi o último pensador na tradição jurídica aristotélica do *jus naturale* e o mais destacado do novo naturalismo religioso (*lex naturale*). (...) como um resultado direto de seus ensinamentos, os novos poderes legisladores da Igreja e do Estado são legitimados e o ensino do Direito Natural foi absorvido pela teologia. A redefinição religiosa do Direito Natural minou profundamente o caráter político e prudente das doutrinas clássicas da justiça assim como sua ênfase crítica. (...) Deus, aquele que dá a lei, infunde seus mandamentos com absoluta certeza; o Direito Natural não mais se ocupa da construção da moral ideal e da ordem política e da justa solução legal, mas da interpretação e da confirmação da lei de Deus. Depois de Aquino, a justiça abandonou em grande parte seu potencial para a jurisprudência, (...) ela tornou-se uma “virtude fria”.” (Idem. Ibidem, p.74.)

¹⁷⁰ SOARES, op. cit., 2010a, p.37.

indivíduo, cuja observância obrigatória poderia ser imposta até mesmo ao Estado, sob pena de o direito positivo corporificar a injustiça.¹⁷¹

Desenvolve dentro deste cenário papel de destaque a ideia do *contrato social*, que foi “seguida pelo mecanismo de um estado de natureza no qual os homens viviam antes de ingressarem na sociedade ou no Estado”¹⁷². Consoante já foi desenvolvido anteriormente, nesse particular, destacam-se pensadores como Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant.

Apesar de bases teóricas diferentes desenvolvidas por estes pensadores o *jusnaturalismo* moderno compartilha algumas características. A primeira delas assevera que a vida social e o Estado são resultado da atividade individual. A segunda característica, parte da premissa de que se a vida social e a ordem jurídica derivam de um *contrato originário*, deveria ela, portanto, ser “concretizada por meio do poder da razão e da lógica de deduzir um sistema de regras completo e sem falhas a partir de uns poucos princípios axiomáticos”¹⁷³.

Merece registro o fato de o *jusnaturalismo* moderno quebrar o elo entre a jurisprudência e os procedimentos dogmáticos, esses fundados na autoridade dos textos romanos, mas não rompe, todavia, com o caráter dogmático do direito, tenta, ao contrário, aperfeiçoar-lhe, conferindo a qualidade de *sistema*, assentado na generalidade racional. Assim, a “teoria jurídica passa a ser um *construído sistemático* da razão e, em nome da própria razão, um instrumento de crítica da realidade”¹⁷⁴.

O direito natural racional, como essência dos direitos humanos, tornou-se, então, o discurso das revoluções, mas por outro lado, em tendo “consignado a concepção clássica de política e a busca pela “melhor república” à história das ideias, tornou-se o discurso legitimador dos governos utilitários e foi usado contra os movimentos reformistas e socialistas emergentes”¹⁷⁵, em período subsequente.

¹⁷¹ Idem. Ibidem, p.37.

¹⁷² DOUZINAS, op. cit., p.78.

¹⁷³ Idem. Ibidem, p.79.

¹⁷⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980, p.26.

¹⁷⁵ DOUZINAS, op. cit., p.80.

Acontece que todo esse arcabouço *jusnaturalista* sofreu com a sedimentação de um *modelo científico moderno*, que acabou por desestruturar suas bases.

A ciência moderna, na sua determinação de produzir os seus objetos de conhecimento, substituindo a função contemplativa da *théoria* grega por um “olhar” fundamentado numa razão técnico-científica, não só técnica e instrumentaliza a criação e a aplicação da ordem normativa, como retira do discurso jurídico de sua base ética, visto que a norma formal é desprovida de fins (justiça, bem comum, Direitos humanos); (...) posto que a determinação dos rumos políticos das decisões judiciais fica limitada em suas repercussões no mundo da vida, ao controle do Estado e tão somente dele. E no que se refere à ciência política moderna de inspiração nitidamente positivista.¹⁷⁶

Diante de um novo cenário para as ciências, os postulados metafísicos sobre os quais se assentou o *jusnaturalismo* passam a ser questionados, ante a sua abstração e imprecisão para fundamentar e, principalmente, legitimar o que venha ser o *justo*. Padece, também, em função de ter proposto um modelo a-histórico, atemporal e a-espacial, vez que o *justo* “não pode ser concebido como um valor ideal e absoluto, envolto em nuvens metafísicas, visto que a axiologia jurídica contemporânea já demonstrou como o direito é um objeto cultural e como a justiça figura como um valor histórico-social”¹⁷⁷.

Descortina-se, diante dessas críticas, a base para o desenvolvimento do *juspositivismo*, e a mudança paradigmática que isso promoverá no Direito, e como consequência nos direitos humanos/fundamentais.

¹⁷⁶ Albano Marcos Bastos. **O Jusnaturalismo e o Juspositivismo Moderno**. In COPETTI SANTOS, André Leonardo; STRECK, Lenio Luiz e ROCHA, Leonel Severo. **Constituição, sistemas Sociais e Hermenêutica**. n.3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.22.

¹⁷⁷ SOARES, op. cit., 2010a,p.41/42.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A INFLUÊNCIA ORIGINÁRIA DO POSITIVISMO JURÍDICO¹⁷⁸ NA SUA CONSAGRAÇÃO:

Dando, então, continuidade ao desenvolvimento desta dissertação discutir-se-á um modelo jurídico de oposição ao *jusnaturalismo*, qual seja: o positivismo jurídico. Após demonstrar a remota origem da matéria (direitos humanos), e da sua identificação inicial com o *jusnaturalismo*, a construção da ideia de direitos fundamentais deu-se de forma definitiva a partir da perspectiva do positivismo jurídico.

Dentro desta perspectiva é necessário pontuar inicialmente fazer uma análise epistemológica acerca dos postulados centrais e as bases filosóficas do *positivismo jurídico*, para posteriormente enfrentar a sua relação com os direitos fundamentais, como se verá adiante.

2.2.1 As Bases Centrais do Positivismo Jurídico:

De início é preciso registrar que é mais adequado referir-se não a um *positivismo jurídico*, mas em verdade a *positivismos jurídico*. Isso se deve ao fato de não haver uma única teoria positivista, o que ocorreu foi uma sucessão de teorias positivistas¹⁷⁹.

¹⁷⁸ “(...) o termo *positivismo jurídico* nem sempre é empregado na acepção que lhe atribui o positivismo filosófico de COMTE, ou o neopositivismo do Círculo de Viena. Ele pode indicar, por exemplo, uma ênfase conferida ao Direito Positivo, ou seja, ao conjunto normativo vigente, em oposição aos princípios ideais do Direito Natural. Neste caso, ele engloba todas aquelas correntes que vêem na *norma jurídica* o fundamento principal senão exclusivo do Direito. Por outro lado, ele pode designar aquelas correntes de pensamento que enxergam no Direito antes de tudo um fato que se gera e se transforma dentro do espaço social e – o que é mais importante – que pode ser captado em sua realidade objetiva, ou seja, tal qual ele efetivamente é. Neste caso, a expressão *positivismo jurídico* traduz os princípios do positivismo filosófico”. (MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito: conceito, objeto, método**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.150.

¹⁷⁹ “Também o termo *positivismo jurídico* é equívoco. Neste sentido, fala-nos Erik Wolf, por exemplo, de um “positivismo prático-jurídico”, de um “sociológico-pragmático”, de um “teórico-filosófico”, de um “político” e de um “ateísta não-religioso”, correspondentes a diversos tipos de direito natural”. (FERRAZ JR., op. cit., 1980, p.32)

Dessa forma, será feita uma descrição dos principais aspectos que tangenciam essas teorias e, assim, sedimentam o que comumente o *sensu comum teórico*¹⁸⁰ denomina de forma simples como *positivismo jurídico*.

Era característica marcante da sociedade medieval o pluralismo, “posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispondo de um ordenamento jurídico próprio”¹⁸¹. Com o advento do Estado da modernidade, todavia, há a sedimentação de uma espécie de modelo monista de Estado, que concentra em si todos os poderes, especialmente o de “criar” o direito. É o que Norberto Bobbio¹⁸² denomina de: “*processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado*”.

Com esta nova “função” estatal de produzir o ordenamento jurídico, advém um novo papel para o juiz, na sua relação com o direito, marcando a transição do jusnaturalismo para o positivismo primitivo (exegético). Sobre esta transição assevera Norberto Bobbio que:

“Enquanto, de fato, num período primitivo, o estado se limitava a nomear o juiz que dirimia as controvérsias entre os particulares, buscando a norma a aplicar ao caso sob exame tanto nos costumes quanto em critérios de equidade, e a seguir, adicionando à função judiciária aquela coativa, providenciando a execução das decisões do juiz, com a formação do Estado moderno é subtraída ao juiz a faculdade de obter as normas a aplicar na resolução das controvérsias por normas sociais e se lhe impõe a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado, que se torna assim, o único criador do direito”¹⁸³.

Pode-se, então, identificar a gênese do *positivismo jurídico* no século XIX, tendo como primeira manifestação a denominada *Escola de Exegese*. A partir da união do direito civil francês promovida pelo *Código de Napoleão* (1.804), em

¹⁸⁰ Aparentemente contraditória a expressão “*sensu comum teórico*” é utilizada pelo Professor argentino Luiz Alberto Warat, em sua obra *Introdução Geral ao Direito I – Interpretação da Lei: Temas para uma reformulação* (1994). O neologismo da expressão foi fundamentado nos pensamentos de Durkheim, Bachelard, Althusser, Wittgenstein e Nietzsche (1994, p. 17). É na verdade um conceito operacional que serve para explicitar a dimensão ideológica das verdades. Referindo-se ao “*sensu comum teórico dos juristas*” afirma Warat (1994, p.15) que *é uma para-linguagem, alguma coisa que está além dos significados para estabelecer em forma velada a realidade jurídica dominante*. E complementa afirmando que *a expressão nasceu como uma necessidade de criticar o mito da ruptura (no fundo uma opinião epistêmica) denunciando a impossibilidade de eliminar o campo ideológico da verdade. Procura levantar algumas dúvidas apresentando como preconceito epistêmicos as suspeitas impostas à “doxa”* (1994, p.17/18). Ocorre quando o *sensu comum* intenta alcançar o *status* de discurso científico.

¹⁸¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p.27.

¹⁸² Idem. Ibidem. p.27.

¹⁸³ Idem. Ibidem. p.29.

processo até então singular de codificação, quando foi sedimentada a ideia central que a tarefa do jurista seria apenas a mera exegese do texto legal¹⁸⁴.

Um dos objetivos, em detrimento das incertezas do *jusnaturalismo*, era estabelecer uma Ciência do Direito “neutral”, que tinha como principais características ser avaliativa, estatal e legalista. Esta doutrina apregoava que a sentença judicial deve fundamentar-se exclusivamente no texto legal¹⁸⁵.

Este processo, todavia, deve ser compreendido dentro de sua razão sociológica, seguindo-se o receituário de uma teoria crítica, pois senão ganha um caráter de casualidade, quando em verdade fez ele parte de um projeto mais amplo.

Esse período é circundado pela ascensão da burguesia ao poder, desalojando do seu centro o grupo aristocrático-feudal que o dominava, até aquele momento, sempre com o importante e fundamental apoio do Clero, leia-se Igreja Católica Apostólica Romana. A base jurídica vigente e reinante era assentada no *direito natural*¹⁸⁶.

Neste momento as leis passaram a ser produzidas pela burguesia, supondo, a partir de teorias construídas para justificar o seu exercício do poder, que este agora era o *direito natural* agora identificado como o direito positivado na lei, assim estabelecendo, também, a sua base de dominação por intermédio do Direito, concentrando, portanto, “no legislativo exclusivamente, a competência para legislar, os teóricos da exegese viram-se impelidos a resumirem todo o direito na lei”¹⁸⁷.

Em complemento, é importante transcrever a análise de A. L. Machado Neto, ao afirmar que:

Uma razão de ordem histórico-sociológica que não será de desprezar é que o advento dessa concepção legalista coincide com a das repercussões sociais da Revolução Industrial. Entre tais repercussões destacam-se a racionalização da vida econômica e a aceleração da mudança social que então se processa. E é óbvio que a lei, para ambos os casos, é a fonte jurídica que se apresenta mais funcional. Nem o

¹⁸⁴ MACHADO NETO, op. cit., 1973, p.20.

¹⁸⁵ Idem. Ibidem, p.20.

¹⁸⁶ Idem. Ibidem, p.22.

¹⁸⁷ Idem. Ibidem, p.22/24.

costume nem a jurisprudência ou a doutrina poderiam competir com ela em racionalidade e prontidão¹⁸⁸.

Neste contexto, um dos objetivos centrais era a estabilização das relações, para assegurar os objetivos e interesses da burguesia capitalista, por intermédio do Direito, sob o argumento da *segurança jurídica*¹⁸⁹.

Duas características se sobressaem neste *positivismo jurídico* de origem, quais sejam: a) trata-se de um sistema fechado, decorrente, fundamentalmente da ausência de lacunas; b) a projeção de sistema como método, como instrumento metódico do pensamento jurídico, ideia esta que está implícita na primeira característica, fundado, essencialmente, no dogma da subsunção, como modo de operar o Direito¹⁹⁰.

Merece destaque, em conclusão sobre o surgimento histórico do *positivismo jurídico*, o impulso conferido para sedimentar a Ciência do Direito como produto da legislação, assim, a lei se torna, se não a única, a principal fonte do Direito, e seu resultado aperfeiçoa-se nos processos de codificação¹⁹¹.

O impulso para a legislação não é um fato limitado e contingente, mas um movimento histórico universal e irreversível, indissolavelmente ligado à formação do Estado moderno. Nem todos os países formularam a codificação (resultado último e conclusivo da legislação), mas em todos os países ocorreu a supremacia da lei sobre as demais fontes de direito.¹⁹²

Inobstante a delimitação do “marco” inicial do positivismo e suas características nucleares, como já foi asseverado, ele continuou o seu desenvolvimento, gerando como consequência uma série de teorias, que independente da nomenclatura utilizada, identifica-se com a base que se denominou de *positivismo jurídico*.

Em estudo específico sobre o tema, Norberto Bobbio identifica sete características fundamentais para o positivismo jurídico¹⁹³:

- 1) O modo de abordagem *positivista* considera *o direito como um fato e não como um valor*. O cientista do direito, então, deve analisar o seu

¹⁸⁸ Idem. Ibidem, p.24.

¹⁸⁹ FERRAZ JR., op. cit., p.32.

¹⁹⁰ Idem. Ibidem, p.33/34.

¹⁹¹ BOBBIO, 1995, op. cit., p.119.

¹⁹² Idem. Ibidem, p.120.

¹⁹³ Idem. Ibidem, p.131-134.

objeto como uma realidade natural, e, portanto, abstendo-se de realizar qualquer juízo de valor. Assim, a validade do direito funda-se exclusivamente em critérios que concernem à sua estrutura formal, prescindindo do seu conteúdo;

- 2) A definição do direito é construída a partir dos *elementos de coação*, e enreda os estudos a partir da dos meios de força necessários para coercitivamente impor as consequências decorrentes da normatividade jurídica¹⁹⁴;
- 3) Reestrutura o *positivismo* a teoria acerca das *fontes do direito*, afirmando a legislação como fonte preeminente do direito, elaborando, inclusive, um complexo teórico capaz de explicar a relação da lei com os costumes, o judiciário, etc.;
- 4) O passo seguinte foi a reestruturação da *teoria da norma jurídica*, considerando que a norma é um comando, e assim formulando a teoria imperativista do direito, segundo a qual, mesmo dividindo em subcategorias, este instituto jurídico é visto como um *imperativo*;
- 5) Como consequência, fez-se necessário reestruturar, também, a *teoria do ordenamento jurídico*, que passa a conceber não mais a estrutura da norma considerada isoladamente, mas como um conjunto: o das normas vigentes em um Estado. Sustenta, ainda, que o sistema jurídico é *coerente e completo*, combatendo as antinomias e lacunas, porventura existentes, no ordenamento jurídico;
- 6) Surge a questão *metodológica*, ou seja, o *problema da interpretação*, sustenta-se para o *positivismo jurídico* uma teoria mecanicista da interpretação, na qual o jurista faz prevalecer o elemento declarativo, em detrimento de métodos produtivos ou criativos. O intérprete deve apenas realizar a subsunção do fato à norma, sem juízo de valor, declarando qual é a regra aplicável ao caso sob análise, de forma mecânica;

¹⁹⁴ Saliente-se que o próprio Norberto Bobbio chama a atenção de que essa não é uma característica exclusiva do *positivismo jurídico*, pois o seu primeiro formulador teria sido o jusnaturalista alemão Christian Thomassius. BOBBIO, op. cit., 1995, p.132.

- 7) A última característica foi a que gerou a *teoria da obediência*, e como diz o próprio Norberto Bobbio, “sobre este ponto não se podem fazer generalizações fáceis”¹⁹⁵. Ela preconiza a necessária obediência absoluta aos comandos legais enquanto tais, sintetizada pelo aforismo: lei é lei. Deve-se ressaltar, contudo que este ponto está intimamente ligado à questões de cunho ideológico, e menos de ordem científica.

Conjugando essas características em conjunto, o *positivismo jurídico*, enquanto conjunto de teorias, afirma-se sob três aspectos: a) um modo de estudar e abordar o direito; b) uma teoria do direito; c) uma ideologia do direito¹⁹⁶.

Dentre todas as características destacadas é preciso aprofundar o aspecto do *positivismo jurídico* como abordagem avaliativa do direito. Neste particular, faz-se uma distinção entre o que seja *juízos de fato* e *juízos de valor*, e o Direito desconsidera a existência destes últimos, consolidando-se como uma ciência apenas daqueles, centrada na tomada de conhecimento da realidade, eximindo-se de tomar qual quer tipo de posição valorativa diante dos fatos, centrada exclusivamente numa visão objetivam pura da realidade¹⁹⁷.

Uma das marcas do positivismo jurídico é a descaracterização das demais ordens normativas que foram e que são produzidas tradicionalmente, silenciando as normas morais, religiosas e habituais que contêm fortemente conteúdos normativos próximos daqueles que o sistema jurídico trata com pretensa exclusividade¹⁹⁸.

Para os positivistas os únicos juízos capazes de serem racionalmente decididos com verdadeiros ou falsos são os que possuem conteúdo empírico. Os enunciados morais, por sua vez, não preenchem essa condição e não expressam, assim, proposições genuínas, passíveis de serem analisadas como verdadeiras ou falsas, vez que esses enunciados morais são subjetivos e relativos, além de serem representações emocionais de quem os formula¹⁹⁹.

A tarefa do jurista neste processo torna-se cada vez mais dogmática, pois se restringe à teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de

¹⁹⁵ Idem. Ibidem, p.133.

¹⁹⁶ Idem. Ibidem, p.134.

¹⁹⁷ Idem. Ibidem, p.135.

¹⁹⁸ PÊPE, op. cit., p.25.

¹⁹⁹ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.35.

uma unificação construtiva de juízos normativos exclusivamente e do esclarecimento de seus fundamentos, o que acaba por se resumir gradativamente ao estudo da lei positiva, reproduzido pela cultura jurídica estandardizada como Conhecimento Científico Dogmático do Direito ²⁰⁰, com todas aquelas características que já foram descritas.

Pretendem os positivistas, então, sustentar uma Ciência do Direito fundada metodologicamente na técnica, objetivada na legislação, supostamente segura e blindada contra o subjetivismo, ou seja, pronta para alcançar o sucesso que não foi galgado pelo *jusnaturalismo*, pois supriu as suas falhas. Mentira!

O *positivismo jurídico* padece do mesmo mal, ao se sustentar na técnica, incorrendo no mesmo vício metodológico, e no seu arcabouço teórico acaba permitindo que o intérprete do direito seja tão subjetivista quanto aquele que fundamentava suas decisões nos dogmas *jusnaturalistas*²⁰¹. Não há a superação da subjetividade da relação sujeito-objeto (intérprete-lei), que caracteriza a filosofia da consciência²⁰².

Resta claro que, então, que o distanciamento da moral, promovido pelas teorias positivistas foi um erro²⁰³, ou até melhor, completamente desnecessário e equivocado. Como, por exemplo, pensar em direitos fundamentais sem valorar, sem analisar a questão moralmente? A resposta parece difícil, ou até mesmo impossível, pois inevitavelmente ao tratar desta categoria jurídica será compelido o intérprete a fazer juízos morais.

²⁰⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.78/79.

²⁰¹ CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma teoria dialógica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.161.

²⁰² A filosofia da consciência representa a matriz filosófica que sustentou modelos como o idealismo e o realismo, e parte da cisão entre sujeito (cognoscente) x objeto (cognoscível), via de regra pela equação *adequatio rei et intellectus*, ou seja, o que se torna “verdade” é aquilo que “eu decido ser a verdade”, conforme minha consciência, para aprofundar sugere-se consultar as seguintes obras: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010 e HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

²⁰³ “Em face do problema da fundamentação do direito justo, o positivismo jurídico, em suas mais diversas manifestações, revela propostas limitadas e insatisfatórias. Isso porque a identificação entre direito positivo e direito justo e a excessiva formalização da validade normativa não propiciam uma compreensão mais adequada das íntimas relações entre direito, legitimidade e justiça.” (SOARES, op. cit., 2010a, p.50.)

Constitui, todavia, capítulo a parte no estudo do *positivismo jurídico* a teoria desenvolvida por Hans Kelsen, que será tratada em um tópico específico a seguir.

2.2.2 O (Neo)Positivismo Kelseniano:

O pensamento de Hans Kelsen representou um dos momentos mais luminosos da Ciência do Direito, inclusive é considerado por diversos estudiosos do Direito como o marco da sua cientificização, notadamente na sua busca por delimitar metodologicamente como “operar” o direito²⁰⁴.

Acerca do significado que a Ciência Jurídica assume na matriz kelseniana, posiciona-se Karl Larenz ao afirmar que:

A ciência do Direito, segundo KELSEN, não tem a ver com a conduta efetiva do homem, mas só com o prescrito juridicamente. Não é, pois, uma *ciência de factos*, como a sociologia, mas uma *ciência de normas*; o seu objecto não é o que é ou o que acontece, mas sim um complexo de normas. Só se garante o seu carácter científico quando se restringe rigorosamente à sua função e o seu método se conserva <<puro>> de toda a mescla de elementos estranhos à sua essência (...)²⁰⁵.

Com relação ao ato decisório, estarei o positivismo kelseniano ((neo)positivismo) que “o problema do direito não está no modo como os juízes decidem, mas, simplesmente, nas condições lógico-deônticas de validade das “normas jurídicas”²⁰⁶.

²⁰⁴ “Kelsen irá, no início do séc. XX, redefinir os moldes do positivismo normativista. Mas, ao contrário dos antecedentes primitivos, como a *Escola de Exegese* e a *Jurisprudência de Conceitos*, não buscará o “direito puro”, ou seja, o direito descoberto pela *razão*, e sim uma “ciência pura” que recorte a complexidade do fenômeno jurídico e opere dentro dos limites possíveis da lógica. No fundo, a condição política do direito que Kelsen denuncia sempre esteve presente, na medida em que nenhuma teoria moderna, seja ela antropológico-racionalista ou positivista, conseguiu “purificar” o fenômeno jurídico. Para Kelsen, essa purificação passa pela redução das pretensões da ciência do direito, o que implica a redução das suas funções, especialmente no momento da aplicação legislativa (elaboração de leis) ou judicial do direito. Neste aspecto, ele tem uma grande vantagem em relação a todas as formas de positivismo: o seu ceticismo o torna transparente. E é esse ceticismo realista que torna Kelsen um divisor de águas na teoria do direito, na medida em que, a partir daí, é possível fazer uma leitura retrospectiva das teorias modernas sobre o direito, constatar suas impropriedades e, ao mesmo tempo, concebê-lo como o principal referencial dialético para futuras discussões.” (CARNEIRO, op. cit., p.161)

²⁰⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa:Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 93.

²⁰⁶ STRECK, op. cit. cit., 2010, p.81.

De toda sorte, todos “positivistas” têm algo em comum: a discricionariedade do juiz! Esta no pensamento kelseniano resta evidenciada como ato de vontade do juiz, considerado por ele como “intérprete autêntico”, muito bem caracterizada na seguinte passagem:

“(…) na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”.²⁰⁷

A interpretação denominada de “autêntica”, realizada pelo juiz ao praticar o ato decisório, portanto, é um “ato criador”, diferenciado, assim, do denominado “ato de conhecimento”, justamente pelo fato deste não possuir efeito criador²⁰⁸.

O magistrado ao aplicar o direito²⁰⁹ atua dentro de uma “moldura” proporcionada pelo direito, que como “limites”, todavia, proporciona diversas alternativas ao intérprete (“autêntico”), concluindo Kelsen, assim, que: “a interpretação de uma não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que (...) têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito”²¹⁰.

Inobstante o que foi discutido acerca do positivismo, e da matriz kelseniana, deve-se fazer uma ressalva, pois mais do que estabelecer o ato decisório como um ato de vontade, Hans Kelsen previu que isto iria acontecer, é uma espécie de antecipação do erro que os juristas iriam incorrer, ou incorreram, na “modernidade jurídica”.

Muitas injustiças têm sido cometidos com o pensamento do mestre de Viena, entre elas acusá-lo de incoerente, o que particularmente entende-se como pecha não aplicável a ele, pois preocupou-se em advertir sobre a “armadilha” que o ato decisório poderia apresentar no contexto de uma teoria do direito, pois percebe-se claramente “o que preocupa em última instância, KELSEN: impedir

²⁰⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.394.

²⁰⁸ Idem. Ibidem. p.395.

²⁰⁹ Deve-se ressaltar que para o paradigma positivista há uma cisão entre interpretação e aplicação, modelo que se defenderá mais adiante nesta pesquisa como superado, mas que não deve causar estranheza ao leitor, quando referido a postura do intérprete positivista.

²¹⁰ KELSEN, ob.cit., 1998, p.390-391.

que se abuse da ciência do Direito, utilizando-a como capa de opiniões puramente pessoais e de tendências ideológicas”²¹¹.

Mais uma vez, por cautela, adverte-se o leitor que não se pretende fazer uma análise reducionista do positivismo, nem esgotar tema tão profundo, apenas posicionar o leitor acerca de temática relevante.

Assim, propõe-se uma rápida imersão nas matrizes filosóficas que influenciaram o positivismo, mais especificamente a matriz kelseniana ((neo)positivismo), dada sua importância na (re)formatação da teoria do direito, a partir do pensamento apresentado na *Teoria Pura do Direito*.

Sobre a identidade que caracteriza e diferencia a teoria pura do direito, podendo ser apontada simultaneamente como virtude e defeito, merece destaque o fato dela ser “uma metodologia do direito, cujo inequívoco formalismo reflete importante teorização filosófica quanto às condições de validade do processo de conhecimento”²¹².

A partir desta perspectiva, desenvolve Marília Muricy²¹³, acerca da matriz filosófica kelseniana, que:

(...) motivado pela preocupação em assegurar a autonomia da ciência do direito em frente ao que considera invasivas interferências de outras ciências sociais; preocupado, por outro lado, em eliminar o risco ideológico do jusnaturalismo que ameaçava o rigor científico de prática do jurista, Kelsen vai buscar na matriz kantiana da “razão pura”, eficiente cobertura epistêmica para seus propósitos. Sua filiação ao pensamento do “filósofo das três críticas”, não obstante o desprezo com que trata pressupostos e consequências da “razão prática”, é, a nosso ver, inquestionável, nela encontrando fundamento a separação intransponível entre *ser* e *dever ser* (...).

Assim, sobre a assimilação da matriz kantiana por Hans Kelsen, assevera Luis Alberto Warat²¹⁴, que “o idealismo crítico de Kant converte-se em idealismo lógico, a realidade jurídica torna-se conceito, e o Direito se configura como um sistema deôntico de conceitos intelectivos puros, para cujo conhecimento se exclui todo elemento perceptivo e racional”.

²¹¹ LARENZ, op. cit., 1997, p. 107.

²¹² MURICY, Marília. **Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico.** in BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigues (orgs.). **Hermenêutica Plural.** São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 107.

²¹³ Idem. Ibidem. p. 107-108.

²¹⁴ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito: A epistemologia jurídica da modernidade.** v. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 138.

Outro ponto central a ser abordado neste tópico, reflexo da influência kantiana sobre o positivismo kelseniano, é a distinção entre razão teórica e razão prática. Antes, porém, consigne-se que esta divisão remonta ao pensamento aristotélico, quando este “delimitou uma filosofia teórica (que pergunta pela verdade ou pela falsidade) e uma filosofia prática (que pergunta pelo certo e pelo errado)”²¹⁵.

O que aproxima as concepções aristotélica e kantiana acerca desta divisão é que “em ambos há uma barreira que separa a filosofia teórica da prática e nenhum deles conseguiu explicar como a filosofia teórica pode determinar a filosofia prática ou vice-versa”²¹⁶. Deve-se ressaltar, todavia que a partir do pensamento de Kant agrega-se a essa cisão a questão da subjetividade.

Esta subjetividade emanada da cisão razão prática/razão teórica afeta em cheio o positivismo, e demonstra a influência kantiana sobre o pensamento de Kelsen, ao adotar a razão teórica “pura” como padrão da Ciência Jurídica, negando, portanto a razão prática, analisada a questão por Lenio Streck nos seguintes termos:

(...) as teorias positivistas do direito recusaram-se a fundar suas epistemologias em uma racionalidade que desse conta do agir propriamente dito (escolhas, justificações, etc.). Como alternativa, estabeleceram um princípio fundado em uma razão teórica pura: o direito, a partir de então, deveria ser visto como um objeto que seria analisado segundo critérios emanados de uma lógica formal rígida. E esse “objeto” seria produto do próprio sujeito do conhecimento.²¹⁷

O efeito disso é a afirmação da decisão, para Kelsen, como questão afeta a “razão prática”, como ato de vontade capaz de criar normas através da atribuição de valores²¹⁸, ratificando sua “negação da razão prática kantiana, para ele uma impossibilidade lógica, dada a intransponível irreduzibilidade do dualismo

²¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas.** in. STRECK, Lenio e STEIN, Ernildo (orgs.). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 154.

²¹⁶ Idem. Ibidem. p.154.

²¹⁷ STRECK, op. cit., 2011, p.155.

²¹⁸ “A Teoria Pura do Direito, no entanto, não nega lugar aos valores como integrantes da experiência jurídica e reconhece sua presença na prática profissional dos juristas. Isso porque a moldura da norma superior combina vinculação e indeterminabilidade do conteúdo da norma inferior, pelo que o processo criativo do direito abarca, dentro de si, a imperiosa necessidade de interpretação.” (SOARES, op. cit., 2010a, p. 47.)

entre ser e dever ser, que torna autocontraditória qualquer tentativa de associar racionalidade e justiça”²¹⁹.

Um dos grandes desafios para o Direito, nesta senda, é como interpretá-lo sem ser discricionário/arbitrário, evitando, portanto, a subjetividade. Este é um desafio posto para qualquer formulação teórica que se proponha superar o *positivismo jurídico*.

Este é exatamente o embate deste trabalho, superar a influência positivista sobre os direitos fundamentais, tentando encontrar um modelo que suplante o subjetivismo do *positivismo jurídico* (que já existia também no *jusnaturalismo*), que prejuízo vem gerando na efetivação e concretização desta categoria jurídica. Antes, porém, é necessário analisar a relação entre o *positivismo jurídico* e os direitos fundamentais.

2.2.3 A Relação Entre Direitos Fundamentais e o Positivismo Jurídico

O traço distintivo, historicamente adotado, para diferenciar *direitos fundamentais* dos *direitos humanos*, consoante, inclusive, já restou consignado nesta pesquisa, é justamente a positivação daqueles em textos constitucionais, em detrimento da previsibilidade destes em textos de acordos ou tratados internacionais. Há, assim, para os *direitos fundamentais* uma relação extremamente próxima, para não dizer até mesmo “umbilical” com o *positivismo jurídico*, que precisa ser examinada com maior cuidado.

As incertezas e a insegurança que antecederam o século XIX, notadamente na garantia de *direitos humanos*, mesmo que reconhecidos como *fundamentais*, gerada pela própria estrutura dos *direitos naturais*²²⁰, coordenado simultaneamente ao próprio florescimento do modelo *positivista*, todavia, requer

²¹⁹ MURICY, op. cit., p.118.

²²⁰ “*Direitos naturais* diziam-se por se entender que se tratava de direitos inerentes à natureza do homem; *direitos inatos* que cabem ao homem só pelo fato de ser homem. (...) Sua *historicidade* repele, por outro lado, a tese de que nascem pura e simplesmente da vontade do Estado para situá-los no terreno político da soberania popular, que lhes confere o sentido apropriado na dialética do processo produtivo”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.176.)

do Direito uma nova “estrutura” para o acoplamento dos *direitos humanos* ao sistema jurídico.

Sobre essa questão posiciona-se o constitucionalista lusitano J. J. Gomes Canotilho, nos seguintes termos:

A **positivação** de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais²²¹.

Os *direitos fundamentais*, então, o são enquanto, e na medida que, estejam previstos em um rol inserido no texto constitucional de determinado Estado, pois somente assim podem, agora, gerar consequências jurídicas. Este momento reifica a “nova” nomenclatura, agora, inclusive, alçada á categoria de conceito jurídico: *direitos fundamentais*²²².

Deve restar claro, porém, que esta não é uma mera discussão etimológica, conceitual ou teórica, pois significa, *prima facie*, a adoção de um “novo” modelo ideológico, qual seja: o burguês liberal²²³.

Vinculando os direitos fundamentais propriamente ditos a uma concepção do Estado de Direito liberal, sem levar em conta a possibilidade de fazer-se, como se fez, desses direitos primeiro uma abstração e, a seguir, uma concretização, independente da modalidade de Estado e ideologia, em ordem a torna-los compatíveis com o sentido de sua universalidade (...)²²⁴.

Deve-se notar que ao apregoar a independência ideológica o modelo positivista já determina a sua própria *ideologia*, que se adequa integralmente ao modelo liberal burguês. Importante registrar que este processo não é aleatório,

²²¹ CANOTILHO, op. cit., p.377.

²²² “*Direitos fundamentais do homem* constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.” (SILVA, op. cit., p.178)

²²³ “Do ponto de vista institucional, O Estado liberal e (posteriormente) democrático, que se instaurou progressivamente ao longo de todo o século passado, foi caracterizado por um processo de acolhimento e regulamentação das várias exigências provenientes da burguesia em ascensão, no sentido de conter e delimitar o poder tradicional. (...) A constitucionalização dos remédios contra o abuso do poder ocorreu através de dois institutos típicos: o da separação dos poderes e o da subordinação de todo poder estatal (e, no limite, também do poder dos próprios órgãos legislativos) ao direito (o chamado “constitucionalismo”).” (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.147/148)

²²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.585.

mas foi engendrado de forma articulada e meticulosa para cumprir os seus fins precípuos²²⁵.

Inobstante o fundamento político e ideológico que impôs a positivação dos *direitos fundamentais/direitos humanos* em textos constitucionais, notadamente a partir do constitucionalismo liberal burguês, existem análises especificamente jurídicas sobre como restou configurado o sistema jurídico, ou seja, qual a consequência normativa deste processo.

Ao ser consagrada como uma teoria do direito positivo, de um determinado sistema jurídico, uma teoria dos direitos fundamentais é, também, uma teoria dogmática²²⁶. Aponta Robert Alexy, neste diapasão de uma análise dogmática, que é possível distinguir três dimensões a serem consideradas: uma analítica, uma empírica e uma normativa²²⁷.

A dimensão analítica refere-se à dissecação sistemático-conceitual do direito vigente, desde os conceitos elementares, passando pelas construções propriamente jurídicas, até o exame das próprias estruturas do sistema jurídico²²⁸.

A dimensão empírica, por sua vez, deve ser compreendida a partir de dois espectros: 1) em relação à cognição do direito positivo válido; 2) em relação à aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica. Merece registro, o fato da “dimensão empírica não se esgotar na descrição do direito nas leis, pois inclui também a descrição e prognóstico da práxis jurisprudencial”²²⁹.

O próprio Robert Alexy consigna que “a caracterização da segunda dimensão como “empírica” não significa que a cognição do direito positivo válido se esgote com a cognição de fatos observáveis ou que a estes possa ser reduzida”²³⁰.

²²⁵ “(...) a democracia moderna, reinventada quase ao mesmo tempo na América do Norte e na França, foi a fórmula política encontrada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais estamentos do *ancien régime* – o clero e a nobreza – e tornar o governo responsável perante a classe burguesa. (...) As instituições da democracia liberal – limitação vertical de poderes, com os direitos individuais, e limitação horizontal, com a separação das funções legislativa, executiva e judiciária – adaptaram-se perfeitamente ao espírito de origem do movimento democrático.” (COMPARATO, op. cit., 2004, p.50/51)

²²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.32.

²²⁷ Idem. Ibidem, p.33.

²²⁸ Idem. Ibidem, p.33/34.

²²⁹ Idem. Ibidem, p.34.

²³⁰ Idem. Ibidem, p.35.

Por último, a dimensão normativa refere-se à elucidação e à crítica da práxis jurídica, sobretudo da práxis jurisprudencial. O ponto central nessa dimensão é “a partir do direito positivo válido, determinar qual a decisão correta em um caso concreto”²³¹.

A dogmática jurídica é, em grande medida, uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado. Isso faz com que a dogmática jurídica seja confrontada com o problema da possibilidade de fundamentação racional dos juízos de valor.²³²

Transparece no discurso de Robert Alexy um problema que o *positivismo jurídico* não está, *a priori*, pronto para enfrentar, no momento que se faz referência a *juízos de valor*, por negá-los como categoria jurídica, consoante se discutiu no tópico anterior desta dissertação.

Começa, assim, a transparecer motivos para assegurar a ineficácia do *positivismo jurídico*. Do ponto de vista ideológico a necessidade transcender o modelo liberal burguês, ou minimamente enfrentá-lo. Do ponto de vista dogmático, pelo fato de, imprescindivelmente, ter que lidar com categorias e institutos que o *positivismo* nega, como o de *juízos de valor*²³³. E, o maior de todos, a necessária reaproximação entre o direito e a moral²³⁴, principalmente para compreender os núcleos de valores inscritos nas constituições no segundo pós-guerra.

Diante desta “falência múltipla” do *positivismo jurídico* como modelo teórico a fundamentar e efetivar os *direitos fundamentais*, torna-se imperioso a

²³¹ Idem. Ibidem, p.36.

²³² Idem. Ibidem, p. 36.

²³³ “(...) noções meramente normativas do texto constitucional não dão conta de sua natureza eminentemente política e fenomenológica. Em outras palavras, o saber dogmático que identifica a Constituição como norma fundamental não reconhece o fundamento de validade objetiva de uma ordem jurídica, em qualquer uma das muitas normas de justiça. Consequentemente, a validade objetiva não surge da correspondência à norma de justiça, mas da conformidade, em última instância, á norma hipotética e fundamental da ordem jurídica.” (LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.125)

²³⁴ “Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular. Sob o prisma histórico, a primazia jurídica do valor da dignidade humana é resposta à profunda crise sofrida pelo positivismo jurídico, associada á derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha.” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.80)

busca de alternativas, de outros modelos que consigam enfrentar os problemas apontados, notadamente promovendo a (re)avaliação do direito, com o seu reencontro com a moral, porém sem violar o modelo ideológico vigente na contemporaneidade.

CAPÍTULO 3 – EM BUSCA DA “FUNDAMENTALIDADE”: A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO

Neste terceiro capítulo a procura pela sedimentação do que são os direitos fundamentais se concentrará na superação do positivismo, e no questionamento de quais as condições de sua superação, bem como se existem teorias pós-positivista(s), especificamente considerando o neoconstitucionalismo, como uma manifestação afeta a tal paradigma, capazes de concluir essa tarefa.

Para cumprir essa tarefa será questionado, ainda, como elemento central desta pesquisa, acerca de como é possível identificar a “fundamentalidade” que caracteriza essa categoria de direito. Isso será feito a partir de uma perspectiva pós-positivista (?), considerando os direitos fundamentais enquanto categoria moral, para constatar a insuficiência do Direito na “produção e sedimentação” de direitos fundamentais.

3.1 A SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO: PÓS-POSITIVISMO?

A inadequação do modelo positivista para propiciar a necessária efetividade dos direitos fundamentais²³⁵, por si só, é motivo suficiente para declarar a emergência de um novo modelo paradigmático capaz de romper com a sua estrutura e cumprir um papel concretizador para o Direito.

Por motivos didáticos, todavia, ao invés de adentrar diretamente na discussão deste modelo de superação do positivismo, será realizada uma análise da crise do *positivismo jurídico*, para, então, passar ao estudo do denominado *pós-positivismo*, e o impacto deste na formatação das teorias

²³⁵ Inobstante se considere o positivismo jurídico ineficaz para todo o Direito, ante a sua incapacidade de concluir a conclusão do projeto inacabado da modernidade, vez que apenas proporcionou a efetivação do pilar da *regulação*, todavia nunca proporcionou a prometida *emancipação do ser-humano*.

neoconstitucionalistas. Finaliza este tópico o estudo da importância dos princípios para o Direito, correlacionado a este processo de “transição”.

3.1.1 A Crise do Positivismo Jurídico

O advento de uma crise significa que algo, até mesmo um modelo que tenha sido adotado, não está mais funcionando, ou seja, não atinge mais o fim para o qual foi colimado. A existência de uma crise, porém, dentro das ciências não deve ser visto de maneira demeritória, pois significa que naquele campo científico continua existindo reflexividade acerca dos dogmas e princípios que a compõe.

Somente com a contínua reflexão, principalmente acerca das bases epistemológicas de um saber, é que se poderá identificar a existência de uma crise, e a conclusão que há demanda por um novo modelo.

A questão aqui, todavia, resume-se ao seguinte questionamento: o que deflagra a crise do *positivismo jurídico* no Direito?

Embora já se tenha apontado, nas entrelinhas, no tópico anterior, ao discutir o *positivismo jurídico*, os motivos que irão deflagrar a sua crise, faz-se mister enumerar aqueles dois pontos principais que interferirão no objeto desta pesquisa, quais sejam: a) o distanciamento entre o direito e a moral; b) a arbitrariedade/discrecionalidade do intérprete. Veja-se cada uma isoladamente.

Em primeiro lugar, como já foi asseverado anteriormente, o direito no *positivismo jurídico* distanciou-se da moral, a pergunta é: o que significa isso? Lenio Streck, sobre a questão, faz a seguinte observação:

(...) as teorias do direito positivistas haviam recusado fundar suas epistemologias numa racionalidade que desse conta do agir propriamente dito. Como alternativa, estabeleceram um princípio fundado em uma razão teórica pura: o direito deveria, a partir de então, ser visto como um objeto que seria analisado segundo critérios emanados de uma lógica formal rígida (...) operou-se uma cisão entre validade e legitimidade, sendo que as questões de validade seriam resolvidas através de uma análise lógico-semântica dos enunciados jurídicos, ao passo que os problemas de legitimidade – que incluem uma problemática moral – deveriam ficar sob os cuidados de uma teoria política que poucos resultados poderiam produzir, visto que esbarravam no problema do pluralismo de ideias

presente num contexto democrático, o que levava inexoravelmente a um relativismo filosófico²³⁶.

Esta cisão afetou a relação entre validade e legitimidade, pois com o *positivismo jurídico* a busca era da primeira, em detrimento da segunda, estabelecendo uma relação rígida direito-validade e moral-legitimidade, entendida esta última como uma relação tipicamente política. Donde, pode-se concluir que: a cisão entre direito e moral, aludida como característica do *positivismo jurídico*, irá promover um apartamento entre o direito e a política.

A consequência deste processo é a busca jurídica incessante pela validade das decisões, independentes delas serem legítimas ou não, sob a perspectiva política. Há dessa forma, um ataque frontal à legitimação do Estado Democrático de Direito, vez que a validação jurídica passa dispensar a participação política legítima, ou seja, democrática.

Esse modelo, por sua vez, influencia a adoção do cânone celebrado pela filosofia da consciência, qual seja a relação sujeito (cognoscente) e objeto (cognoscível) na interpretação/aplicação²³⁷ do direito, a partir de um modelo jurídico puro, que não “sofre”, portanto, influência da política.

O resultado dessa operação é o destaque do papel do intérprete/juiz como agente que declara qual texto legal se aplica, valorizando, indevidamente, registre-se, o seu subjetivismo, abrindo, portanto, espaço para um aumento do campo de discricionariedade/arbitrariedade no ato de julgar, desconectada da busca de uma decisão legítima, pois sob a perspectiva semântica basta que ela seja válida.

Coloca-se o segundo problema: o subjetivismo do intérprete/aplicador do direito como causa da discricionariedade/arbitrariedade das decisões, a partir do modelo positivista.

²³⁶ STRECK, 2009, op. cit., p.5.

²³⁷ A posição adotada neste trabalho é que não existe divisão entre interpretação e aplicação do direito, vez que a intenção do intérprete “não é apenas conhecer, mas conhecer tendo em vista as condições de decidibilidade de conflitos com base na norma enquanto diretivo de comportamento” (FERRAZ JR., 2007, op. cit., p.256). Assim, “a interpretação do direito envolve não apenas a declaração do sentido veiculado pelo texto normativo, mas a constituição da norma, a partir do texto e dos fatos” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003a, p.62). O direito, então, sempre é interpretado para aplicar a fatos da vida em sociedade, tornando impossível cindir interpretação de aplicação, como fez o positivismo jurídico, na reificação do modelo sujeito-objeto.

Não é objetivo deste trabalho, até porque estaria cometendo enorme impropriedade teórica, e até mesmo grande injustiça, acusar o pensamento entabulado por Hans Kelsen, em sua matriz positivista ((neo)positivista), como o único responsável (se é que isso é possível, identificar um único responsável) pela discricionariedade dos julgadores nos atos decisórios.

Deve-se destacar, todavia, dentre as heranças do pensamento kantiano sobre o de Hans Kelsen, que influenciam na compreensão da concepção deste acerca do ato decisório, está o fato daquele, em sua teoria crítica, promover a “cola do transcendental no sujeito, e, nesse momento, ele passa a ser o lugar último e fundamento da verdade”²³⁸.

Dentre as heranças do pensamento kantiano que tiveram influência sobre o de Hans Kelsen, e que influenciam na compreensão da concepção deste acerca da interpretação, destaca-se o fato daquele, em sua teoria crítica, promover a “cola do transcendental no sujeito, e, nesse momento, ele passa a ser o lugar último e fundamento da verdade”²³⁹.

Em análise sobre a questão da discricionariedade (neo)positivista, Lenio Streck afirma o seguinte:

Fica claro que a histórica aposta na discricionariedade, com origem bem definida em Kelsen e Hart, tinha o objetivo, ao mesmo tempo, de “resolver” um problema considerado insolúvel, representado pela razão prática “eivada de solipcismo” (afinal, o sujeito da modernidade sempre se apresentou *conscinete-de-si-e-de-sua-certeza-pensante*), e de reafirmar o modelo de regras do positivismo, no interior do qual os princípios (gerais do direito) – equiparados a “valores” – *mostravam-se como instrumentos para a confirmação desse “fechamento”*.²⁴⁰

“A essência da decisão discricionária reside na liberdade quanto a vinculação jurídica, e como tal seria justamente o contrário, lógico e metodológico, da decisão jurídica, da <<aplicação do direito>>”²⁴¹. De sorte, que a discricionariedade consiste no ato que se dissocia do direito em sua aplicação, quando o julgador faz-se valer de sua “consciência”, como se a verdade estivesse inserida apenas em seu universo, subjetivamente, capaz de construir, assim, o “verdadeiro direito”.

²³⁸ STRECK, op. cit., 2010, p. 18.

²³⁹ STRECK, op. cit., 2010, p.34.

²⁴⁰ Idem. Ibidem, p.89.

²⁴¹ CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros – volume 1º**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.532.

O juiz coloca-se como alguém que apenas contempla o problema, como se este não fizesse parte de sua realidade, na clássica cisão sujeito/objeto²⁴², típica da filosofia da consciência, e, portanto, a fundamentar a discricionariedade do ato decisório. Acerca deste problema é precisa a análise de Carlos Cossio, ao afirmar que:

(...) la creación judicial de la sentencia por parte del juez hace ver con evidencia que este no es un ente extraño y separado del Derecho, que estuviera fuera del Derecho mirándolo e conociéndolo desde cierta distancia, cual si el Derecho fuera una cosa conclusa y fija que pudiera tomar a voluntad para aplicar cuando llegare el caso, como quien asienta el sello sobre el lacre²⁴³.

Ao se colocar “distante” do problema o juiz, sob uma perspectiva (neo)positivista, enquanto sujeito que apenas observa o objeto, assenhora-se deste para lhe “conferir” significado, propiciando-lhe criar o seu próprio objeto de “conhecimento”.

Esta “postura” positivista, todavia, é passível a severas críticas, como a formulada por Lenio Streck, ao considerar que:

(...) há um ponto que marca definitivamente o equívoco cometido por todo o positivismo *ao apostar em certo arbítrio* (eufemisticamente epitetado como “discricionariedade”) do julgador no momento de determinar sua decisão: sendo o ato jurisdicional um *ato de vontade*, ele representa uma *manifestação da razão prática*, ficando fora das possibilidades de conhecimento teórico. Isso ainda não foi devidamente entendido pela(s) teoria(s) do direito²⁴⁴.

Era necessário formular uma “resposta”, uma “contestação”, a este “standard” teórico, característico do(s) positivismo(s). Não foram poucas estas teorias, como já enunciado, todavia a formatação de um conjunto de proposições teóricas, consignadas em torno da necessária reaproximação entre a moral e o direito e contra a discricionariedade/arbitrariedade da decisão jurídica, denominada(s) de pós-positivismo chama a atenção.

²⁴² “É justamente dessa relação que se originam os dois pontos de vista centrais da filosofia, realismo e idealismo, assim como suas modalidades e mediações. (...) justamente o problema da relação sujeito-objeto com todas as suas variantes é o indício de que não se foi além do velho ponto de partida da Antiguidade e de que ainda não se tocou o problema central. Esse problema só pode ser formulado depois que se tiver compreendido que a questão da relação sujeito-objeto e, com maior razão, toda “teoria do conhecimento” repousam sobre o problema da verdade e não – como reza a opinião usual – o inverso”. (HEIDEGGER, op.cit., 2009, p.65)

²⁴³ COSSIO, Carlos. **La Teoria Egologica Del Derecho y el Concepto Juridico de Libertad**. 2ª ed. Buenos Ayres: Abeledo-Perrot, 1964, p. 115.

²⁴⁴ STRECK, op. cit., 2009, p.420.

3.1.2 Existe um Pós-Positivismo Jurídico?

É necessário, inicialmente, apontar que não existe uma teoria pós-positivista, é mais adequado falar em “pós-positivismos”, pois há uma pluralidade de teorias que encampam hoje a referida nomenclatura²⁴⁵.

Em essência buscam o mesmo objetivo: a superação do positivismo. Isto significa, a busca pela reaproximação entre o Direito e a Moral, e o combate à discricionariedade das decisões, entre outros objetivos que por não coadunarem, com a temática desta pesquisa não serão abordados.

De forma geral, as teorias positivistas, entre os seus traços comuns, promoveram o distanciamento entre Direito e Moral, consignando no seu apogeu a “pureza” do conhecimento jurídico, e proporcionando, portanto, este distanciamento, que se quer recuperar com as propostas denominadas pós-positivistas, mas que efetivamente não chega a cancelar uma superação paradigmática, sequer possuindo uma identidade, vez que a expressão utilizada é totalmente ambígua, em suma, aquilo que vem após o positivismo.

Inicialmente é importante registrar nessa reconciliação a necessidade de um estado de vigilância epistemológica para evitar um retorno ao modelo *jusnaturalista*, como adverte Andrés García Inda, ao asseverar que:

Esa <<reconciliación>> con el mundo jurídico no implica que haya que hacer del derecho, nuevamente, el sagrado *totem*, el dios posible de una sociedad secularizada, ni que sea garantía de cambio o transformación. De hecho, en muchos casos, em ese retorno el discurso jurídico ha acabado por convertirse en la *ancilla* de la nueva teología del milenio: la Economía. Y em otros, no está exenta de matices²⁴⁶.

Inobstante essa advertência é quase unanimidade entre os estudiosos do tema essa reconciliação necessária, vez que há uma relação intrínseca entre ambos,

²⁴⁵ “(...) com a crise do positivismo jurídico, abriu-se espaço para a emergência de um conjunto amplo e difuso de reflexões acerca da função e interpretação do direito, reintroduzindo, na esteira da pós-modernidade, as noções de justiça e legitimidade para a compreensão axiológica e teleológica do sistema jurídico. Buscou-se, então, conceber a ordem jurídica como um sistema plural, dinâmico e aberto aos fatos e valores sociais, erguendo-se um novo paradigma, denominado, por muitos estudiosos, pós-positivismo jurídico.” (SOARES, op. cit., 2010a, p.74)

²⁴⁶ INDA, Andrés García. **Cinco apuntes sobre Derecho y Postmodernidad**. Disponível em DOXA:http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_10.pdf?portal=4. Acesso em 20 de março de 2012.

que pode ser solucionada, dentro do “raciocínio jurídico” com a inserção de princípios morais na ordem jurídica. Isso demandará, por óbvio, uma reestruturação da teoria das normas jurídicas²⁴⁷.

Por uma questão de honestidade, deve-se consignar que o positivismo não descarta integralmente essa relação, todavia entende-a como contingente (v.g. o (neo)positivismo de Hebert Hart). No pós-positivismo essa será uma relação necessária, portanto, fundamental para caracterização do Direito.

Assim, torna-se imprescindível a readequação da teoria da norma, para além da ideia de regras de conduta para assimilar a denominadas *normas principiológicas*²⁴⁸, como “mecanismo” de reintegração entre o Direito e a Moral.

Outro problema envolvendo a questão diz respeito aos conceitos jurídicos, dotados, em regra, no *positivismo jurídico*, de abstratividade e vagueza, pela sua própria estrutura, demandando, então, uma delimitação da concepção moral e política que limite os seus critérios de uso²⁴⁹.

Por supuesto que no cualquier concepción puede defenderse, debe defenderse una que pueda persuadir a los demás, que concuerde con las instituciones y que tenga una justificación poderosa. Las concepciones son constructivas en el sentido que tratan de ofrecer criterios que justifiquen el uso de conceptos contestados y además concuerden con los casos paradigmáticos que suponen acuerdos. Pero esas teorías constructivas pueden poner también em cuestión casos que hasta esse momento no eran controvertidos²⁵⁰.

Esses “problemas” apontados pelo pós-positivismo como de necessária solução para promover a reaproximação entre Direito e Moral, vem acompanhado de outros, entendidos também como centrais, como por exemplo, a emergência de uma reestruturação da teoria das fontes jurídicas, para atender esses reclamos. A esse respeito afirma Lenio Streck que:

O pós-positivismo aceita que as fontes do direito não oferecem respostas a muitos problemas e que se necessita conhecimento para resolver estes casos. Alguns são céticos sobre a possibilidade do conhecimento prático, porém, em linhas gerais, é possível afirmar que existe um esforço pela busca

²⁴⁷ CALSAMIGLIA, Albert. **Postpositivismo**. Disponível em DOXA: http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/23582844322570740087891/cuaderno21/voll/Doxa21_12.pdf?portal=4. Acesso em 20 de março de 2012.

²⁴⁸ Haverá um tópico específico para tratar dos princípios nas teorias pós-positivistas.

²⁴⁹ CALSAMIGLIA, op.cit.

²⁵⁰ Idem. Ibidem.

de instrumentos adequados para resolver estes problemas (Dworkin e Soper são bons exemplos disso)²⁵¹.

Em suma, a primeira questão colocada para enfrentamento demanda uma reestruturação da Teoria do Direito, perpassando necessariamente pela reformulação da teoria das normas e das fontes, permitindo o acoplamento moral ao universo jurídico. Sem deixar de observar que a delimitação valorativa (moral) do direito irá impactar em uma redefinição dos conceitos jurídicos, de maneira geral, a partir desta opção axiológica.

O segundo problema a ser enfrentado, diz respeito à discricionariedade decisória fomentada pelas teorias positivistas do direito. Vale mais uma vez registro, que a discricionariedade, “que é um passo para a arbitrariedade (...) é exatamente o produto daquilo que proporcionou a sua institucionalização: o positivismo jurídico e suas diversas facetas, que sempre abstraíram a situação concreta no ato de aplicação”²⁵².

Identifica-se, portanto, *prima facie*, que o modelo hermenêutico positivista, focado eminentemente na identificação de sentido da norma (leia-se lei), para então supor (ato subjetivo de adivinhação) se ela é ou não aplicável ao caso concreto, não atende às necessidades hodiernas, sendo o direito positivista, portanto, *contrafático*. O pós-positivismo, por sua vez, demonstra que, em verdade, o principal é o caso concreto que demanda uma solução jurídica, invertendo a ordem reificada pelo positivismo jurídico, mostrando uma nova realidade, agora *contratextual*.

Essa nova forma de interpretar o direito rompe com a ideia de considerar o universo jurídico como um *sistema*, que pressupõe uma harmonia e equilíbrio no processo de produção e organização do direito, representado pela figura da *unidade*. Esse “sistema”, como é de conhecimento de todos aqueles que se propõe a estudá-lo, é repleto de lacunas e desarmonioso, jamais podendo ser feita uma *reductio ad unum*²⁵³.

Dessa forma, com a superação do pensamento sistemático, típica do *positivismo jurídico*, modifica-se a lógica da interpretação do direito, agora invertida,

²⁵¹ STRECK, op. cit, 2009, p.7.

²⁵² Idem. Ibidem, p.13.

²⁵³ GALUPPO, Marcelo Campos. **A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo.** In *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – nº 3 – Crítica à Dogmática: Dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais*. Porto Alegre: IHJ, 2005, p.202.

“fazendo partir a solução do caso concreto em direção a normas adequadas a serem aplicadas”²⁵⁴.

Essa última assertiva merece, por sua vez, uma determinada cautela, pois este mesmo argumento pode apontar para as teorias argumentativas como passíveis de se apresentarem como pseudo-solução “hermenêutica” para a questão. A base da discussão desta pesquisa transita na hermenêutica filosófica, incompatível com as teorias da argumentação, consoante será tratado no segundo capítulo. Fica, por enquanto, apenas a advertência.

De volta à questão central, torna-se imperioso descobrir qual o modelo hermenêutico adequado para a inversão do modelo positivista, consoante foi preconizado acima, para, a partir dos casos concretos, ser capaz de desvelar o direito aplicável para solucionar a contenda que provocou a manifestação das instâncias judiciárias.

Ora, a decisão não se dá a partir de uma escolha, mas, sim, *a partir do comprometimento com algo que se antecipa*. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a *comunidade política constrói como direito* (ressalte-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito)²⁵⁵.

O rompimento do positivismo, então, carece da adoção de um modelo hermenêutico capaz de enfrentar o subjetivismo discricionário, capaz de trabalhar com a *intersubjetividade*, ou seja, busca-se um modelo jurídico para a *alteridade*, o reconhecimento moral e político dos valores da comunidade, para além da dominação executada por intermédio do *positivismo jurídico*.

Assim o processo decisório não partirá de uma escolha do julgador, mas será inserido em uma relação dialética capaz de projetar os anseios de uma comunidade política (virtuosa de princípios), que então condicionará a forma como a decisão jurídica será realizada. Funda-se, assim, em uma espécie de compromisso, que passa pela reconstrução histórica institucional do direito em uma comunidade, na busca de sua integridade, pois “não há decisão que parta do “grau zero de sentido””²⁵⁶.

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento

²⁵⁴ Idem. Ibidem, p.203.

²⁵⁵ STRECK, op. cit., 2010, p.98.

²⁵⁶ Idem. Ibidem, p.98.

jurídico não de ser inspiradas por uma teoria da justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.²⁵⁷

O pós-positivismo é compromissado, portanto, com a concretização de um Estado Democrático de Direito, o que só é possível, dentro da contemporaneidade em um modelo de constitucionalismo adequado para essa finalidade, na efetivação, principalmente, de um verdadeiro Estado Social (voltado para a comunidade política).

Para consecução desta tarefa surge dentre as teorias pós-positivistas o *neoconstitucionalismo* como arranjo teórico capaz de atender a esses reclamos, consoante será demonstrado no tópico a seguir.

3.1.3 O Neoconstitucionalismo²⁵⁸ Como Uma Proposta Pós-Positivista:

A sedimentação de um modelo pós-positivista deve efetivar a superação do *positivismo jurídico*, uma verdadeira ruptura, que somente se alcançará dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito²⁵⁹ “instituído pelo constitucionalismo compromissório e transformador social surgido no segundo pós-guerra, que é aquilo que vem sendo denominado de neoconstitucionalismo”²⁶⁰. É preciso doravante analisar quais as bases deste modelo que o destaca diante de outras propostas pós-positivistas.

O marco histórico do *neoconstitucionalismo* desenvolve-se, inicialmente, na Europa do pós 2ª Guerra, especificamente com a Constituição da Itália de 1947 e Lei

²⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito.** in **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** n.58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.133.

²⁵⁸ Aplica-se ao *neoconstitucionalismo* a mesma ressalva aposta ao pós-positivismo, qual seja a necessidade de pensar em *neoconstitucionalismo*s, pois não existe apenas uma matriz teórica *neoconstitucional*, são diversas as abordagens teóricas. Nesta pesquisa tentar-se-á trabalhar com os pontos de confluência entre essas matrizes teóricas.

²⁵⁹ “A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria.” (BARROSO, op. cit., 2007, p.131)

²⁶⁰ STRECK, op. cit., 2009, p.7.

Fundamental de Bonn, Constituição Alemã de 1949. No Brasil o marco foi a Constituição de 1988²⁶¹.

Como teoria pós-positivista incorpora todas as questões abordadas no item anterior dessa dissertação: a reaproximação do Direito e da Moral e o combate ao subjetivismo/discrecionalidade decisória.

É possível, ainda, identificar um *neoconstitucionalismo* ideológico e metodológico. No plano ideológico a preocupação transcende a mera descrição dos sucessos do processo de constitucionalização, exceto que os valora positivamente e propõe a defesa e ampliação dessas conquistas. Em particular, sublinha a importância dos mecanismos institucionais e a tutela dos direitos fundamentais, no fortalecimento do Estado Democrático de Direito, atribuindo essa função aos Poderes Legislativo e Judiciário²⁶².

Já a ideia do significado de um *neoconstitucionalismo metodológico*, desenvolvida por Paolo Comanducci, sustenta, em oposição ao modelo metodológico assentado pelo *positivismo jurídico*, ao menos em relação aos princípios constitucionais e os direitos fundamentais, que constituem a ponte entre o Direito e a Moral, a tese da conexão interpretativa necessária, identificadora e/ou justificadora, entre Direito e Moral²⁶³.

No plano teórico o *neoconstitucionalismo* assumiu o papel de representar a Teoria do Direito, ratificando o sucesso na contemporaneidade do processo de constitucionalização. O modelo jurídico caracterizado pela consolidação deste processo destaca a existência de uma Constituição “invasora”, no sentido de haver a positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela presença na constituição de um conjunto de princípios e regras, representando a nova teoria das normas jurídicas, e, principalmente, pelo desenvolvimento de peculiaridades típicas da interpretação constitucional em detrimento do modelo vigente de interpretação aplicável às demais leis integrantes do ordenamento jurídico²⁶⁴.

Foi, todavia, sem descaracterizar a importância do *neoconstitucionalismo* ideológico e metodológico, no plano teórico que sobrevieram mudanças significativas

²⁶¹ BARROSO, op. cit., 2007, p.131/132.

²⁶² COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico.** in CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s).** 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 85/86.

²⁶³ Idem. Ibidem, p.87.

²⁶⁴ Idem. Ibidem, p.83.

na delimitação de uma nova Teoria Constitucional, que perpassam por três pontos fundamentais: a) o reconhecimento da força normativa da constituição; b) o desenvolvimento de um novo modelo hermenêutico adaptado à nova realidade constitucional; c) a expansão da jurisdição constitucional²⁶⁵.

Merece realce que a matriz teórica deste trabalho busca exatamente a concretização destes três pontos na defesa e efetivação dos direitos fundamentais, donde se destaca a importância de desenvolver o que seja o *neoconstitucionalismo*.

A ideia de “força normativa da constituição” foi inicialmente desenvolvida pelo alemão Konrad Hesse²⁶⁶, em obra com o mesmo título, consignando que as normas constitucionais também possuem o *status* de normas jurídicas, motivo pelo qual possuem força de incidência direta sobre os problemas que demandam soluções jurídicas. Supera, dessa forma, a tradicional ideia vigente ainda na segunda metade do século XX de que a Constituição era apenas a representação de um documento essencialmente político.

Esse debate, todavia, somente “desembarca” no Brasil ao longo da década de 80, sem, contudo, ter aceitação imediata e pacífica. “Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e a insinceridade constitucional”²⁶⁷. Em que pese haja uma evolução no sentido de aceitar a construção da força normativa da constituição, essa não é totalmente implementada para além dos muros da academia, deixando os Pretórios pátrios a desejar na sua incorporação.

Com relação ao desenvolvimento de um novo modelo hermenêutico adaptado às demandas do novo paradigma constitucional. Inicialmente é importante frisar que a interpretação constitucional antes de qualquer coisa é apenas uma modalidade da interpretação jurídica. Considerando, inclusive, o que já foi afirmado que com o *neoconstitucionalismo* se estabelece um novo padrão de Teoria do Direito, seria correta a seguinte afirmativa: é necessário repensar a interpretação jurídica.

²⁶⁵ BARROSO, op. cit., 2007, p.134.

²⁶⁶ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

²⁶⁷ BARROSO, op. cit., 2007, p.135.

Ainda há quem defenda que a “interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo”²⁶⁸. Acontece que, este é exatamente o problema, pelo fato deste modelo vigente, de cariz essencialmente positivista, não ter sido superado as propostas *neoconstitucionalistas* têm se esforçado para apresentar novas soluções hermenêuticas, principalmente no intuito da busca de emancipação do homem, prometida pelo Estado da modernidade.

Em análise crítica particular, percebe-se que um dos grandes problemas neste ponto é a tentativa reiterada de “mixagens” teóricas²⁶⁹, principalmente entre modelos que não se acoplam, sob a perspectiva epistemológica, ou a insistência em mudanças que não “destroem” a base de um modelo focado no subjetivismo do intérprete. É emergente a formulação de um modelo que promova o rompimento com as velhas estruturas, o que Thomas Khun²⁷⁰ preconiza como “revolução científica” para quebra de um paradigma.

Eis um dos ovos da serpente do *neoconstitucionalismo*: uma mistura metodológica completamente equivocada. Essa denúncia já foi realizada por alguns doutrinadores como Lenio Streck²⁷¹, Virgílio Afonso da Silva²⁷² e Wálber Araujo Carneiro, que em síntese assevera que:

Na chamada hermenêutica constitucional, observamos a mixagem de alguns elementos centrais a diferentes metodologias transmutados em métodos de interpretação, bem como a colocação de *standards* de diversas concepções teóricas sobre a Constituição como um conjunto harmônico de princípios.²⁷³

Piora o quadro denunciado o fato da maioria destes métodos e/ou teorias adotados para a interpretação constitucional terem sido construídos e formatados por autores estrangeiros, e por via de consequência ser completamente desconectada com a realidade brasileira. Não fosse por si só esse sincretismo metodológico e/ou

²⁶⁸ BARROSO, op. cit., 2007, p.137.

²⁶⁹ “(...) deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico.” (BARROSO, op. cit., 2007, p.137)

²⁷⁰ KHUN, op. cit.

²⁷¹ STRECK, op. cit., 2009.

²⁷² SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico**. in SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.115-143.

²⁷³ CARNEIRO, op. cit., 2011, p.290.

“mixagem” teórica epistemologicamente impossível, são ineficazes, no sentido de concretizar a Constituição de 1988.

Inclua-se nesse rol, por exemplo, a teoria da ponderação de Robert Alexy, a metódica estruturante de Friedrich Müller, o procedimentalismo de Jürgen Habermas, entre outras²⁷⁴.

A análise de Virgílio Afonso da Silva sobre a questão merece transcrição:

(...) a discussão não pode se limitar à mera análise de métodos. A interpretação constitucional pressupõe uma discussão acerca da concepção de constituição, da tarefa do direito constitucional, da interação ad realidade constitucional com a realidade política do Brasil e, ainda, acerca da contextualização e da evolução histórica dos institutos constitucionais brasileiros. É necessário, em suma, que se desenvolva uma teoria constitucional brasileira²⁷⁵.

Ante essa constatação, rechaça-se toda e qualquer teoria sincrética ou fruto de mixagens, e que, principalmente, não leve em consideração a realidade brasileira. Na busca por esse “novo” modelo merece destaque a proposta hermenêutica de Lenio Streck²⁷⁶, aproximando a interpretação constitucional (e jurídica) da hermenêutica filosófica. Sob a influência e orientação deste professor gaúcho surge tese jurídica²⁷⁷ de autor baiano, Wálber Araujo Carneiro, intitulada *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: uma teoria dialógica do Direito*, que merecerá atenção especial neste trabalho, pois preenche este espaço vazio denunciado²⁷⁸.

Por último, na delimitação do modelo teórico *neoconstitucional*, resta abordar a questão da expansão da jurisdição constitucional. Com a ampliação da “onda” constitucional, sedimentada pelo constitucionalismo, modifica na estrutura do poder a prevalência, implícita, que pendia para o legislativo, passando a predominar, com fulcro no modelo de supremacia constitucional norte-americano, o judiciário.

²⁷⁴ “O apego aos princípios de Hesse e aos métodos de Bockenförde parece ser mais o produto de um simples movimento emancipatório, disposto a romper com cânones de interpretação surgidos no campo do direito privado, que da real necessidade de novos métodos que se apliquem somente à interpretação constitucional. Ninguém ignora que a constituição não é igual às leis ordinárias. Isso não é novidade alguma.” (SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p.140)

²⁷⁵ Idem. Ibidem, p.143.

²⁷⁶ Vide as obras citadas na bibliografia.

²⁷⁷ Eleita inclusive pela CAPES como melhor tese jurídica do Brasil do ano de 2010.

²⁷⁸ Esta será a temática central do Capítulo 2 desta dissertação, a busca de um modelo hermenêutico adequado para a busca de efetividade dos direitos fundamentais.

Essa nova fórmula envolvia, principalmente, a constitucionalização dos direitos fundamentais, que, assim, ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário. Logo, sua proteção passava ser atribuição do Poder Judiciário²⁷⁹.

Surge, assim, um novo papel para a jurisdição constitucional, mais do que um simples *guardião* da constituição, se coloca como o espaço institucionalizado dentro do Estado Democrático de Direito, a partir de um modelo hermenêutico adequado, para delimitação do que é ou não constitucional, principalmente no desvelamento dos *direitos fundamentais*.

O novo papel (ampliado) da jurisdição constitucional será o tema central do Capítulo 3, com ênfase na concretização dos direitos fundamentais.

Por fim, vale renovar que, na busca da reaproximação entre o Direito e a Moral ganha especial relevo a categoria jurídica dos princípios, como normas jurídicas, em contraposição ao pensamento positivista. Deve se esforçar o jurista para estabelecer a distinção entre regras e princípios, destacadamente como corolário central do pensamento *neoconstitucional*.

Nesse particular, os direitos fundamentais assumem relevância nuclear, se considerar o seu *status* de *direitos morais*, e, portanto, de normas de natureza principiológica, estabelecendo, por consequência, a ideia de Constituição como elemento de *integração* do Estado. A esse respeito comenta Gisele Cittadino (2004, p.156) que:

(...) é da concepção de Constituição como integração – enquanto garantia da indisponibilidade dos direitos e liberdades fundamentais – que decorre, por um lado, a justificação do instituto da revisão judicial (*judicial review*), que autoriza os juízes a não reconhecer como válidas as normas incompatíveis com os princípios morais inscritos na Constituição²⁸⁰.

Para melhor compreensão sobre a questão, será aberto tópico a seguir sobre a importância dos princípios na sedimentação do modelo pós-positivista *neoconstitucional*, vez que os direitos fundamentais sofrem impacto direto deste processo, ao serem considerados como normas morais.

²⁷⁹ BARROSO, op. cit., 2007, p.135.

²⁸⁰ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.156.

3.1.4 A Importância dos Princípios na Sedimentação do Neoconstitucionalismo

Inicialmente, é curial consignar ser de natureza polissêmica a expressão “princípio”²⁸¹. Faz-se essencial, porém, estabelecer um conceito preliminar para iniciar o debate acerca do tema. Nesta senda, será utilizada a definição de Humberto Ávila, que define assim:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisa a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.²⁸²

Esta definição chama atenção, logo de início, por delimitarem os princípios como normas direcionadas a um fim. Como normas valorativas que se destinam a um “fim” (finalidade), os princípios deixam de ter conteúdo meramente axiológico²⁸³ e passam a categoria deontológica²⁸⁴.

É fundamental o entendimento desta mudança na estrutura normativa principiológica, pois com isso os valores deixam de ser compreendidos como ônticos, considerando sua estrutura axiológica, pois nessa perspectiva a sua possibilidade é “vastíssima e abrange tudo o que é e o que pode ser, todo o mundo dos reais e dos possíveis, a partir do Ser Absoluto Subsistente até o mais sutil sopro de ar e o mais leve floco de neve”²⁸⁵. Com isso procura se evitar o velho risco: aquilo que quer ser tudo, acaba não sendo nada!

²⁸¹ “Já em 1955, em tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de Paris, Jean Schimidt [1955] observa que o vocábulo “princípio” pode ser tomado em duplo sentido: (i) como fonte ou base; e (ii) como linha diretriz ou fio condutor.” (GRAU, op. cit., 2003a p.132). Genaro Carrió (**Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p.209-212), por exemplo, reconhece onze sentidos diferentes para a expressão “princípios”, todas aplicadas ao direito.

²⁸² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 78/79.

²⁸³ “(...) os conceitos *axiológicos* são caracterizados pelo fato de que seu conceito básico não é o de dever ou de dever-ser, mas o conceito de bom.” (ALEXY, op. cit., 2008, p.145)

²⁸⁴ “Exemplos de conceitos *deontológicos* são os conceitos de dever, proibição, permissão e de direito a algo. Comum a esses conceitos, (...), é o fato de que podem ser reduzidos a um conceito deôntico básico, que é o conceito de dever ou de dever-ser.” (Idem. Ibidem, p.145)

²⁸⁵ MONDIN, Battista. **Os Valores Fundamentais**. Bauru/SP: EDUSC, 2005, p.71.

Este era exatamente o problema das normas de natureza principiológicas, em função de sua textura aberta²⁸⁶, comparados (equivalentes) com os conceitos jurídicos indeterminados, tudo pode ser dito ao seu respeito, não há delimitação de seu âmbito normativo, ante essa indeterminação. Esse é um erro crasso! A esse respeito leciona Eros Grau que:

É que a indeterminação a que nos referimos (...) não é **dos conceitos jurídicos** (ideias universais), mas de suas **expressões** (termos); logo, mais adequado será referir-nos a termos indeterminados de conceitos, e não a *conceitos (jurídicos ou não) indeterminados*.²⁸⁷

Princípios, como conceitos, não podem ser considerados como indeterminados, não é possível sobre eles tudo dizer, é essencial que se delimite, então, os seus *fins*, donde se torna imperioso que o tratamento categórico dispensado a eles seja o deontológico, e não o axiológico, em função da vagueza proporcionada pelos valores ônticos.

Inevitavelmente a axiologia principiológica irá proporcionar ao intérprete o subjetivismo típico do *positivismo jurídico*²⁸⁸, pois “as ciências que estudam os valores ontológicos têm à frente a metafísica. Ela estuda o ser como ser, como perfeição absoluta que torna possível qualquer outra perfeição e toda ordem de realidade”²⁸⁹.

Possível concluir que, pela finalidade a ser alcançada com as normas principiológicas, os “princípios são (...) razões para juízos concretos de dever-ser”²⁹⁰,

²⁸⁶ “Conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios, cada um num diferente plano, integram as chamadas normas de tipo aberto, ou normas de textura aberta, ou ainda a textura aberta do direito. Como ponto em comum possuem o objetivo de formular normas que tenham um maior espectro de abrangência e adaptação ao caso concreto, o que faz com que tenham, por conseguinte, maior longevidade e possibilidade de aplicação justa.” (REQUIÃO, Maurício. **Normas de Textura Aberta e Interpretação: Uma análise no adimplemento das obrigações**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p.35.)

²⁸⁷ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003b, p.196.

²⁸⁸ “Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de “pan-principiologismo”, caminho perigoso para um retorno à “completude” que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: na “ausência” de “leis apropriadas” (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete “deve” lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um princípio aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo. Em tempos de “densidade principiológica” e “textura aberta”, tudo isso propicia que se dê um novo status ao velho *non liquet*.” (STRECK, op. cit., 2009, p.493)

²⁸⁹ MONDIN, op. cit., 2005, p.71/72.

²⁹⁰ ALEXY, op. cit., 2008, p.87.

motivo pelo qual os “princípios “fecham” a interpretação e não a “abrem”, como sustentam (...) os adeptos das teorias da argumentação”²⁹¹.

Os princípios devem, dessa forma, impedir “múltiplas respostas”, quebrando a tese de que eles são “mandatos de otimização”, vez que eles não são “cláusulas abertas”, ou se equivalem a “conceitos indeterminados”, proibindo que os intérpretes trabalhem-nos dentro de um âmbito de subjetividade. Carece, todavia, para a superação de teorias da argumentação, que sustentam esse modelo, como, por exemplo, a teoria da ponderação, um modelo hermenêutico adequado para essa finalidade, ou seja, a reestruturação da forma de compreender o direito, para além do positivismo.

Além de serem considerados neste aspecto da subjetividade do intérprete, e a sua necessária superação, muitos doutrinadores vêm dando aos princípios um caráter de fragilidade nas suas definições, ao retirarem desta categoria normativa a capacidade de incidência imediata para solucionar as questões submetidas ao Direito.

É o que se pode depreender da posição de Robert Alexy, ao sustentar que:

Princípios (...) não devem, mesmo quando neles tipo e consequência jurídica deixa diferenciar-se e os pressupostos do tipo estão cumpridos, determinar coercitivamente a decisão, mas somente conter fundamentos, que falam a favor de uma ou de outra decisão, sugeri-la.²⁹²

Comungam deste posicionamento todos os autores que sustentam a necessidade de uma técnica de ponderação para solução de conflitos entre princípios, entre outros motivos, pela característica acima delineada. Apenas com o intuito de ilustrar, sem querer nomear estes autores, veja, por exemplo, a posição de Humberto Ávila, ao sustentar que “embora admita que alguns princípios possuam força normativa *prima facie*, sustenta que esse elemento não é *definitório* dos princípios”²⁹³.

A partir desta concepção, extrai-se como conclusão preliminar que os princípios enquanto mandamentos de otimização, na sua aplicação, ao ensejarem

²⁹¹ STRECK, op. cit., 2009, p.166.

²⁹² ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.141.

²⁹³ ÁVILA, op. cit., p.122.

conflitos necessitarão da realização de “sopesamento”²⁹⁴, ou seja, a aplicação de princípios, tende a solucionar as colisões por intermédio da verificação do “peso” dessas normas, diante de uma determinada situação concreta²⁹⁵.

Far-se-á uma breve leitura crítica dos três elementos que integram a estrutura analítica da ponderação, na busca do sopesamento entre valores principiologicamente definidos, quais sejam: a) *adequação*; b) *necessidade*; e c) *proporcionalidade* em sentido estrito.

Delimitando, então, os elementos, o meio a ser escolhido deve ser adequado, isto é, deve ser capaz de atingir o objetivo proposto. Já a *máxima da necessidade*, por sua vez, exige que, “dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso”²⁹⁶.

Na aferição da *necessidade*, defende Alexy que é necessária uma avaliação relativa a um meio previamente escolhido por uma autoridade competente, correndo-se o risco de não ser possível realizar a avaliação de uma variável determinante para sua caracterização, que é a *eficiência da medida*²⁹⁷.

Diante desta assertiva, Virgílio Afonso da Silva irá defender, dentro da coerência de sua matriz teórica, que, na ausência de variável de referência, não há medida a ser adotada, e por consequência não há possibilidade alguma de adotar a regra da proporcionalidade, restando prejudicada, na inteireza, a técnica da ponderação²⁹⁸.

Por último, a proporcionalidade em sentido estrito manifesta o que significa a regra de otimização, em relação aos princípios colidentes, e nessa medida é “idêntica à lei do sopesamento, que tem a seguinte redação: quanto

²⁹⁴ “Os *princípios* também jamais serão absolutos, caso contrário seria impossível compatibilizar direitos individuais de diferentes titularidades, seja entre si ou em face de direitos coletivos. Essa relatividade implica tanto no conceito de *princípio* como *mandamento de otimização*, quanto na idéia de *sopesamento*, isto é, de que a aplicação de princípios acarretará colisões que devem ser solucionadas mediante a verificação do peso dessas normas em uma determinada situação concreta. Aqui entra em cena a *proporcionalidade*, mecanismo que irá auxiliar o controle racional dessa ponderação e que possui com *Teoria dos Princípios* uma conexão recíproca e necessária. Sua estrutura analítica é composta por três elementos: a) *adequação*, b) *necessidade* e c) *proporcionalidade* em sentido estrito.” (CARNEIRO, op. cit., p.207/208)

²⁹⁵ Idem. Ibidem, p.207.

²⁹⁶ ALEXY, op. cit., 2008, p.591.

²⁹⁷ CARNEIRO, op. cit., p.208.

²⁹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p.179.

maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”²⁹⁹.

Nesta última etapa é avaliado “se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio”³⁰⁰. Essa avaliação depende de uma análise tanto da grandeza abstrata dos princípios colidentes, quanto de seus pesos em face de uma determinada situação concreta³⁰¹.

Isso não significa que o princípio que possuir um maior peso determinará a medida a ser otimizada. Significa, apenas, que se trata de uma variável a ser verificada e sopesada com o peso concreto dos demais princípios envolvidos, ou anulada na hipótese de o problema envolver princípios com a mesma grandeza abstrata.

Para que esse “arranjo técnico” funcione, todavia, Alexy preconiza a necessidade de que se compatibilize com “um grau suficiente de discricionariedade”³⁰². O subjetivismo decisório, a arbitrariedade, portanto, é prevista pelo próprio Robert Alexy, indaga-se: quem irá negá-la?³⁰³

Eis a questão, mais uma vez, discricionariedade, subjetivismo, em suma, arbitrariedade. Jürgen Habermas identifica a base do problema, justamente na definição dos princípios como categoria deontológica, ao afirmar que:

A validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos. Ao passo que a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura: decisões valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim).³⁰⁴

²⁹⁹ ALEXY, op. cit., 2008, p.593.

³⁰⁰ Idem. Ibidem, p.594.

³⁰¹ CARNEIRO, op. cit., p.209.

³⁰² ALEXY, op. cit., 2008, p.599.

³⁰³ “(...) adere à proposta de R. Alexy, a qual consiste em interpretar os princípios transformados em valores como mandamentos de otimização, de maior ou menor intensidade. Essa interpretação vem ao encontro do discurso da “ponderação de valores”, corrente entre juristas, o qual, no entanto, é frouxo. Quando princípios colocam um valor, que deve ser realizado de modo otimizado e quando a medida de preenchimento desse mandamento de otimização não pode ser extraído da própria norma, a aplicação de tais princípios no quadro do que é faticamente possível impõe uma ponderação orientada por um fim. E, uma vez que nenhum valor pode pretender uma primazia incondicional perante outros valores, a interpretação ponderada do direito vigente se transforma numa realização concretizador de valores, referida a casos (...)” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.315)

³⁰⁴ Idem. Ibidem, p.316/317.

Sem querer cair na obviedade e na repetição, mas devido a importância da temática, é preciso consignar mais uma vez: a superação do positivismo implica enfrentamento e superação do problema da discricionariedade judicial³⁰⁵.

Com o objetivo de contribuir nesse sentido, Ronald Dworkin propõe a (re)significação de princípio, aproximando-o de uma dimensão de moralidade, refutando possíveis usos utilitaristas para essa importante categoria jurídica³⁰⁶.

Dworkin busca, assim, uma reaproximação (definitiva) entre o Direito e a Moral fundada na valorização promovida pela categoria dos princípios, em contraposição ao pensamento positivista. Esforça-se para estabelecer a distinção entre regras e princípios como corolário central de seu pensamento. Em função dessa afirmação principiológica da sua teoria, os direitos fundamentais, neste contexto, assumem o *status de direitos morais*, estabelecendo, por consequência, a ideia de Constituição como *integração*.

É importante registrar que o princípio não obtém sua validade pela recondução a uma norma fundamental, como no modelo positivista kelseniano, ou a uma norma de reconhecimento, como no pensamento hartiano, mas é retirado da prática do tribunal, ou, ainda, de um conjunto de regras que possuem a sua validade declarada no caso concreto e somente nesta instância poderá ter o seu “peso” avaliado.³⁰⁷

Além dessa característica fundamental apontada por Dworkin, é importante registrar a sua concepção de que os princípios jurídicos não se originam de decisões políticas do legislativo ou da decisão particular de um tribunal, mas na “compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo”³⁰⁸, e a continuidade do seu poder, depende da manutenção, portanto, do que é apropriado.

³⁰⁵ “O caráter normativo dos princípios – que é reivindicado no horizonte das teorias pós-positivistas – não pode ser encarado como um alibi para a discricionariedade, pois, desse modo, estaríamos voltando para o grande problema não resolvido pelo positivismo.” (STRECK, op. cit., 2010, p.96)

³⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.36.

³⁰⁷ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e Democracia: Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.71.

³⁰⁸ Idem. Ibidem, p.64.

A partir destas premissas Dworkin defende que os juizes podem, principalmente diante dos denominados “casos difíceis” (*hard cases*) fundamentar suas decisões em princípios. Isto, todavia, não é um convite à discricionariedade, como muitos imaginam, mas uma oposição à discricionariedade, desde que as decisões sejam fundamentadas em princípios.

Essa é exatamente a dimensão principiológica que se quer registrar com maior veemência nesse texto, a sua conexão com a moral e a consequência desse fato com a (re)modelagem proporcionado pelas teorias *neoconstitucionais*, com a inserção dos princípios delimitadores do Estado Democrático de Direito nas Constituições contemporâneas, de sorte que “os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada”³⁰⁹.

As normas de “natureza” moral, como as principiológicas, passam a ter como escopo a delimitação de *fins*, constituindo erro crasso a noção vulgarmente standardizada de que princípio por etimologia seria início.

Considera as normas morais como uma espécie de regra técnica que indica o caminho para obter um fim. No que se refere ao fim ao qual as regras morais estão ligadas, há principalmente duas correntes: para o eudemonismo, o fim é a felicidade do indivíduo; para o utilitarismo, o bem estar da sociedade.³¹⁰

Nessa perspectiva, outra conclusão não pode ser inferida se não a que há uma relação intrínseca entre as normas principiológicas e os direitos fundamentais, também entendidos como representantes dessa (re)aproximação entre Direito e Moral, vez que “mais do que um ser natural (construído pela natureza), o homem é um ser cultural (isto é, produto de seu próprio autocultivo)”³¹¹.

3.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO UMA QUESTÃO MORAL

³⁰⁹ BONAVIDES, op. cit., p.283.

³¹⁰ SANTIAGO NINO, Carlos. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.81.

³¹¹ MONDIN, op. cit., p.53.

É importante registrar, de início, que “a só condição humana impõe o absoluto respeito à pessoa. A dignidade da pessoa humana enaltece o ser humano como um fim em si mesmo e o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade”³¹².

Assim, discutir-se-á doravante o fundamento filosófico dos direitos fundamentais, ou seja, a essência moral delimitadora de um direito como “fundamental”, consignando, inicialmente que “na linguagem filosófica clássica, não se falava em **fundamento** e sim em **princípio**”³¹³.

Confronta-se nesse particular com uma espécie de *trilema*: 1) tratam-se de direitos imutáveis decorrentes da natureza ou da percepção racional dessa; 2) decorrem de exigências éticas, como a delimitação da dignidade humana; 3) são estabelecidos historicamente por desígnio do legislador³¹⁴.

Dando seguimento, todavia, na busca do fundamento³¹⁵ para além do *positivismo jurídico*, como já foi diversas vezes registrado, pois uma das suas características “é a sua incapacidade (ou formal recusa) em encontrar um fundamento ou razão justificativa para o direito, sem recair em mera tautologia”³¹⁶.

(...) a questão do fundamento dos direitos humanos, pois a sua validade deve assentar-se em algo mais profundo e permanente que a ordenação estatal, ainda que esta se baseie numa Constituição formalmente

³¹² CUNHA JÚNIOR, op. cit., 2004, p.169.

³¹³ COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos Direitos Humanos**. São Paulo: IEA USP, 1997, p.2. Disponível em IEA/USP: <http://www.iea.usp.br/iea/textos/comparatofundamento.pdf>. Acesso em 02 de abril de 2012.

³¹⁴ “O primeiro caminho – o direito natural – choca-se hoje contra o problema de estabelecer, como fundamento para decisões universalmente vinculantes em uma sociedade moderna *pluralista*, conteúdos normativos deduzidos de suas premissas. Com isso se mostra a incompatibilidade entre as normas com conteúdo e o pluralismo da sociedade moderna. (...) Mas, em minha opinião, tampouco o segundo caminho oferece uma base racional, que apela para um conceito já aceito de dignidade humana, pois ainda seria necessário responder à pergunta: por que os homens têm uma dignidade especial? A resposta a essa pergunta é aquela que há de ser oferecida pela base racional. A última proposta – o positivismo jurídico – faz os direitos humanos dependerem unicamente de decisões históricas, sem explicar por que eles se apresentam como exigências mesmo antes de seu reconhecimento jurídico fático.” (CORTINA, Adela. **Ética sem moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.243/244.)

³¹⁵ “O desenvolvimento da noção de **princípio** para **fundamento**, no pensamento kantiano tem origem num raciocínio tipicamente jurídico, apresentado na *Crítica da Razão Pura*, em torno da noção de dedução transcendental (*transzendent Deduktion*). Lembra Kant que os juristas, quando tratam de autorizações ou pretensões de agir, distinguem, em cada caso, entre a questão jurídica (*quid iuris*) e a questão de fato (*quid facti*), denominando a demonstração da *quaestio iuris* uma dedução. Assim, enquanto em questões de fato o profissional do direito procura provas, em matéria de direito ele cuida de encontrar e demonstrar as razões justificativas, que formam a legitimidade (*Rechtmässigkeit*) da conclusão.” (COMPARATO, op. cit., 1997, p.2/3)

³¹⁶ Idem. Ibidem, p.8.

promulgada. A importância dos direitos humanos é tanto maior, quanto mais louco ou celerado o Estado.

Tudo isto significa, a rigor, que a afirmação de autênticos direitos humanos é incompatível com uma concepção positivista do direito. O positivismo contenta-se com a validade formal das normas jurídicas, quando todo o problema situa-se numa esfera mais profunda, correspondente ao **valor ético** do direito.³¹⁷

A busca desse *valor* não deve conduzir o jurista, porém, à procura de soluções metafísicas, pois a criação do direito não pode mais ser atribuída à Deus ou à própria natureza, é produto do homem, o que o identifica, por seu turno, como a própria medida. Cabe, assim, aos seres-humanos definirem “qual é o valor do homem e de estabelecer quais são os valores que ele deve assimilar para realizar plenamente o próprio projeto de humanidade”³¹⁸.

Não cabe aqui, tampouco, creditar esse fundamento ao reducionismo legalista, prevalente a partir do século XIX, fundada na premissa de que “o decisivo no que a autoridade suprema faz e impõe contra a vigência dos sentimentos de reação e rancor (...), é a instituição da lei, a declaração imperativa sobre o que a seus olhos é permitido, justo, e proibido, injusto”³¹⁹.

Por outro lado, há quem defenda que trata-se de uma questão meramente linguística, ou melhor, meramente discursiva ou argumentativa a busca desse fundamento. Não passa a definição de direitos fundamentais/humanos de um “jogo” argumentativo.

(...) a humanidade, a sucessora “do homem”, é um atributo sempre presente, mas indiferenciado, da identidade humana que espera a atribuição de predicação, características, um tempo e um lugar. Aplicando a terminologia da semiótica, pode-se alegar que o “homem” dos direitos do homem ou, o “humano” dos direitos humanos, funciona como um significante flutuante. Como *significante*, ele é simplesmente uma palavra, um elemento discursivo que não está automática ou necessariamente vinculado a qualquer significado ou conceito específico. Ao contrário, a palavra “humano” é vazia de sentido e pode ser atrelada a um número infinito de significados.³²⁰

Esse modelo “argumentativo/discursivo”, porém, reifica a discricionariedade combatida até agora, que, entre outras, caracteriza o

³¹⁷ Idem. Ibidem, p.8/9.

³¹⁸ MONDIN, op. cit., p.53.

³¹⁹ NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p.59.

³²⁰ DOUZINAS, op. cit., p.262.

positivismo jurídico, sendo necessário rechaçar qualquer modelo que teoricamente sustente essa possibilidade.

Recai, assim, em um modelo procedimental, em detrimento da “essência fundamental” dos direitos dos seres-humanos. Os teóricos que sustentam esse modelo como ideal defendem, inclusive, de forma absurda que ele proporcionaria a superação do positivismo.

(...) creio que a ética discursiva pode satisfazer as três condições mencionadas, já que se apresenta como uma ética procedimental, que pode mediar condições transcendentais e acordos fáticos, condições ideais e decisões reais. O positivismo jurídico estaria, assim, superado, sem se cair por isso em um jusnaturalismo com conteúdo.³²¹

É necessário, a partir da filosofia³²², buscar a integração do homem com essa essência, de sorte que a busca de uma resposta filosófica somente será possível, objetivamente falando, dentro de uma circularidade, pois “o homem faz parte da realidade como um todo, ele não é um espectador imparcial, que comenta o espetáculo, ele faz parte dele”³²³. O ser-humano é concebido desde o seu agir até a interação com os demais seres-humanos, e é neste aspecto que se abre o espaço para sua definição moral³²⁴.

Apresenta-se a *ontologia*³²⁵ como possibilidade filosófica de compreensão capaz de permitir o alcance necessário para desvelamento desse fundamento moral, partindo dos fatos, ou seja, das interações entre os seres-humanos e suas contingências.

³²¹ CORTINA, op. cit., p.244/245.

³²² “O conhecimento filosófico deve, antes de tudo, ser capaz de surpreender-se com o óbvio: qual a significação do fato de que, pensando nós sejamos sujeitos que se dirigem a objetos e dessa dicotomia vejamos residir a clareza? A partir desse espanto em relação ao que está presente a todo instante, ao que até agora era evidente e não levantava dificuldade, ao que não merecia atenção mais demorada, a partir desse espanto, dizíamos, chegamos a outros problemas. Esta vida no mundo dos fenômenos é como que um despertar após o sono que nos retira do obscuro de um inconsciente inimaginável? É essa clareza a única possível? Ou a vida, na dicotomia sujeito-objeto, é comparável a um sonho? Não será a clareza, em verdade, um obscurecimento do ser e de mim mesmo? A resposta a essas indagações não brota de conhecimento, mas, por estranho que pareça, de uma decisão.” (JASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico**. 15ª ed. São Paulo: Cultrix, 2010, p.41.)

³²³ STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à Filosofia**. 2ª ed. Ijuí/RS: Editora Unijuí, 2005, p.74.

³²⁴ RAMÍREZ, op. cit., p.281.

³²⁵ “A ontologia, dita autêntica, coincide com a facticidade da existência temporal. Compreender o ser enquanto ser é existir. (...) A ontologia não se realiza no triunfo do homem sobre a sua condição, mas na própria tensão em que esta condição se assume.” (LÉVINAS, Emmanuel. **Entre Nós: ensaios sobre a alteridade**. 5ª ed. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2010, p.22.)

Esta possibilidade de conceber a contingência e a facticidade, não como fatos oferecidos à intelecção, mas como ato da intelecção – esta possibilidade de mostrar, na brutalidade do fato e dos conteúdos dados, a transitividade do compreender e uma “intenção significativa” – possibilidade descoberta por Husserl, mas por Heidegger ligada à intelecção do ser em geral – constitui a grande novidade da ontologia contemporânea. A partir daí, a compreensão do ser não supõe apenas uma atitude teórica, mas todo o comportamento humano.³²⁶

A partir de uma concepção ontológica do mundo, dos comportamentos e das interações dos seres-humanos, é aberto o portal hermenêutico fundamental para que compreenda quais os valores morais que fundamentam aqueles direitos ditos humanos ou fundamentais.

Martin Heidegger defende acerca desta questão que o ser-humano não poderá ser atravessado pelos entes (objetos), em uma concepção ontológica, se não for por intermédio de sua presença no mundo, ou seja, o homem precisa para consignar a sua existência interagir com os demais homens, tornando-o, portanto, presença no mundo, donde as coisas só possuem sentido na sua presença³²⁷.

A importância da concepção ontológica, todavia, não nos ajuda a compreender a essência do ser humano, apenas nos conduz ao entendimento de que a compreensão efetiva dos valores morais fundamentais demanda o desvelamento a partir do “mundo vivido” pelos seres humanos. É o início da blindagem do direito contra os subjetivismos e discricionarismos.

Da delimitação dos direitos fundamentais enquanto questão moral e da constatação de uma necessária ontologização como condição de compreensão dos valores essenciais aos seres-humanos, exsurge um questionamento central para definição de qual tratamento deve-se dispensar para elidir a relação entre Direito e Moral, qual seja: o que é humano?

3.3 A DEFINIÇÃO DE SER HUMANO: UMA QUESTÃO DE ANTROPOLOGIA FILOSÓFICA

³²⁶ Idem. Ibidem, p.22.

³²⁷ HEIDEGGER, Martin. **Marcas do caminho**. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2008, p.179/180.

Tema dos mais espinhosos para as ciências, e para a própria filosofia, é a tarefa de definir “ser humano”³²⁸. Impossível, todavia, adentrar em qualquer análise acerca de “direitos humanos”, principalmente aqueles considerados como essenciais, fundamentais, sem enfrentar esta árdua tarefa. A pergunta é: por onde começar?

Para responder a essa pergunta é preciso tomar posição sobre a essência do ser humano. A teoria fundamental dos direitos do homem funda-se, necessariamente, numa antropologia filosófica, ela própria desenvolvida a partir da crítica aos conhecimentos científicos acumulados em torno de três pólos epistemológicos fundamentais: o pólo das formas simbólicas, no campo das ciências da cultura; o do sujeito, no campo das ciências do indivíduo e da ética; e o da natureza, no campo das ciências biológicas.³²⁹

Inicialmente, para situar esse campo do conhecimento, é importante registrar que somente se desenvolveram estudos mais profundos de *antropologia filosófica*, após o fim da 2ª Guerra Mundial, embora a partir dos escritos passados sobre o tema, mas com o objetivo de no “contexto da Filosofia Geral em que se situam e quase sempre retratam o ser humano desde paradigmas filosóficos que entram pouco em diálogo porque defendem ainda posições ortodoxas sobre a imagem do homem no mundo”³³⁰.

É, assim, uma disciplina parcial da filosofia, que empreende a partir da busca antropológica do significado do que é “ser humano”, investigações embasadas nos conhecimentos filosóficos, ou seja, é uma reflexão antropológica por “métodos” filosóficos.

³²⁸ “Enquanto a filosofia ainda acreditava que podia se assegurar da totalidade da natureza e da história, ela dispunha de uma posição supostamente consolidada, na qual a vida humana dos indivíduos e das comunidades devia se inserir. A estrutura do cosmo e a natureza humana, as fases da história universal e da história sagrada forneciam elementos impregnados de normas, que aparentemente também forneciam elucidação sobre a vida correta. “Correto” tinha aqui o sentido exemplar de um modelo digno de imitação para a vida, seja pelo indivíduo, seja pela comunidade política. Do mesmo modo como as grandes religiões apresentavam a vida dos seus fundadores como o caminho da salvação, a metafísica também oferecia seus modelos de vida – para a minoria, certamente um caminho diferente daquele da maioria. As doutrinas da boa vida e da sociedade justa, como a ética e a política, eram ainda doutrinas com uma base única, que formavam um todo. Todavia, com a aceleração da transformação social, também os períodos de declínio desses modelos da vida ética se tornaram cada vez mais curtos – independentemente de sua orientação, que podia ser para a pólis grega, para as classes da *societas civilis* medieval, para o indivíduo universal do renascimento urbano ou, conforme Hegel, para a estrutura da família, da sociedade civil e da monarquia constitucional.” (HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.4.)

³²⁹ COMPARATO, op. cit., 1997, p.12.

³³⁰ STEIN, Ernildo. **Antropologia Filosófica: Questões epistemológicas**. Ijuí/RS: Editora Unijuí, 2009, p.22.

Essa interação da antropologia filosófica irá proporcionar um “encontro histórico” do ser-humano consigo mesmo, sem se fixar a um modelo cultural específico, pois “o ser humano não se esgota no seu aparecer numa cultura, porque a transcende e se liberta para todas as culturas, sendo mais do que apenas cultura, pelo seu espírito”³³¹.

Não nos compreendemos a partir da História, a não ser através da realidade da tradição, sem a qual não teríamos chegado a nós mesmos. Mas, se nos rendermos ao processo de conhecimento histórico, no qual hoje nos encontramos, perderemos a consciência de nossa própria responsabilidade original. E é por meio desta, e não pela contemplação da História que somos nós mesmos.

Será, então, que nos compreenderemos a partir de nós mesmos, na liberdade de nossa ação interior e exterior? Nesse ponto, atingimos a profundidade, tocamos a origem de nossa consciência de nós mesmos. Mas não compreendemos a existência de nossa liberdade. Com efeito, nós não nos criamos: nem enquanto esse existente sob cuja forma nascemos, nem enquanto essa liberdade na qual, compreendendo-nos nela, oferecemo-nos a nós mesmos.³³²

Desde os primórdios a busca da definição de “ser humano” perpassa pela diferenciação entre *mundo da natureza* e o *mundo da cultura*. No século XVIII, adotando uma espécie de “antropologia antinaturalista”³³³, Jean-Jacques Rousseau³³⁴, em sua obra *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da desigualdade entre os Homens*, vai reconhecer a *liberdade* como o critério fundamental para o reconhecimento da humanidade que caracteriza o “ser humano”.

(...) não são de forma alguma a razão, a afetividade ou mesmo a linguagem que distinguem em último lugar os seres humanos. Existem evidentemente animais mais inteligentes, mais afetuosos, mais sociais e mais “comunicadores” do que alguns seres humanos. (...) o critério está

³³¹ Idem. Ibidem, p.26.

³³² JASPERS, op. cit., p.47.

³³³ Expressão utilizada por Luc Ferry. FERRY, Luc e VINCENT, Jean-Didier. **O que é o ser humano? Sobre os princípios fundamentais da filosofia e da biologia**. Petrópolis: Editora Vozes, 2011, p.22.

³³⁴ “Deixando, pois, todos os livros científicos, que só nos ensinam a ver os homens tais como foram feitos, e meditando sobre as primeiras e mais simples operações da alma humana, creio perceber dois princípios anteriores à razão, um dos quais interessa ardentemente ao nosso bem-estar e à conservação de nós mesmos, e o outro nos inspira uma repugnância natural de ver morrer ou sofrer todo ser sensível, e principalmente nossos semelhantes. Do concurso e da combinação que o nosso espírito é capaz de fazer desses dois princípios, sem que seja necessário acrescentar o da sociabilidade, é que me parecem decorrer todas as regras do direito natural; regras que a razão é, em seguida, forçada a restabelecer sobre outros fundamentos, quando, por seus desenvolvimentos sucessivos, chega ao extremo de sufocar a natureza.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p.28.)

em outro lugar: na liberdade, (...) isto é na faculdade de aperfeiçoar-se ao longo de toda a sua vida, ao passo que o animal, guiado desde a origem e de modo seguro pela natureza é, por assim dizer, perfeito “de uma só vez”, desde seu nascimento.³³⁵

Essa distinção é fundamental para compreender a diferença entre o *mundo natural* e o *mundo cultural*, aquele “acabado” (concluído), e esse em constante evolução, pois “as sociedades humanas progridem, ou pelo menos mudam, sob efeito de uma dupla historicidade: a do indivíduo que se chama educação (...) e a da espécie, que é a política”³³⁶.

Inobstante esta constatação da importância da liberdade na distinção entre os seres humanos e os animais, a implicação disso para o desenvolvimento desta pesquisa, é a conclusão que “pelo fato de ser livre que o ser humano não é prisioneiro de nenhum *código* natural ou histórico determinista, que ele é um ser moral”³³⁷. A Filosofia, porém, não irá responder diretamente quem é o ser humano³³⁸.

Daí exsurge a necessidade apontada nos tópicos anteriores dessa dissertação de uma reaproximação entre o Direito e a Moral, notadamente naquilo que envolve diretamente os direitos fundamentais dos seres humanos, pois o homem é um ser moral, e nenhum direito que desrespeite essa essência poderá produzir efeitos, ou minimamente estar apto para tal. Resta, ainda, a pergunta central: quem é o ser humano?

É preciso consignar, que não se pode “mais estabelecer os *a priori* solipcistas e absolutos, o que equivaleria a um recuo para o refúgio da metafísica”³³⁹. A Antropologia Filosófica comungando os ensinamentos sociais subjacentes á convivência dos seres humanos com as realidades empíricas das biociências, aproxima-se do caminho a ser seguido.

³³⁵ FERRY, op. cit., p.23.

³³⁶ Idem. Ibidem, p.23.

³³⁷ Idem. Ibidem, p.24.

³³⁸ A filosofia nada tem a dizer sobre o começo de todas as coisas e, muito menos, pode antecipar algo sobre o fato ou o modo como tudo se desenvolve ou como tudo chega a um fim inevitável. Resta, porquanto, para o trabalho da Filosofia, um espaço que se estende do momento em que o ser humano passa a existir e pensar, até o ponto em que todas as formações do pensamento e da cultura deixam de existir. Desse modo, a Filosofia se apresenta como um tipo de pensamento, uma forma de conhecer que não investiga como a ciência, nem estabelece fatos novos ou enunciados sobre a realidade. (STEIN, op. cit., 2009, p.215)

³³⁹ Idem. Ibidem, p.229.

Estamos hoje, em condições de pensar elementos centrais da Antropologia Filosófica mais adequada ao problema da vida humana, visto que na crise de fundamento, no fim da metafísica e na superação da subjetividade como fundamento *a priori* do conhecimento, estamos autorizados a procurar dimensões normativas *a priori*, numa Antropologia de caráter compreensivo e hermenêutico.

(...) A incompletude de mundo não é nada mais do que “fontes e matérias auxiliares” da Antropologia que nos podem levar à ampliação daquilo que podemos dominar o mundo hermenêutico, o mundo como forma prática compartilhada de nos compreendermos. Essa incompletude que se expressa na característica de formador de mundo é nada mais do que a tarefa de autocompreender-se, na auto-explicação da existência humana.³⁴⁰

Não há, pela perspectiva da Antropologia Filosófica, uma totalidade objetiva a ser revelada explicitando o que é o ser humano, como se dá a vida humana, etc.. É necessário que o ser humano se autocompreenda enquanto tal, e isso somente será possível a partir de um novo modelo hermenêutico adequado às vicissitudes dos dias atuais³⁴¹.

Esse modelo hermenêutico, por seu turno, deverá proporcionar, ontologicamente, a compreensão do *ser-no-mundo*, pois é “assim que a vida humana, como existência, ultrapassa a natureza humana como um dado”³⁴². Será a investigação deste “novo” modelo hermenêutico o objeto central do próximo capítulo.

³⁴⁰ Idem. Ibidem, p.229/230.

³⁴¹ “(...) a ética do poder ser si mesmo transforma-se numa dentre várias alternativas. A substância dessa autocompreensão não consegue se afirmar por mais tempo com argumentos formais, competindo com outras respostas. Ao contrário, hoje a indagação filosófica original sobre a “vida correta” parece se renovar no universo antropológico. As novas tecnologias nos impingem um discurso público sobre a correta compreensão da forma de vida cultural enquanto tal. E os filósofos não têm mais nenhum bom motivo para abandonar esse objeto de discussão dos biólogos e dos engenheiros entusiasmados pela ficção científica.” (HABERMAS, op. cit., 2010, p.22.)

³⁴² STEIN, op. cit, 2009, p.232.

CAPÍTULO 4 – HERMENÊUTICA³⁴³ E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após sedimentar a problemática da essência dos direitos fundamentais partir-se-á em busca do modelo hermenêutico adequado ao desvelamento desta espécie de direitos, vez que, conforme ficou assentado na parte final do primeiro capítulo, a autocompreensão do ser humano passará pela sua interpretação, de sorte que esse é, talvez, “o acto essencial do pensamento humano; na verdade o próprio facto de existir pode ser considerado como um processo constante de interpretação”³⁴⁴.

A ideia, inicialmente, seguindo a linha de raciocínio estabelecida nessa dissertação, é a superação do modelo subsuntivo e do subjetivismo proporcionados pelo *positivismo jurídico*, ao se utilizar do padrão preconizado pela filosofia da consciência (sujeito-objeto) na interpretação do direito³⁴⁵.

Nem mesmo o (neo)positivismo kelseniano, e não haveria mesmo porque, foge dessa “armadilha”. Todos os enfoques dispensados ao *positivismo jurídico*, em termos interpretativos, “sempre tiveram a pretensão de estabelecer um “fechamento hermenêutico” da prática aplicativa ou, valendo-se do contraponto

³⁴³ “As raízes da palavra hermenêutica residem no verbo grego *hermeneuein*, usualmente traduzido por <<interpretar>>, e no substantivo *hermeneia*, <<interpretação>>. (...) A palavra grega *hermeios* referia-se ao sacerdote do oráculo de Delfos. Esta palavra, o verbo *hermeneuein* e o substantivo *hermeneia*, mais comuns, remetem para o deus-mensageiro-alado hermes, de cujo nome as palavras aparentemente derivam (ou vice-versa?). (...) As várias formas da palavra sugerem o processo de trazer uma situação ou uma coisa, da inteligibilidade à compreensão. Os Gregos atribuíam a Hermes a descoberta da linguagem e da escrita – as ferramentas que a compreensão humana utiliza para chegar ao significado das coisas e para transmitir aos outros. (...) Assim, levada até à sua raiz grega mais antiga, a origem das actuais palavras <<hermenêutica>> e <<hermenêutico>> sugere o processo de <<tornar compreensível>>, especialmente enquanto processo envolve a linguagem, visto ser a linguagem o meio por excelência nesse processo.” (PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa/Portugal: Edições 70, 2006, p.23/24.)

³⁴⁴ Idem. Ibidem, p.20.

³⁴⁵ Sobre a necessidade de superação deste subjetivismo, posiciona-se Ricardo Maurício Freire Soares nos seguintes termos: “Combinando a exigência de segurança com o impulso incessante por transformação, a hermenêutica jurídica contemporânea se inclina, pois, para a superação do tradicional subjetivismo – *voluntas legislatoris*, em favor de um novo entendimento do objetivismo – *voluntas legis*, realçando o papel do intérprete na exteriorização dos significados da ordem jurídica.” (**Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010b, p.31.). Destaca-se, mais uma vez, que o sempre recorrente argumento da segurança jurídica é utilizado para superação paradigmática proposta. De fato essa é uma questão central, todavia deve-se ter cuidado para que ela não seja manipulada retoricamente e sofra do mal que tenta combater: o subjetivismo. O preenchimento de conteúdo dos princípios a partir de teorias argumentativas gera esse mal. Por último, é fato que o intérprete deve assumir um novo papel, e é isso que será discutido nesse capítulo.

kelseniano, uma redução da “moldura normativa” e da “indeterminação do direito”³⁴⁶.

A “resposta” ao modelo interpretativo característico do *positivismo jurídico*, como já foi advertido, gerou uma série de formulações teóricas, que, geralmente, consignavam a necessária reaproximação entre a Moral e o Direito. Foram denominadas de pós-positivista(s).

Na reaproximação entre o direito e a moral promovida pelas teorias pós-positivista(s), entre outras consequências, dá-se a reestruturação do conceito de norma jurídica, cindida em duas “espécies”: *regras* e *princípios*. Esta última responsável pela (re)introdução da “moral” no “universo” da teoria do direito.

Eis o “ovo da serpente” pós-positivista(s): a má compreensão do papel dos princípios na teoria do direito!

Essa pseudo “confusão” vai permitir a manutenção da postura discricionária (arbitrária) do intérprete, agora repaginada, ou seja, sobre base argumentativa distinta, mas filosoficamente adequada à mesma postura metafísica típica da filosofia da consciência. Mantêm a relação sujeito/objeto, entre o intérprete e a aplicação, cindindo esta da interpretação, como se atos distintos fossem (primeiro interpreto, depois aplico, como já foi asseverado, considerando possível interpretar sem o fim de aplicar), criando algo impossível, vez que estes atos fazem parte de uma mesma dimensão, pois interpreto para aplicar.

Neste particular, sobressai a elaboração de teorias argumentativas, como, por exemplo, a da ponderação de valores. Destacam-se, entre outros, no Brasil, autores como Chãim Perelman, Klaus Günther, Jürgen Habermas e, principalmente, Robert Alexy; que, embora estrangeiros, têm suas obras traduzidas para português, angariando cada vez mais adeptos.

Não coaduna a análise destas teorias com o objeto central deste trabalho, todavia, apenas a título ilustrativo, para demonstrar que ao final sempre remetem a questão para o plano da “consciência” do intérprete, é válido

³⁴⁶ CARNEIRO, op. cit., p.165.

transcrever a distinção basilar formulada por Jürgen Habermas sobre regras e princípios, por ser bastante ilustrativa, ao sustentar que:

Regras e princípios também servem como argumentos na fundamentação de decisões, porém o seu valor posicional na lógica da argumentação é diferente. Pois regras contêm sempre um componente “se”, que especifica condições de aplicação típicas da situação, ao passo que princípios, ou surgem com uma pretensão de validade não-específica, ou são limitados em sua esfera de aplicação através de condições muito gerais, em todo o caso carentes de uma interpretação.³⁴⁷

Consigna-se, então, que independente da “perspectiva ou bandeira teórica adotada, o problema persistirá, na medida em que não for superado o esquema sujeito-objeto”³⁴⁸. A questão central, dessa forma, encontra-se nitidamente acentuada, independente da matriz teórica, nas condições pelas quais se dá a atribuição de sentido no ato interpretativo-aplicativo³⁴⁹.

Como crítica última ao “exagero” multifacetado, professado em torno dos princípios, manifesta-se Lenio Streck, nos seguintes termos:

“Positivaram-se os valores”: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a “criação” (sic), em um segundo momento, de todo tipo de “princípio” (sic), como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis ou “corrigir” (sic) as incertezas da linguagem.³⁵⁰

Tudo isso acontece em um “cenário” de dogmatismo extremo, faltava “luz” para (re)pensar a Teoria do Direito, e mais especificamente a sua interpretação, eis que dentro deste cenário “tenebroso” a “luz” surge nas contribuições da filosofia hermenêutica (Martin Heidegger) e da hermenêutica filosófica (Hans-Georg Gadamer). Antecede e proporciona essa “virada hermenêutica”³⁵¹ o

³⁴⁷ HABERMAS, op.cit., 1997, p.258.

³⁴⁸ STRECK, op. cit., 2009, p.475.

³⁴⁹ Idem. Ibidem, p. 475.

³⁵⁰ Idem, Ibidem, p.476.

³⁵¹ “A expressão *hermeneutic turn* foi utilizada por Don Hide em sua obra *Hermeneutic Phenomenology: The Philosophy of Paul Ricoeur*, na qual afirmou que “a virada hermenêutica propõe criar, ao contrário, um estar ciente da não-neutralidade da linguagem em uso. O

denominado *linguistic turn*, ou giro linguístico, diante da constatação filosófica de que “qualquer teoria sobre a interpretação humana tem que lidar com o fenômeno da linguagem”³⁵².

O capítulo está dividido em três partes. Na primeira o objetivo é apresentar a reestruturação hermenêutica a partir da influência dos modelos filosóficos de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. No segundo momento a análise recai sobre a (possível) influência desses pensamentos na (re)estruturação da hermenêutica jurídica. Por último apresenta a ideia de um modelo hermenêutico dialógico como possibilidade de desvelamento dos direitos fundamentais.

4.1 AS CONTRIBUIÇÕES DE MARTIN HEIDEGGER E HANS-GEORG GADAMER PARA A SEDIMENTAÇÃO DE UMA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA³⁵³:

Inicialmente é necessário registrar que a hermenêutica clássica era vista como “pura técnica de interpretação” (*Auslegung*), todavia com a “ruptura” promovida pela hermenêutica de matriz filosófica, passa-se a trabalhar com a ideia de “dar sentido”³⁵⁴.

Essa nova perspectiva, gerada pela hermenêutica filosófica, tem o escopo de consignar a hermenêutica como uma “teoria filosófica”, portanto “diz respeito à totalidade de nosso acesso ao mundo (*Weltzugang*). Pois é o modelo da linguagem e sua formação de realização – ou seja, o diálogo – que suporta

hermeneutic turn retrata e fundamenta a impossibilidade de reduzir a linguagem à perspectiva científico-moderna.” (ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica**. São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2005, p.65.)

³⁵² PALMER, op. cit., p.20.

³⁵³ Deve ser registrado que a filosofia hermenêutica (Martin Heidegger) e a hermenêutica filosófica (Hans-Georg Gadamer) são unificadas neste título sob a denominação apenas de: hermenêutica filosófica. O mais importante aqui não é a disputa de natureza terminológica, e sim compreender as “rupturas” permitidas pelo pensamento destes dois grandes expoentes da filosofia na contemporaneidade.

³⁵⁴ STRECK, op. cit., 2007, p.192

não somente o entendimento entre os homens, senão também o entendimento sobre as coisas de que é feito o nosso mundo”³⁵⁵.

Posto desta forma se torna curial analisar primeiro a influência do *giro linguístico* para o desenvolvimento da hermenêutica filosófica.

4.1.1 O *Linguistic Turn* (Giro Linguístico)³⁵⁶:

A ideia de um giro linguístico, ou uma virada linguística, não representa a descoberta de um novo campo da realidade, mas, antes de qualquer coisa, uma virada na própria concepção da filosofia, modificando, portanto, a maneira de entender e proceder da filosofia³⁵⁷.

Com essa mudança começa o caminho para a superação do dogma central da filosofia da consciência, pois a linguagem passa a constituir “uma unidade em oposição da dicotomia sujeito-objeto, isto porque *não descobrimos o mundo nem seu sentido independentemente da linguagem*, uma vez que propriamente as linguagens não são um meio para expor a verdade já conhecida”³⁵⁸.

A linguagem, assim, deixa de ser “meio”, torna-se ela própria evento inserida no processo de compreensão do mundo, de sorte que este *evento linguístico* seja “transposto para determinada categoria de pensamento, ou seja, inserto em determinado contexto linguístico, refira-se ao todo da linguagem e por ela compreendido”³⁵⁹.

³⁵⁵ Idem. Ibidem, p.193.

³⁵⁶ “A linguagem se tornou em nosso século, a questão central da filosofia. O estímulo para sua consideração surgiu a partir de diferentes problemáticas: na teoria do conhecimento, a crítica transcendental da razão foi, por sua vez, submetida a uma crítica e se transformou em “crítica do sentido” enquanto crítica da linguagem; a lógica se confrontou com o problema das linguagens artificiais e com a análise das linguagens naturais; a antropologia vai considerar a linguagem um produto específico do ser humano e tematizar a correlação entre forma da linguagem e visão do mundo; a ética, questionada em relação a sua racionalidade, vai partir da distinção fundamental entre sentenças declarativas e sentenças normativas.” (OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p.11.)

³⁵⁷ Idem. Ibidem, p.12.

³⁵⁸ STRECK, op. cit., 2007, p.145.

³⁵⁹ Idem. Ibidem, p.145/146.

Pouco a pouco se tornou claro que se tratava, no caso da “reviravolta lingüística” (*linguistic turn*), de um novo paradigma para a filosofia enquanto tal, o que significa dizer que a linguagem passa de objeto de reflexão filosófica para a “esfera dos fundamentos” de todo pensar, e a filosofia da linguagem passa a poder levantar a pretensão de ser a “filosofia primeira” à altura do nível de consciência crítica de nossos dias. (...) A linguagem é o espaço de expressividade do mundo, a instância de articulação de sua inteligibilidade.³⁶⁰

Dentro dessa ótica, a partir do século XX torna-se impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, principalmente na compreensão dos processos formulados intersubjetivamente entre os seres humanos.

Acontece que, desde o século XIX³⁶¹ já havia ocorrido o primeiro “giro lingüístico”, consoante o modelo conceitualmente descrito, ao considerarem a “linguagem como abertura e acesso ao mundo”³⁶².

Deve-se ponderar, porém, que não há uma imediata superação paradigmática da filosofia da consciência pela filosofia da linguagem, pois para que essa ruptura ocorra é necessário que ocorra o reconhecimento “de que a linguagem tem um papel constitutivo na nossa relação com o mundo”³⁶³.

Isso somente ocorrerá efetivamente na Filosofia do século XX, com o deslocamento das investigações filosóficas da sintática³⁶⁴ e semântica³⁶⁵ para o nível da pragmática³⁶⁶, onde de forma indelével prevalece a intersubjetividade, superando definitivamente a subjetividade³⁶⁷.

³⁶⁰ OLIVEIRA, op. cit., p.13.

³⁶¹ “No decorrer do século XIX generaliza-se a crítica contra a *reificação* e a *funcionalização de formas de vida e de relacionamento*, bem como contra a auto-compreensão objetivista da ciência e da técnica. Estes motivos desencadeiam a crítica aos fundamentos de uma filosofia que comprime tudo nas relações sujeito-objeto. *A mudança de paradigmas da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem* situa-se precisamente neste contexto.” (HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-Metafísico: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p.43.)

³⁶² STRECK, op. cit., 2007, p.143 e seguintes.

³⁶³ Idem. Ibidem, p.143.

³⁶⁴ “(...) no plano da sintaxe (...) é possível dizer que, do ponto de vista jurídico, uma expressão está sintaticamente bem formada quando o enunciado acerca de uma ação encontra-se deonticamente modalizado. Já a maneira pela qual as palavras se aplicam a objetos é estudado pela semântica. (...) A condição semântica de sentido pressupõe estar efetivada a condição sintática desse sentido. A junção das duas condições de sentido pode ser denominada de condição positivista de sentido.” (Idem. Ibidem, p.166.)

³⁶⁵ “No campo do Direito, a análise semântica encontra-se enraizada tanto no normativismo kelseniano como no realismo de Alf Ross.” (Idem. Ibidem, p.166.)

³⁶⁶ “A pragmática (...) trata dos modos de significar, dos usos e das funções da linguagem. Parte-se da idéia de que fatores intencionais dos usuários provocam alterações na relação designativa-denotativa dos significados das palavras ou expressões. (...) O problema dos usos das linguagens, por implicar a axiologização dos enunciados e da comunicação, não interessa ao neopositivismo,

A consciência lingüística da filosofia começa a florescer, com maior ênfase, na segunda metade do século XX. A passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, (...) traz vantagens objetivas, além de metódicas, uma vez que *ela nos tira do círculo aporético no qual o pensamento metafísico se choca com o antimetafísico*, isto é, onde o idealismo é contraposto ao materialismo, oferecendo ainda a possibilidade de atacar um problema insolúvel em termos metafísicos, que é a individualidade.³⁶⁸

Não some, assim, imediatamente, o individualismo transcendental metafísico, e a subjetividade, mas gradativamente, e inevitavelmente, esse paradigma foi superado, filosoficamente, pois “a síntese lingüística é muito mais o resultado da obra construtiva do entendimento, a qual se efetua através das formas de uma intersubjetividade rompida”³⁶⁹.

Merece destaque em qualquer estudo sobre o “giro lingüístico” a obra de Ludwig Wittgenstein. Os estudiosos do tema separam o pensamento de Wittgenstein em duas fases distintas, representadas por obras nucleares. A primeira fase seria a do *Tractatus Logicus Philosophicus*, e a segunda das *Investigações Filosóficas*³⁷⁰. Esta última merecerá destaque na análise deste trabalho.

O pensamento de Wittgenstein nessa fase é totalmente antissistemático, além de apresentar uma crítica à concepção instrumentalista da linguagem³⁷¹. Nessa perspectiva, as palavras somente possuem significado na medida em que designam algo, não possuem valor objetivo, não devem significar aquilo que elas

que silencia completamente o fato de que a ideologia pode ser também considerada como uma dimensão pragmática da linguagem. A pragmática, no âmbito do Direito, trouxe enormes contribuições, mormente para as correntes críticas, permitindo a descoberta das conexões existentes entre a lei e os fatores políticos que a engendraram. Daí a impossibilidade de realizar estudos jurídicos à margem da dimensão pragmática.” (Idem. Ibidem, p.167.)

³⁶⁷ É importante consignar que para Lenio Streck (op. cit., 2007, p.149); “fundamentais são as contribuições de Peirce, na virada deste século, e de Saussure, que, em 1916, com a publicação de seus trabalhos por seus alunos, inaugura a lingüística moderna com repercussões extraordinárias no decorrer do século XX. Enquanto Peirce, nos Estados Unidos, chamava seu estudo sobre os signos em geral de Semiótica, Saussure, na Europa, tratou-o como Semiologia.”

³⁶⁸ Idem. Ibidem, p.164.

³⁶⁹ HABERMAS, op. cit., 2002, p.57.

³⁷⁰ “(...) a mudança do 1º ao 2º Wittgenstein consistiu no abandono do pressuposto de uma linguagem precisa *única*, que, por meio da ‘forma lógica’ que este tem em comum com o mundo descritível, ditaria a lei de toda análise da linguagem e da realidade. Wittgenstein substitui esse pressuposto metafísico ou semântico-transcendental por outra hipótese de trabalho, que é a “do número ilimitado de diferentes ‘jogos lingüísticos’ que historicamente nascem e se dissolvem. Jogos que são como unidades, constituídas por uma regra de conduta, de uso lingüístico, forma de vida e abertura do mundo (=de uma situação).” (ROHDEN, op. cit. p.55)

³⁷¹ Idem. Ibidem, p.55.

próprias correspondem no seu sentido literal, logo, somente ganham significado no jogo comunicativo³⁷².

É quase uma unanimidade se tratar de tarefa extremamente árdua a interpretação dessa segunda fase de Wittgenstein, chegando-se à conclusão de que “de certo modo interpreta-se (...) contra ele mesmo, já que, inevitavelmente, se faz uma certa sistematização de seu pensamento, a não ser que se pretenda uma pura repetição, até textual, do que ele escreveu”³⁷³.

A segunda fase de Wittgenstein constitui um ataque veemente a uma concepção individualista de conhecimento e de linguagem, mas também irrompe contra todo dualismo epistemológico e antropológico. Ele critica, assim, a filosofia da consciência de Descartes, que numa perspectiva diferente, pode ser citado ao lado de Heidegger como um dos grandes críticos da subjetividade. (...) A crítica do 2º Wittgenstein dirige-se á visão de linguagem e função do conhecimento, ou seja, à teoria objetivista da linguagem em sua parcialidade enquanto concepção instrumental. (...) A linguagem não é um puro instrumento de comunicação de um conhecimento já realizado, é, antes, *condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento enquanto tal*.³⁷⁴

Pode-se apontar como um erro, do ponto de vista filosófico, isolar as expressões interpretadas do seu contexto, o que significa não compreender a dimensão integral da gramática da linguagem a ser interpretada³⁷⁵. Assim, o próprio Wittgenstein separa o que denomina de “gramática superficial” de uma “gramática profunda”, consoante se depreende do parágrafo 664 (Investigações Filosóficas)³⁷⁶.

Ainda segundo o próprio Wittgenstein, as expressões linguísticas somente ganham significado quando manejadas intersubjetivamente³⁷⁷, tornam-se, então

³⁷² WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigaciones Filosóficas**. Barcelona/Espanha: Altaya, 1999, p.21.

³⁷³ OLIVEIRA, op. cit., p.118.

³⁷⁴ ROHDEN, op. cit., p.56.

³⁷⁵ STRECK, op. cit., 2007, p.169.

³⁷⁶ “En el uso de una palabra se podría distinguir una 'gramática superficial' de una 'gramática profunda'. Lo que nos impone de manera inmediata en el uso de una palabra es su modo de uso en la construcción de la proposición, la parte de su uso — podría decirse — que se puede percibir con el oído. — Y ahora compárese la gramática profunda de las palabras «querer decir», por ejemplo, con lo que su gramática superficial nos haría suponer. No es de extrañar que nos sea difícil orientarnos.” (WITTGENSTEIN, op. cit., p.153)

³⁷⁷ “198. «¿Pero cómo puede una regla enseñarme lo que tengo que hacer en este lugar? Cualquier cosa que haga es, según alguna interpretación, compatible con la regla.» — No, no es eso lo que debe decirse. Sino esto: Toda interpretación pende, juntamente con lo interpretado, en el aire; no puede servirle de apoyo. Las interpretaciones solas no determinan el significado. «Así pues, ¿cualquier cosa que yo haga es compatible con la regla?» — Permítaseme preguntar esto: ¿Qué tiene que ver la expresión de la regla — el indicador de caminos, por ejemplo — con

válidas, pois eis que inseridas num processo de interação social-simbólica, de acordo com diferentes modos de realização. Esse processo, por óbvio, ganha sentido dentro de uma historicidade, estabelecendo junto com os demais membros da comunidade, então, regras e normas comportamentais. Registre-se, todavia, que mesmo seguindo essas regras “ninguém joga o mesmo jogo”³⁷⁸.

Destarte, diversas são as teorias e matrizes geradas pelo “giro linguístico”, todavia não é objetivo dessa pesquisa esgotá-las descrevendo-as, recaindo a opção de debate sobre aquilo que está conectado à temática central. Dessa sorte, conclui Jürgen Habermas nos seguintes termos:

(...) a guinada lingüística colocou o filosofar sobre uma base metódica mais segura e o libertou das aporias das teorias da consciência. Neste processo configurou-se, além disso, uma compreensão ontológica da linguagem, que torna a sua função hermenêutica, enquanto intérprete do mundo, independente em relação aos processos intramundanos de aprendizagem e que transfigura a evolução dos símbolos linguísticos inserindo-os num evento poético originário.³⁷⁹

Surgirá, então, na linha desta “reviravolta linguística”, a ideia de uma redução linguística da consciência, de sorte que a linguagem abrirá o mundo para o ser humano (Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer). Nessa esteira, Gadamer defenderá a “redução lingüística do ser, (...) para quem o ser é linguístico”, bem como a “ontologização do ser”, na concepção de Heidegger, pois entende este que “o ser é contorno, a configuração do ente”³⁸⁰.

A partir da discussão do *ser*, surgem as primeiras ideias da *hermenêutica filosófica* (ou filosofia hermenêutica, conforme já foi asseverado), completamente

mis acciones? ¿Qué clase de conexión existe ahí? — Bueno, quizás ésta: he sido adiestrado para una determinada reacción a ese signo y ahora reacciono así.

Pero con ello sólo has indicado una conexión causal, sólo has explicado cómo se produjo el que ahora nos guiamos por el indicador de caminos; no en qué consiste realmente ese seguir-el-signo. No; he indicado también que alguien se guía por un indicador de caminos solamente en la medida en que haya un uso estable, una costumbre.

199. ¿Es lo que llamamos «seguir una regla» algo que pudiera hacer sólo un hombre sólo una vez en la vida? — Y ésta es naturalmente una anotación sobre la gramática de la expresión «seguir una regla».

No puede haber sólo una única vez en que un hombre siga una regla. No puede haber sólo una única vez en que se haga un informe, se dé una orden, o se la entienda, etc. — Seguir una regla, hacer un informe, dar una orden, jugar una partida de ajedrez son costumbres (usos, instituciones). Entender una oración significa entender un lenguaje. Entender un lenguaje significa dominar una técnica.” (WITTGENSTEIN, op. cit., p.75)

³⁷⁸ Cfe. STRECK, op. cit., 2007, p.170 e OLIVEIRA, op. cit., p.139 e segs.

³⁷⁹ HABERMAS, op. cit., 2002, p.16.

³⁸⁰ STRECK, op. cit., 2007, p.175.

“afinada” com as premissas sedimentadas pela “reviravolta linguística”³⁸¹, de sorte que o conhecimento será situado e contextualizado historicamente, por intermédio de uma práxis mediada pela intersubjetividade³⁸².

A hermenêutica mediará, neste contexto, a relação entre a verdade empírica e a verdade absoluta, a partir das condições de mundo, linguisticamente compreendido, ou seja, dentro das condições humanas da linguagem³⁸³.

(...) a fenomenologia, que ao estar voltada sobre o sentido de mundo ante a consciência, estava em condições ótimas para valorar o tema da linguagem, mormente a partir da hermenêutica proposta por Heidegger. Desse modo, produzia-se uma nova relação com a reflexão hermenêutica do século passado, porém elevando-a à categoria filosófica, e não somente metódica, conforme se pode ver na hermenêutica de Gadamer.³⁸⁴

Cabe nesse quadro analisar as contribuições fundamentais de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer para a consolidação da hermenêutica de cariz filosófico. Contudo, antes de adentrar no pensamento heideggeriano, por uma questão didática, é importante fazer um breve aporte no pensamento fenomenológico de Edmund Husserl, ante a importância deste na formatação da ideia fenomenológica heideggeriana.

4.1.2 A (Re)Significação do Método Fenomenológico na Contemporaneidade: O Pensamento de Edmund Husserl

Edmund Husserl é considerado, pelos estudiosos da matéria, como o “pai” da fenomenologia, embora não tenha sido o primeiro a discutir as questões envolvendo o *fenômeno* e a *fenomenologia*, mas indubitavelmente aquele que despertou o entendimento sobre a necessidade de uma “ciência dos fenômenos”³⁸⁵.

Com a *fenomenologia* Husserl inaugura uma nova forma de orientação cognitiva que, diferentemente da orientação natural das ciências

³⁸¹ “(...) a) o conhecimento ocorre na linguagem (...); b) é na linguagem que há a surgência do mundo (...); c) é na linguagem que o sujeito surge-aparece-ocorre (...); d) é na linguagem que ocorre a ação (...); e) é na linguagem que se dá o sentido(...)” (Idem. Ibidem, p.175/176.)

³⁸² OLIVEIRA, op. cit., p.251.

³⁸³ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. Porto Alegre: Edipucrs, 1996, p.38.

³⁸⁴ STRECK, op. cit., 2007, p.174.

³⁸⁵ CARNEIRO, op. cit., p.58.

empíricas, será por ele chamada de *orientação fenomenológica*. Essa nova forma de orientação será viabilizada através de um conceito central no pensamento de Husserl, denominado de *redução fenomenológica*, que poderemos considerar como sendo o seu método por excelência.³⁸⁶

Assim, a fenomenologia, denominada agora como método por Husserl, “pretende achar o **sentido** dos fatos, não podendo, por isso mesmo, resumir-se a eles, pois o sentido transcende os dados empíricos”³⁸⁷. Completa João Maurício Adeodato:

Husserl sabe que os fatos de que parte sua descrição fenomenológica são particulares, casuísticos, vez que a realidade se apresenta individualizada. O que defende é que o resultado dessa descrição não tem o mesmo caráter empírico, ou seja, o ato de conhecimento forma um tipo ideal de fenômeno observado e descrito. Esse tipo ideal, ainda que revelado a partir de dados empíricos, mostra uma estrutura apriorística que independe do fato de que partiu.³⁸⁸

As palavras que estabeleciam, então, o comando de ordem da fenomenologia husserliana eram: *retorno às coisas mesmas*. Com isso “a essência da fenomenologia visava abrir, mediante a descrição e a análise, o espaço em que se dão as coisas”³⁸⁹. Para realizar essa tarefa, é preciso analisar os atos intencionais da consciência, que, por sua vez, estabelece a correlação entre o ato e o dado no ato.

Nessa linha, o próprio Husserl assevera que:

(...) a fenomenologia tem por essência de reivindicar o direito de ser filosofia “primeira” e de oferecer os meios para toda crítica da razão que se possa almejar; e que, por isso, ela requer a mais completa ausência de pressupostos e absoluta evidência reflexiva sobre si mesma³⁹⁰.

Isso só é possível mediante redução a um princípio único. Isto significa o retorno ao fenomenalmente dado, regressando à dimensão que cada fenômeno se dá originalmente, aquém de qualquer especulação metafísica³⁹¹.

A fenomenologia representa, na concepção de Husserl, um domínio onde as pesquisas se realizam de forma neutra, pois pelo seu método puro e intuitivo

³⁸⁶ Idem. Ibidem. p.58.

³⁸⁷ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito: Uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.72.

³⁸⁸ Idem. Ibidem. p.72.

³⁸⁹ STEIN, op. cit., 2005, p.43.

³⁹⁰ HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma Fenomenologia Pura e para uma Filosofia Fenomenológica: Introdução geral à fenomenologia pura**. Aparecida/SP: Idéias e Letras, 2006, p.144.

³⁹¹ STEIN, op. cit., 2005, p.43.

ela descreve e analisa a generalidade da essência, e por outro lado, revela as “fontes” de onde decorrem os conceitos fundamentais e as leis ideais³⁹².

Esta “redução” em busca do fundamento, das essências³⁹³, das coisas ganha lugar de destaque no pensamento husserliano.

Desenvolveremos então um método de “reduções fenomenológicas”, em conformidade com o qual poderemos remover as barreiras cognitivas inerentes à essência de todo modo natural de investigação, diversificando a direção unilateral própria ao olhar até obtermos o livre horizonte dos fenômenos “transcendentalmente” purificados, e, com ele, o campo da fenomenologia em nosso sentido próprio³⁹⁴.

Somente por meio da “redução fenomenológica” será possível acessar à consciência pura, segundo Husserl, e, por consequência, fazer uma fenomenologia pura. Isso se justifica no fato da “redução fenomenológica” demandar a suspensão do juízo sobre a existência espaço-temporal, e em face desta suspensão, por sua vez, restará a consciência como “resíduo fenomenológico”, região esta que se particularizará como campo próprio de investigação dessa “ciência” chamada *fenomenologia*³⁹⁵.

Como evitar que esta “consciência” interfira na compreensão do fenômeno? Esta é uma questão suscitada pelo próprio Husserl:

(...) um problema epistemológico altamente significativo é ter plena clareza sobre as questões de princípio aqui implicadas, isto é, após fixar o conceito de multiplicidade definida, examinar as condições necessárias que têm de ser satisfeitas por um domínio material determinado, caso deva corresponder a essa idéia. Uma condição para isso é a *exatidão na formação conceitual*, que de modo algum depende de nosso livre-arbítrio e de nossa arte lógica, mas pressupõe, no tocante aos conceitos axiomáticos pretendidos, que precisam ser atestáveis em intuição imediata, *exatidão na própria essência apreendida*.³⁹⁶

Deve-se notar, todavia, que havia uma espécie de “armadilha” nesta constatação de Husserl, por ele próprio advertida ao afirmar que: “a consciência tem em geral a peculiaridade de ser um flutuar que transcorre em diferentes

³⁹² STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude: Estrutura e movimento da interrogação Heideggeriana**. Ijuí/RS: Editora Unijuí, 2001, p.136.

³⁹³ “Ao universo formado por tais **essências**, Husserl chama região **eidética** (do grego *eidos*): Toda ciência de fatos (ciência experimental) tem fundamentos teóricos essenciais nas ontologias eidéticas”. “Essa essência eidética é responsável pela capacidade do sujeito cognoscente no sentido de conceituar objetos individuais que não tenham participado ainda de qualquer experiência anterior, a solução de Husserl, evidentemente não nominalista, ao antigo problema dos universais”. (ADEODATO, op. cit., 2008, p.72.)

³⁹⁴ HUSSERL, op. cit., p.27.

³⁹⁵ CARNEIRO, op. cit., p.59.

³⁹⁶ HUSSERL, op. cit., p.159.

dimensões, de modo que não se pode falar de uma fixação conceitual exata de quaisquer conceitos eidéticos e de todos os momentos que os constituem imediatamente”³⁹⁷.

Husserl denominou o processo mental para atingir as essências dos fenômenos, em abandono do mundo empírico ilusório, de **epoché** (do grego “eu me abstenho”)³⁹⁸. Constata-se, todavia, que, mesmo ciente da “armadilha”, ele considera a *redução fenomenológica transcendental* importante elemento da *epoché*, “na qual a própria consciência de subjetividade, empírica, torna-se **consciência pura**, cujo único caráter é a intencionalidade: essa consciência pura é o **eu transcendental**”³⁹⁹.

Eis o problema do pensamento husserliano, “a redução fenomenológica que Husserl propõe não nos leva ao *ser*, mas a uma ideia transcendental que mantém o sujeito nas trilhas da filosofia da consciência”⁴⁰⁰. Vale ressaltar, que a filosofia da consciência representa o modelo filosófico que sustentou modelos como o idealismo e o realismo, e parte da cisão entre sujeito (cognoscente) x objeto (cognoscível), via de regra pela equação *adequatio rei et intellectus*, ou seja, o que se torna “verdade” é aquilo que “eu decido ser a verdade”, conforme minha consciência⁴⁰¹.

Não se pode, contudo, negar o papel fundamental de Edmund Husserl para elaborar “uma filosofia como ciência rigorosa”, e “todo o seu esforço para construir uma fenomenologia transcendental para chegar à filosofia como ciência rigorosa”⁴⁰². E, principalmente, ao celebrar a palavra de ordem da fenomenologia: “às coisas em si mesmas”; que consigna a sua essência axial, qual seja: “cada espécie de ente tem seu modo próprio de se revelar ao investigador e constatações filosóficas com sentido somente podem ser feitas quando fundadas nessa auto-revelação”⁴⁰³.

³⁹⁷ Idem. Ibidem, p.161.

³⁹⁸ ADEODATO, op. cit., 2008, p.75/76.

³⁹⁹ Idem. Ibidem, p.76.

⁴⁰⁰ CARNEIRO, op. cit, p.62.

⁴⁰¹ Vide STRECK, op. cit., 2010 e HEIDEGGER, op. cit., 2009.

⁴⁰² STEIN, op. cit., 2001, p.141.

⁴⁰³ Idem. Ibidem, p.138.

4.1.3 A Base Hermenêutica do Pensamento Heideggeriano

Martin Heidegger é das figuras mais proeminentes e polêmicas da filosofia no séc. XX. O objetivo neste ponto é estudar a base da *fenomenologia hermenêutica* heideggeriana para uma posterior reflexão crítica acerca da hermenêutica jurídica. “A complexidade e inovação de suas propostas resultam da convergência e da tensão com diversas matrizes e pensadores, ainda que tenha sido significativo o papel da fenomenologia de Edmund Husserl”⁴⁰⁴.

Com Heidegger, a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica, para a qual a compreensão é entendida como estrutura ontológica do *Dasein* (ser-aí ou presença), em que o *Da* (o aí) é como as coisas, ao aparecerem, chegam ao ser, não sendo esse modo uma “propriedade do ser, mas, sim, o próprio ser”. Heidegger situa a questão da ontologia fundamental no sentido do ser; a clarificação desta questão somente pode resultar do recurso ao único ente que compreende ser, que é o homem (*Dasein*), o estar-aí, que é o ser-no-mundo, que é cuidado (*Sorge*), cuidado é temporal (*zeitlich*)⁴⁰⁵.

Assim, com Heidegger, a tarefa fundamental da filosofia será “captar o ser como velamento e desvelamento por meio de um método adequado e no horizonte adequado. O método adequado será o da fenomenologia esboçada em *Ser e Tempo*”⁴⁰⁶.

Aceita Heidegger a utilização do método fenomenológico, vez que este “tinha aberto o campo de uma apreensão pré-conceptual dos fenômenos”⁴⁰⁷, ou seja, independente de conceitos prévios, na sua maioria esmagadora dotados de alto grau de subjetividade.

Desde o primeiro momento, todavia, a noção de fenomenologia adotada por Heidegger afasta-se em essência da de Husserl. Embora Heidegger comungue da necessidade do método fenomenológico, entende este como “o

⁴⁰⁴ CARNEIRO, op. cit., 2011, p. 57.

⁴⁰⁵ STRECK, op. cit., 2007, p.194.

⁴⁰⁶ STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana**. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 147.

⁴⁰⁷ PALMER, op. cit., p.129.

meio vital do ser-no-mundo histórico do homem”⁴⁰⁸, em detrimento do modelo subjetivo transcendental husserliano.

Ao explicar a questão *fenomenológica*, referindo-se ao método adequado, Heidegger define a ideia central nos seguintes termos:

A palavra “fenomenologia” exprime uma máxima que se pode formular na expressão: “para as coisas elas mesmas!” – por oposição às construções soltas no ar, às descobertas acidentais, à admissão de conceitos só aparentemente verificados, por oposição às pseudoquestões que se apresentam, muitas vezes, como “problemas”, ao longo de muitas gerações⁴⁰⁹.

Constitui a “fenomenologia”, na concepção heideggeriana, “a via de acesso e o modo de comprovação para se determinar o que deve constituir o tema da ontologia. Ontologia só é possível como fenomenologia”⁴¹⁰. Assim, conceitua Heidegger:

O conceito fenomenológico de fenômeno propõe, como o que se mostra, o ser dos entes, o seu sentido, suas modificações e derivados. Pois, o mostrar-se não é um mostrar-se qualquer e, muito menos, uma manifestação. O ser dos entes nunca pode ser uma coisa “atrás” da qual esteja outra coisa “que não se manifesta”⁴¹¹.

Heidegger deixa isso mais claro ainda quando consigna que: “A manifestação do ente é um desvelamento. Desvelamento realmente é (...) que costumamos traduzir, embora não dizendo efetivamente nada com essa tradução, por “verdade”. Verdadeiro, isto é, desvelado, é o próprio ente”⁴¹².

Isto, todavia, não ocorre em uma perspectiva subjetivista, pois a *presença* (ser-aí), como condição de desvelamento, e, portanto, verdade, é algo compartilhado, dialogicamente, com um ser-um-com-o-outro. Afirma Heidegger que:

Na análise do ser-um-com-o-outro, nós o caracterizamos provisoriamente com um ser junto ao mesmo, junto a algo comum, que interpretamos mais exatamente como um compartilhamento de algo. Esse compartilhamento de algo veio à tona para nós inicialmente sob a forma de um entregar-se mutuamente algo no uso. (...) esse compartilhamento de algo no ser-um-com-o-outro junto a um ente por si subsistente não pode residir na concretização do próprio uso, mas em

⁴⁰⁸ Idem. Ibidem, p.130.

⁴⁰⁹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 66.

⁴¹⁰ Idem. Ibidem, p. 75.

⁴¹¹ Idem. Ibidem, p.75.

⁴¹² HEIDEGGER, op. cit., 2009, p. 81.

uma maneira de ser do ser-aí que é anterior a todo uso e possibilita pela primeira vez o fazer um uso comum de algo⁴¹³.

Este algo está relacionado a um comportamento, o que leva à conclusão da necessidade de compartilhamento de comportamentos, a busca do “outro” como fundamental, na perspectiva fenomenológica heideggeriana. O ser está *presente* no mundo que compartilha com o *outro*, somente dessa forma é possível compreender, e, principalmente, atingir o sentido (desvelar) a *verdade*.

Em perfeita análise sobre o tema, Ernildo Stein afirma que:

É em *Ser e Tempo*, ainda numa analítica transcendental, que Heidegger esboça uma fenomenologia que procura pensar essa camada da realidade do ser-no-mundo, do mundo da vida, das vivências cotidianas, que se ocultam nos *actus exerciti*. Heidegger não sonha em reduzir essa realidade a um horizonte transcendental do puro eu conforme o modelo husserliano. Pelo contrário, para ele o papel da fenomenologia consistia em se inserir nessa realidade que escapa à total auto transparência e nela manifestar aquilo que ali se ocultava à reflexão, assim como a partir de si se manifestava, isto é, ocultando-se para a radicalidade reflexiva⁴¹⁴.

Pelo exposto, percebe-se a importância para a determinação do *ser* do conceito de mundo, e mais especificamente de *mundo da vida*. A definição de mundo para Heidegger é construída da seguinte forma:

Descrever fenomenologicamente o “mundo” significa mostrar e fixar numa categoria conceitual o ser dos entes que simplesmente se dão dentro do mundo. Os entes dentro do mundo são as coisas, as coisas naturais e as coisas “dotadas de valor”. O seu caráter de coisa torna-se problema; e como o caráter de coisa das coisas dotadas de valor se edifica sobre o caráter da coisa natural, o tema primário é o ser das coisas naturais, a natureza como tal. A substancialidade é o caráter ontológico das coisas naturais, das substâncias.⁴¹⁵

Em primeiro lugar é preciso asseverar que a ideia de mundo no pensamento heideggeriano tem uma finalidade, qual seja a de evitar “cair no fundamentalismo imitado de Kant nem no holismo imitado de Hegel, mas sim numa posição que pense a condição humana primeira”⁴¹⁶.

A preocupação em evitar no processo compreensivo a armadilha subjetivista metafísica, impondo preliminarmente a este processo a significação

⁴¹³ Idem. Ibidem, p. 113.

⁴¹⁴ STEIN, op. cit., 2001, p.153.

⁴¹⁵ HEIDEGGER, op. cit., 2006, p.110.

⁴¹⁶ STEIN, Ernildo. **Mundo Vivido: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia**. Porto Alegre: Edipucrs, 2004, p.134.

contextualizada do ser humano. A ideia de mundo, diversamente do modelo transcendental husserliano⁴¹⁷, ganha em Heidegger a pretensão de descrever a presença do ser humano histórico, sendo esta a “condição de possibilidade da realidade do universo e do ser humano existente concretamente”⁴¹⁸.

No momento, todavia, que o ser humano existe concretamente ele percebe a existência dos *entes*, donde lhe é possível constatar a diferença ontológica. “A diferença ontológica constitui o como (*wie*) tudo é acessível, vem ao encontro, mas ela mesma é inacessível ao pensamento objetificador”⁴¹⁹.

O que se quer esclarecer é que o próprio *ser* não pode ser *entificado*, existe uma *diferença ontológica* entre eles, pois o “ser não se dá isolado como objeto a ser conhecido; mas ele faz parte da condição essencial do ser humano”⁴²⁰, sob pena de um retorno à metafísica, modelo que sustentava a *entificação do ser*, sem a percepção da *diferença ontológica*.

Com isso, o “*ser* encontrava o seu devido lugar, ou seja, uma vez retirado da condição de objeto, era alçado à condição de *linguagem* que acontece fenomenologicamente no *Dasein*”⁴²¹. Revolucionaria, assim, a *linguagem* a ideia de uma diferença ontológica, colaborando Heidegger com a quebra da estrutura sujeito-objeto, e a conseqüente valorização da relação sujeito-sujeito, seguindo o movimento iniciado pela quebra paradigmática proposta pelo *giro linguístico*.

A valorização dada à filosofia nessa perspectiva foi tão grande, a ponto de sustentar que filosofia contemporânea seria filosofia da linguagem. Nesse sentido Heidegger contribui sobremaneira ao viabilizar a “colocação do *ser* em um plano distinto do objeto e passa a ser visto como “sentido de um ente”, o que faz dele linguagem”⁴²².

⁴¹⁷ “A única maneira de fugir disso é ir para um lugar que afirmamos a idéia de mundo, que não é mais do nível nem do racionalismo, nem do idealismo, ou melhor, que se coloca a nível de superar a diferença entre sujeito e objeto, porque é anterior à relação sujeito-objeto. Esta é, no sentido próprio, a marca do paradigma heideggeriano.” (Idem. Ibidem, p.135.)

⁴¹⁸ Idem. Ibidem, p.135.

⁴¹⁹ STEIN, Ernildo. **Diferença e Metafísica: Ensaio sobre a desconstrução**. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p.101.

⁴²⁰ Idem. Ibidem, p.103.

⁴²¹ CARNEIRO, op. cit., p.69.

⁴²² Idem. Ibidem, p.71.

Para atingir este objetivo, proposto por sua filosofia hermenêutica (ou *fenomenologia hermenêutica*), Heidegger desvela, então, a importância da linguagem, vez que “a hermenêutica da facticidade quer basicamente ser uma hermenêutica daquilo tudo que trabalha por detrás da elocução”⁴²³. É certo que, nessa linha, “a linguagem se fez valer, agora, como a “morada do ser”, como se ela tivesse assumido, a partir de agora, a precedente e insuperável revelação do ser”⁴²⁴.

A linguagem, em grande medida, quando Heidegger formulou sua base *hermenêutica*, era tida como informação, dentro de um âmbito meramente instrumental, e, portanto, dotada de alto grau de subjetividade, determinada pela consciência do intérprete, em suma, como mera ideia de representação⁴²⁵.

(...) o que Heidegger pretende, não negando o valor do caráter instrumental da linguagem, é fazer o “*passo para trás*”, a fim de poder pensar a relação originária do homem com a linguagem que, para ele, não constitui uma pesquisa a mais ao lado das ciências e da filosofia da tradição, mas é uma descida aos seus “fundamentos”, pois é essa relação originária que é sempre pressuposta em toda ciência e filosofia.⁴²⁶

A *linguagem*, logo a palavra, então irá proporcionar o desvelamento do ser, que ocorre diante do outro, dentro de um processo comunicacional, estabelecendo aquilo que se pode denominar de uma *pragmática existencial*⁴²⁷. Conclui, então, Jean Grondin, que para Heidegger, seguindo a linha de Schleiermacher, a definição de hermenêutica se sintetizaria como “a arte de entender corretamente o discurso de outra pessoa, sobretudo o escrito”⁴²⁸.

É bem verdade que existe uma *dupla estrutura da linguagem*, subdividida em hermenêutica e apofântica⁴²⁹. Como a preocupação central aqui é com a

⁴²³ GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. São Leopoldo/RS: Ed. Unisinos, 1999, p.160.

⁴²⁴ Idem. Ibidem, p.173.

⁴²⁵ OLIVEIRA, op. cit., p.205.

⁴²⁶ Idem. Ibidem, p.205.

⁴²⁷ Idem. Ibidem, p.213 e segs.

⁴²⁸ GRONDIN, op. cit., p.176.

⁴²⁹ “(...) Heidegger demonstra que o plano apofântico é resultado de uma compreensibilidade prévia. Primeiro compreendemos as coisas para depois dizê-las. A compreensão se dá como desvelamento do *ser*, logo, como sentido. Esse sentido pode até ser descrito apofânticamente, mas ele não será o sentido. Ao dizer, necessitamos do *logos*, o que faz deste uma construção artificial do sentido. A linguagem no plano apofântico não representa um *medium*, na medida em que o sentido das coisas se dá no plano hermenêutico. Compreendemos no plano hermenêutico; emocionamo-nos no plano hermenêutico e valoramos no plano hermenêutico. No apofântico,

interpretação decorrente do processo compreensivo, de forma que se compreenda “o *ser* de um ente que constitui uma síntese precária de uma realidade já compreendida e compartilhada”⁴³⁰, fica o registro da existência desta duplicidade, que em momentos gera uma espécie de “dobra da linguagem”⁴³¹.

Outro ponto fundamental na tarefa de estabelecer a base hermenêutica do pensamento heideggeriano consiste na compreensão do *círculo hermenêutico*. A ideia da circularidade antecede Heidegger, e pode ser vista no trabalho de Frie⁴³²drich Schleirmacher, citando os trabalhos de Ast e Wolf, ao entabular a noção de *círculo hermenêutico* para explicar a relação entre o *todo* e as *partes*. Defende que o *todo* não pode ser compreendido sem as *partes* e vice-versa.

Heidegger, por sua vez, além de incorporar a relação entre o *todo* e as *partes*, justifica, ao defender que:

A presença é de tal maneira que ela sempre compreendeu ou não compreendeu ser dessa ou daquela maneira. Enquanto um tal compreender, ela “sabe” a *quantas* ela mesma anda, isto é, a quantas anda o seu poder-ser. Esse “saber” não nasce primeiro de uma percepção imanente de si mesma, mas pertence ao ser do pre da presença que, em sua essência, é compreender. (...) *Compreender é o ser existencial do próprio poder-ser da presença de tal maneira que, em si mesma, esse ser se abre e mostra a quantas anda seu próprio ser.*⁴³³

Pode-se definir a utilização do *círculo hermenêutico*⁴³⁴, por Heidegger, como característica da compreensão, na medida em que “não é um círculo fatal

apenas tentamos registrar os nossos processos vitais em uma tentativa de poder compartilhá-los, mas o sucesso dessa integração dependerá de um alinhamento no plano hermenêutico. O apofântico representa uma síntese - necessária e imprescindível, é verdade – do mundo em que vivemos, mas não é o mundo em que vivemos. A fenomenologia hermenêutica ao exigir a ida às coisas mesmas nos desloca para o plano hermenêutico, fazendo do plano apofântico apenas um fenômeno índice que embora possibilite desvelamentos, vela o que está “na dobra da linguagem”.” (CARNEIRO, op. cit., p.76.)

⁴³⁰ Idem. Ibidem, p.76.

⁴³¹ Vide por exemplo as críticas formuladas por Lenio Streck, em seu livro *Verdade e Consenso* (op. cit., 2009).

⁴³² SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermenêutica: Arte e técnica da interpretação**. 8ª ed. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2010.

⁴³³ HEIDEGGER, op. cit., 2006, p.204/205.

⁴³⁴ “A instauração da circularidade da compreensão ontológica do ser-aí representa um elemento definitivo no pensamento de Heidegger, à medida que ele toma por ponto de partida a analítica existencial. Além de o círculo caracterizar todo o seu caminho filosófico, seu próprio método atinge suas possibilidades supremas enquanto se conforma com o próprio movimento circular da interrogação pelo sentido do ser. (...) O círculo da compreensão sustenta o método fenomenológico.” (STEIN, op. cit., 2001, p.248.)

no qual toda e qualquer forma de conhecimento se tivesse de movimentar: ele é a expressão da estrutura existencial da antecipação do próprio *ser-aí*⁴³⁵.

Só é possível compreender as partes porque já entronizamos o sentido de um todo a ser compreendido, com isso “compreendemos porque já temos a compreensão, logo, a compreensão que se dá como fenômeno no sentido fenomenológico e a sua condição existencial formam um círculo: o círculo hermenêutico”⁴³⁶.

Para que ocorra uma verdadeira “inserção” no *círculo hermenêutico* é necessário uma adesão integral e irrestrita ao método fenomenológico, pois “que procura atingir as coisas, assim como em si mesmas e a partir de si mesmas se manifestam”. Assim, a intenção é “preparar as verdadeiras antecipações para a explicitação do sentido do ser em geral”⁴³⁷.

A compreensão é concebida por Heidegger como uma antecipação, ou seja, um projeto de todo. A interpretação, por sua vez, representa a verificação das partes desse projeto que já estavam pressupostas. Esse projeto de todo, na medida que é um antecipar-se, pode se mostrar falho diante de um novo elemento fenomenal que se mostre. (...) Diante da interação dos círculos, é possível constatar que o fenômeno enquanto aquilo que se mostra só é compreendido porque o *Dasein* se antecipa na compreensão de seu todo e, partindo da interpretação de elementos particulares que se mostram posteriormente, pode reformular o projeto até o ponto culminante de uma nova compreensão.⁴³⁸

Além de tudo que já foi dito, então, merece ressalva o fato de o *círculo hermenêutico* não se encontrar “fechado”, admitindo a revisibilidade do projeto, a partir de fenômenos particulares, ou seja, dentro do modelo fenomenológico. Ademais, embora “o círculo existencial conceba esse ir/vir ao fenômeno, a compreensão, ainda que provisória, sempre estará presente como compreensão”⁴³⁹.

Para o funcionamento do círculo, todavia, como já foi dito, é fundamental a *analítica existencial do Dasein*. O objetivo desta analítica é proporcionar o desvelamento das estruturas do *Dasein*, estruturas essas que se opõem e

⁴³⁵ Idem. Ibidem, p.248.

⁴³⁶ CARNEIRO, op. cit., p.70.

⁴³⁷ STEIN, op. cit., 2001, p.249.

⁴³⁸ CARNEIRO, op. cit., p.70/71.

⁴³⁹ Idem. Ibidem, p.71.

distinguem das estruturas categoriais intramundanas⁴⁴⁰. Nesse aspecto o horizonte para determinação do *ser-aí* (*Dasein* – presença) é a temporalidade.

A temporalidade heideggeriana se manifesta na tríade: passado-presente-futuro, é o que Heidegger denomina de *cuidado* (*Sorge*).

No passado somos a *facticidade* de um *ente* que está á desde já e sempre *em um mundo* que nos abriga. (...) Estar *em um mundo* quer dizer estar *num mundo*; manter com esse mundo uma relação recíproca com os outros que estão dentro desse mesmo espaço. (...) é estar em *um mundo de linguagem*, que é construída pela interação recíproca com o outro nesse diálogo que nós desde já e sempre somos. Se Estamos *num mundo* é porque fomos conduzidos por um trilho que só pôde nos trazer até esse mundo porque ele não foi interrompido, porque seguiu seu curso.

No presente, somos a *decaída* em um *mundo dos entes*. Estamos em meio às coisas, aos utensílios que utilizamos cotidianamente. O significado desses instrumentos é a referência de sentido de que nos valemos no cotidiano. (...) Vivemos alienados em nossas atividades do dia a dia e não refletimos sobre as mudanças *no mundo*. Na *mundanidade* do mundo dos entes deixamos de perceber que o *tempo* já passou e que o sentido das coisas já é outro.

No futuro somos *existência* e nos colocamos diante de nós mesmos. Perceber a minha *existência* implica perceber a *existência* do outro. Essa abertura nos tira da alienação da cotidianidade e nos lança em um projeto. O projeto é o que se antecipa na compreensão e, ao mesmo tempo, é também o que nos limita. Estamos, portanto, limitados por um futuro que já somos.⁴⁴¹

Assim, em suma, no presente nos angustiamos com um futuro que já se deu, logo o “ser é finito porque é compreendido pelo ser-aí que é finito enquanto preocupação e temporalidade”⁴⁴², e dentro dessa temporalidade estamos inseridos em um futuro de sentidos já projetados pela *presença*.

E é dentro dessa temporalidade que se dá a compreensão, que por sua vez determina a interpretação, vez que há uma fusão entre compreender e interpretar. Dessa forma, “interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas no compreender”⁴⁴³.

A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que “está” no texto, aquilo que, de imediato,

⁴⁴⁰ Idem. Ibidem, p.66.

⁴⁴¹ Idem. Ibidem, p.67/68.

⁴⁴² STEIN, op. cit., 2001., p.295.

⁴⁴³ HEIDEGGER, op. cit., 2006, p.209.

apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já “põe”, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia.⁴⁴⁴

Não há, pois, como cindir compreensão e interpretação, compreende-se algo porque se quer interpretar e vice-versa. Ao compreender já se está interpretando. Logo o ato de interpretação segue todos os “caminhos” indicados no pensamento heideggeriano exposto aqui de forma sintética, apenas nos seus pontos basilares, permitindo uma reflexão crítica sobre a aplicabilidade deste pensamento ao Direito.

Antes, contudo, é importante ver as contribuições hermenêuticas propostas por Hans-Georg Gadamer, seguindo a trilha de seu antigo mestre Martin Heidegger.

4.1.4 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA GADAMERIANA

A proposta *hermenêutica filosófica*, iniciada na obra *Verdade e Método*, segundo seu próprio autor, Hans-Georg Gadamer⁴⁴⁵, introduz “uma crítica da consciência estética, a fim de defender a experiência da verdade que nos é comunicada pela obra de arte contra a teoria estética, que se deixa limitar pelo conceito de verdade da ciência”⁴⁴⁶.

Este não pode ser considerado, porém, o seu “verdadeiro” objetivo central com aquela que é reconhecida como a principal obra de sua autoria, pois

⁴⁴⁴ Idem. Ibidem, p.211/212.

⁴⁴⁵ Acerca da influência sofrida no seu pensamento, é necessário asseverar que “o filósofo tivera em seus anos de Marburgo, uma proximidade muito intensa com os neokantianos e a fenomenologia de Husserl, enquanto preparava a sua tese na área da literatura grega. Quando iniciou um contato mais intenso com o trabalho de Heidegger, foi por este levado a fazer a sua tese de livre docência em filosofia, sobre a questão da ética no *Filebo*. O autor também lembra do impacto que tivera com o projeto sobre a interpretação de Aristóteles que Heidegger enviara para Natorp, candidatando-se para uma vaga na área de filosofia em Marburgo. Trata-se do manuscrito *Interpretações fenomenológicas de Aristóteles: indicações da situação hermenêutica*, de 1922. Nesse texto já aparecera um conceito de situação hermenêutica que Heidegger procurava descrever como condição para qualquer interpretação.” (STEIN, Ernildo. **Gadamer e a Consumação da Hermenêutica**. in STEIN, Ernildo e STRECK, Lenio (orgs.). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.10/11.)

⁴⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. 5ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2003, p.31.

esta ideia não atingira, ainda, a relação necessária entre a *verdade* e o *método*⁴⁴⁷, pois para Gadamer a arte “poderia libertar o conceito de verdade da camisa de força imposta pela metodologia científica”⁴⁴⁸.

Decorre desse pensamento a defesa que muitos têm promovido de que a ideia central daquela obra poderia ser, tranquilamente, entendida como *verdade contra o método*⁴⁴⁹.

Abandona-se a antiga concepção de hermenêutica como sendo a base metodológica específica das *Geisteswissenschaften*; o próprio estatuto do método é posto em causa, pois o título do livro de Gadamer é irônico: o método não é o caminho para a verdade. Pelo contrário, a verdade zomba do homem metódico. A compreensão não se concebe como um processo subjectivo do homem face a um objeto mas sim como o modo de ser do próprio homem (...).⁴⁵⁰

Ao propor essa “ruptura” com o padrão metodológico desenvolvido pelas ciências físicas e naturais, Gadamer não se opõe definitivamente contra o método, ele conclui pela impossibilidade das ciências do espírito copiar aquele modelo, por constituir o método limitação de alcance da verdade. A ideia é buscar um método adequado.

Mas o que representa o verdadeiro problema para as ciências filosóficas colocam ao pensamento é que não se consegue compreender corretamente a natureza das ciências do espírito, usando o padrão de conhecimento progressivo da legalidade (*Gesetzmässigkeit*). A experiência do mundo sócio-histórico não se eleva ao nível de ciência pelo processo indutivo das ciências da natureza. O que quer que signifique ciência aqui, e mesmo que em todo conhecimento histórico esteja incluído o emprego da experiência genérica no respectivo objeto de pesquisa, o conhecimento histórico não aspira tomar o fenômeno concreto como o caso de uma regra geral. O caso individual não se limita a confirmar uma legalidade, a partir da qual, em sentido prático, se poderia fazer previsões. Seu ideal é, antes, compreender o próprio fenômeno na sua convicção singular e histórica.⁴⁵¹

Entende Gadamer, dessa forma, necessária a incorporação da fenomenologia como o método adequado às ciências do espírito, pela sua capacidade de compreensão dos fenômenos, como eles são em si mesmos, a partir de duas variáveis: a singularidade e a historicidade.

⁴⁴⁷ CARNEIRO, op. cit., 2011, p.79.

⁴⁴⁸ Idem. Ibidem, p.79.

⁴⁴⁹ Entre tantos, Lenio Streck em suas obras *Verdade e Consenso* e *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, op. cit..

⁴⁵⁰ PALMER, op. cit., p.168.

⁴⁵¹ GADAMER, op. cit., 2003, p.38.

Assim, a assunção das bases da *fenomenologia hermenêutica* (heideggeriana), por Gadamer, representa a abertura de “novos horizontes para a ciência, especialmente no que diz respeito à articulação entre compreensão e orientação das ações, criando possibilidades para a retomada da racionalidade moral prática em sociedades de alta complexidade”⁴⁵².

Acontece, que todo processo de compreensão, na concepção gadameriana, deve estar necessariamente e indissociavelmente ligado à condição histórica⁴⁵³ que subjaz o fenômeno a ser interpretado⁴⁵⁴.

(...) a história é a condição prévia para que o ente seja um ser-no-mundo. Não há uma contraposição entre sujeito e objeto, e sim uma fusão entre ambos a partir de sua historicidade. O existir do “sujeito” é um existir histórico, enquanto ser-no-mundo, em que o “objeto” não é construído pelo “cogito” e tampouco é refletido na consciência, mas, sim, se desvela pela linguagem. O desvelamento do ser de um ente passa pela possibilidade de seu existir, que só acontece na história linguisticamente apreendida.⁴⁵⁵

A linguagem (influência heideggeriana) assume papel central no pensamento de Gadamer, e “embora a frase “*ser que pode ser compreendido é linguagem*” não esteja no início de *Verdade e Método*, entende-se que é por ela que se pode/deve começar a analisar a sua obra e a sua pretensão hermenêutica”⁴⁵⁶. Tomando, então, este ponto de partida, Lenio Streck analisa que:

⁴⁵² CARNEIRO, op. cit., p.96.

⁴⁵³ “Todo encontro com a tradição realizado graças à consciência histórica experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e presente. A tarefa hermenêutica consiste em não dissimular essa tensão em uma assimilação ingênua, mas em desenvolvê-la conscientemente. (...) A consciência histórica tem consciência de sua própria alteridade e por isso destaca o horizonte da tradição de seu próprio horizonte. Mas, por outro lado, ela mesma não é, como já procuramos mostrar, senão uma espécie de superposição sobre uma tradição que continua atuante. É por isso que logo em seguida ela recolhe o que acaba de destacar a fim de indeterminar-se consigo mesma na unidade do horizonte histórico assim conquistado.

O projeto de um horizonte histórico é, portanto, só uma fase ou um momento na realização da compreensão, e não se prende na auto-alienação de uma consciência passada, mas se recupera no próprio horizonte compreensivo do presente. Na realização da compreensão dá-se uma verdadeira fusão de horizontes que, com o projeto de horizonte histórico, leva a cabo simultaneamente sua suspensão.” (GADAMER, op. cit., 2003, p.405.)

⁴⁵⁴ “A compreensão significa o projetar-se em cada possibilidade de ser-no-mundo. O *acontecer na história é o acontecer do ser-no-mundo*. Com a existência do ser-no-mundo histórico, tanto o manual quanto o ser simplesmente dado sempre já estão inseridos na história do mundo.” (STRECK, op. cit., 2007, p.209/210.)

⁴⁵⁵ Idem. Ibidem, p.210.

⁴⁵⁶ Idem. Ibidem, p.206.

(...) Gadamer parte (...) da premissa de que a linguagem não é uma terceira coisa se interpõe entre sujeito e objeto, ou seja, na concepção hermenêutica de Gadamer *não há espaço para a dicotômica relação epistemológica sujeito-objeto*, na qual o sujeito se contrapõe a um objeto entendido como simples-presença. *A linguagem é totalidade, no interior da qual o homem, o Dasein, se localiza e age*⁴⁵⁷.

Esta construção gadameriana nos conduz à ideia de que nada possui *sentido* de maneira autosuficiente, demonstrando que “uma locução nunca pode desvincular-se de seu contexto motivacional, isto é, da conversação, na qual ela está inserida e somente a partir da qual ela ganha sentido”⁴⁵⁸. Gadamer deixa isso claro ao afirmar que: “A linguagem é o meio em que se realizam o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa em questão”⁴⁵⁹.

Com essa reificação da importância da linguagem, e da sua contextualização, Gadamer promove importante impugnação do método, segundo Jean Grodin, quando afirma que:

A prerrogativa do método conecta-se, evidentemente, com o privilégio do enunciado na consciência ocidental, e, mais ainda na consciência moderna. Pois a idéia do método extrai sua força da circunstância de que, num experimento podem isolar-se determinados domínios ou ocorrências, para torná-los controláveis. Mas, tal ação isoladora violenta a linguagem. Acontece que a compreensão da linguagem se reduz à captação intelectual, por um sujeito, de um contexto objetivável e isolado; ela resulta também, da mesma forma, de pertença a uma tradição em continuada formação, isto é, da pertença a uma conversação, a partir da qual, unicamente, o que foi expresso adquire para nós consistência e significado⁴⁶⁰.

Mesmo diante da clareza do pensamento gadameriano, ressaltando a importância da *linguagem* e a oposição ao *método*, como forma de limitação da linguagem, e portanto, diminuição do espaço para alcance do *desvelamento* (*verdade*), ele, reforçando a sua tese, “concebe modelos estruturais que não apenas descreve o movimento da experiência hermenêutica, como também estabelece exigências cognitivas ao intérprete”⁴⁶¹, senão vejamos a análise de Luiz Rohden:

⁴⁵⁷ Idem. Ibidem, p.206-207

⁴⁵⁸ GRONDIN, op. cit., 1999, p.197.

⁴⁵⁹ GADAMER, op. cit., 1997, p.497.

⁴⁶⁰ GRONDIN, op. cit., 1999, p.197.

⁴⁶¹ CARNEIRO, op. cit., 2011, p.85.

Consideramos o jogo e o círculo como modelos estruturais da hermenêutica filosófica porque neles encontramos uma lógica em aberto, mais próxima do entimema que do silogismo apodíctico. Porque são modelos, indicadores e não padrões rígidos e absolutos a serem aplicados ao conhecimento. Nesse sentido são princípios metodológicos abertos, que não conduzem a uma síntese única e absoluta, mas possibilitam diferentes conclusões. Alongamos, desse modo – por meio do jogo e do círculo -, a noção de método, identificado muitas vezes com o científico⁴⁶².

Fica cristalino, que a noção de método combatida é o *científico*, mas não deixa ele de dispor de “modelos estruturais”, como o *jogo* e o *círculo hermenêutico*, ressaltando, todavia, que estes não possuem as já denunciadas limitações dos métodos científicos clássicos. E o que significa o jogo? Recorre-se ao próprio Gadamer que define nos seguintes termos:

Quando falamos de jogo no contexto da experiência da arte não nos referimos ao comportamento, nem ao estado de ânimo daquele que cria ou daquele que desfruta do jogo e muito menos à liberdade de uma subjetividade que atua no jogo, mas ao modo de ser da própria obra de arte. (...) Aquele que joga sabe por si mesmo que o jogo não é nada mais que um jogo e que se encontra num mundo determinado pela seriedade dos fins⁴⁶³.

Pode-se concluir que “o jogo humano constitui-se em um itinerário explicativo do saber”⁴⁶⁴, e, “acentua a imersão no processo compreensivo e, com isso, a quebra de uma relação sujeito-objeto que pressupõe o distanciamento do sujeito frente ao seu objeto”⁴⁶⁵. Gadamer, advirta-se, não analisa o jogo sob perspectiva do jogador, mas de dentro do próprio jogo, demonstrando, assim, o porquê da quebra da relação sujeito-objeto, o *jogador* é, necessariamente, uma das peças.

Com o jogo se cria uma espécie de “outro mundo” onde ele se dá, remete-se à uma espécie de fantasia, o que acaba por gerar uma determinada forma de “realidade” (metafísica). Dessa maneira, o conceito de jogo⁴⁶⁶ acaba

⁴⁶² ROHDEN, op. cit., p.112.

⁴⁶³ GADAMER, op. cit., 2003, p. 154-155.

⁴⁶⁴ ROHDEN, op. cit., p.117.

⁴⁶⁵ CARNEIRO, op. cit., p.91.

⁴⁶⁶ “O jogo não se deixa reduzir a um conceito claro e distinto, mas reenvia a outra coisa que ele tende superar, gira em torno de uma curiosa transcendência, de uma totalidade não abarcável. Por isso cabe ao filosofar pôr em questão a tradição e examinar os preconceitos que chegam até nós. Cabe à filosofia desenfeitiçar o “poder da linguagem” que possuem certas palavras ainda hoje marcadas, negativamente, pela ilustração, como a arte, o jogo, a retórica, o prejuízo, etc. Isso só será possível jogando no jogo da tradição. Em nosso caso, tratamos de questionar o descrédito

sem encontrar correspondência entre todas as formas culturais e sociais conhecidas, pois ele “instaura um outro mundo distinto das normas científico-culturais vigentes. Não é possível definir o jogo com a razão instrumental, pois ele pertence à realidade, fugindo dela, simultaneamente”⁴⁶⁷.

Isso, contudo, não significa que o jogo proporcione soluções metafísicas, apenas conduz o jogador a adentrar neste processo compreensivo (o jogo), quebrando a relação sujeito-objeto pela sua interação, pois no jogo “tudo se mistura, e o que nele acontece é o resultado inesperado e decorrente do simples fato de estar jogando”⁴⁶⁸.

O jogador, portanto, deve se entregar ao jogo, vez que “não acontece jogo se ele se coloca de modo neutro como observador diante dele ou quando pretende objetificá-lo, tal como procede a ciência”⁴⁶⁹. Isso não significa que não se aplique a metáfora do jogo às ciências, ou mesmo qualquer campo do conhecimento, pois embora Gadamer tenha restringido a ideia à estética (artes), ela se aplica à qualquer campo que trabalhe com o princípio da “experiência”⁴⁷⁰.

É importante lembrar que em função de uma compreensão mais universal de método apresentamos os principais traços do jogo, pois o sociólogo, o historiador, o advogado e os demais cientistas servem-se dos conceitos para desenhar “o esquema de uma máquina particular de nosso universo, a fim de mostrar seu funcionamento, enquanto o filósofo quer conhecer o sentido de todas estas máquinas, ou o que é o mundo no qual eles funcionam. O jogo tem relação com a filosofia, principalmente na medida em que ele é um modo de atividade no qual se revela talvez o sentido de todo ato”.⁴⁷¹

Quando, por exemplo, se extrai do pensamento gadameriano que “aquele que pretende compreender um texto tem que estar em princípio disposto a que o texto lhe diga algo”⁴⁷², percebe-se um “convite ao jogo”, e mesmo para aqueles que não estiverem presentes no jogo, também haverá possibilidade de jogar, pois

que temos em relação ao jogo enquanto “objeto” e “método” filosóficos.” (ROHDEN, op. cit., p.129.)

⁴⁶⁷ Idem. Ibidem, p.115.

⁴⁶⁸ CARNEIRO, op. cit., p.91.

⁴⁶⁹ ROHDEN, op. cit., p.126.

⁴⁷⁰ Consoante entendimento defendido por ROHDEN, op. cit., p.137 e CARNEIRO, op. cit., p.92.

⁴⁷¹ ROHDEN, op. cit., p.128.

⁴⁷² STRECK, op. cit., 2007, p.209.

“é possível pô-lo em movimento, ainda que seja mediante um esforço autorreflexivo, deixando, por exemplo, que um texto lhe diga algo”⁴⁷³.

Pode-se concluir, mesmo de que forma perfunctória, que todo processo interpretativo demanda a ocorrência do “jogo”, nos termos filosoficamente apoiado pelo pensamento gadameriano.

Já a questão do círculo, herdada do pensamento heideggeriano, embora com significados distintos, vez que Heidegger “só se preocupa com a problemática da hermenêutica histórica com fins ontológicos”⁴⁷⁴, enquanto Gadamer, “tendo liberado a ciência das inibições ontológicas do conceito de objetividade, busca compreender como a hermenêutica pode fazer jus à historicidade da compreensão”⁴⁷⁵.

Assim, a noção gadameriana do *círculo* estabelece que “quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo”⁴⁷⁶. A circularidade deposita-se sobre a ideia da compreensão, e da “vigilância do intérprete”, para evitar influências arbitrárias, como define o próprio Gadamer:

(...) naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que obviamente tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.

(...) A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias. Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade⁴⁷⁷.

Essa *vigilância do intérprete* objetiva a busca de correção contra a discricionariedade⁴⁷⁸, pois “toda interpretação correta tem que proteger-se da

⁴⁷³ CARNEIRO, op. cit., p.92.

⁴⁷⁴ Idem. Ibidem, p.86.

⁴⁷⁵ GADAMER, op. cit., 2003, p. 354.

⁴⁷⁶ Idem.Ibidem, p.356.

⁴⁷⁷ Idem. Ibidem, p.356.

⁴⁷⁸ Sinônimo de arbitrariedade para este texto.

arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para “as coisas elas mesmas”⁴⁷⁹.

Em conclusão sobre esta “relação” do intérprete com o texto, Lenio Streck assevera que:

Para Gadamer, aquele que pretende compreender não pode entregar-se desde o princípio à sorte de suas próprias opiniões prévias e ignorar a mais obstinada e conseqüentemente possível opinião do texto. (...) Uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva desde o início para a condição do texto. Entretanto, esta receptividade não pressupõe nem neutralidade frente às coisas e nem autocancelamento, senão que inclui uma matizada incorporação das próprias opiniões prévias e pré-juízos. O que importa, (...) é que se faça a mediação das próprias mediações com a finalidade de que o texto mesmo possa apresentar-se em sua condição e obtenha, assim, a possibilidade de confrontar a sua verdade objetiva com as próprias opiniões prévias.⁴⁸⁰

Aquele que media, todavia, deve agir não com neutralidade, pois está no jogo, mas com imparcialidade, ou seja, não pode permitir que seus pré-conceitos, e, principalmente, a sua emoção, permeie o processo interpretativo, vez que “aquele que mediatiza suspende a si mesmo enquanto serve de mediador”⁴⁸¹.

Restam, assim, evidenciadas, em síntese, as principais contribuições da hermenêutica filosófica (Heidegger e Gadamer), concebendo um novo modelo hermenêutico, capaz de *aparelhar* o intérprete contra as armadilhas já denunciadas (entre elas a mais terrível: a discricionariedade/ arbitrariedade do intérprete – decorrente da filosofia da consciência), notadamente com a superação da relação sujeito-objeto predominante no (neo)positivismo e no pós-positivismo.

4.2 HERMENÊUTICA JURÍDICA: UMA REFORMULAÇÃO A PARTIR DA CONTRIBUIÇÃO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA:

⁴⁷⁹ Idem. Ibidem, p.355.

⁴⁸⁰ STRECK, op. cit., 2007, p.209.

⁴⁸¹ GADAMER, op. cit., 2003, p.177.

A fenomenologia heideggeriana⁴⁸², como analisada, e a hermenêutica filosófica (gadameriana)⁴⁸³, contra o método científico clássico, delineada a partir do *linguistic turn*, delimitada a partir de um método fenomenológico, utilizando-se das estruturas do *jogo* e do *círculo*, apresentam um novo horizonte hermenêutico. Como a *hermenêutica jurídica* pode incorporar essas contribuições?

A primeira questão é uma mudança na concepção da abordagem filosófica, impondo a ultrapassagem, ou até mesmo a superação, da ideia de Filosofia **do** Direito, para se construir uma Filosofia **no** Direito.

A *Filosofia no Direito* tematiza esta dimensão que sustenta o *campo raso* do Direito positivo. Com isso, o direito ganha uma densidade em sua linguagem e todo operador, no Direito, atinge uma autocompreensão que aumenta o aparecer das raízes que o alimentam com um nível ao qual, ao operar, soma-se um compreender prévio, antecipador de um acontecer sustentado pela hermenêutica da facticidade.⁴⁸⁴

As investigações jurídicas influenciadas pelos pensamentos heideggeriano e gadameriano, a partir do método fenomenológico e da incorporação das contribuições da hermenêutica filosófica, devem muito em solo brasileiro ao Professor gaúcho Lenio Luiz Streck.

Não se pode negar, porém, que, sob a influência da fenomenologia de Edmund Husserl, A.L. Machado Neto, seguindo a linha egológica inaugurada por Carlos Cóssio, já afirmava que o direito é “a conduta humana em sua interferência intersubjetiva”⁴⁸⁵. Para estes autores a norma era apenas um “esquema de interpretação da conduta”, e esta, por sua vez, destaca-se enquanto *fenômeno*⁴⁸⁶.

⁴⁸² “(...) Heidegger (...) se movimenta no nível da fenomenologia que quer atingir um âmbito doferente daquele em que se move a ontologia objetivista ou a Antropologia. Por isso, o compreender não é uma ferramenta do conhecimento, mas daquilo que o precede, um *universal* da condição humana e que se enraíza na ontologia hermenêutica da facticidade.” (STEIN, Ernildo. **Pensar e Errar: um ajuste com Heidegger**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011b, p.206.)

⁴⁸³ “O simples fato de que, em Heidegger, a hermenêutica é adjetivo e, em Gadamer, substantivo, já revela uma diferença fundamental entre os dois autores e seus conceitos de hermenêutica. Em Gadamer, o conceito abandona a dimensão transcendental (Heidegger II) e a intenção ontológica e se dirige para a nunca recuperável historicidade do compreender, que é uma experiência real em todo o universo das Ciências Humanas. Há um acontecer da verdade que é comum à experiência da arte, da História e da linguagem. O pré-compreender atinge esta dimensão. Na pré-compreensão há um acontecer da facticidade que sempre antecipa seu caráter indepassável. Daí, a qualidade de irrecuperabilidade de *sentido* na sua plenitude: historicidade do sentido. (...) A hermenêutica filosófica mostra que, além do elemento enunciativo da linguagem, ela continua como um acontecer em que nós habitamos e onde nos autocompreendemos.” (Idem. *Ibidem*, p.208)

⁴⁸⁴ Idem. *Ibidem*, p.208.

⁴⁸⁵ MACAHADO NETO, A. L.. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975, p.147/148.

⁴⁸⁶ CARNEIRO, op.cit., p.236.

Desta forma, a adoção da abordagem fenomenológica traz de plano o impacto de deslocar o início da interpretação jurídica do *texto legal* (modelo estandardizado pelo positivismo) para o problema, para o caso concreto, representado pela “conduta humana”, enquanto fenômeno. “A busca pela *coisa mesma* que marca a *fenomenologia* leva seus adeptos a essa reflexão, isto é, à busca pelo modo mais originário de compreender o direito, (...) devemos nos voltar para aquilo que manifesta o *ser* da juridicidade de modo originário, sem o qual não estaríamos falando em direito”⁴⁸⁷, ou seja, a *conduta humana*.

Diante desta constatação, do necessário deslocamento da busca de sentido dos *textos* para o sentido das condutas, influenciada pela *fenomenologia* e pela *hermenêutica filosófica*, Lenio Streck, no ano de 2004, publica obra crítica fundamental sobre a temática: *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*.

A proposta é exatamente a superação do modelo positivista de pensar e interpretar o direito, a partir, principalmente, das matrizes heideggeriana e gadameriana. Com efeito, Streck estabelece severa crítica à *dogmática jurídica* estandardizada no Brasil, denunciando a sua crise paradigmática, ao asseverar que:

(...) sustenta a (des)funcionalidade do Direito, e retro-alimentada por um *campo jurídico* que funciona como um *corpus* no interior do qual o operador jurídico “conhece”, “contempla” e “assume” o seu lugar, a *dogmática jurídica deve ser re-trabalhada em uma perspectiva criativa/criadora*. (...) os operadores jurídicos (...) Consideram que sua missão e seu labor é o de –apenas – reproduzir os sentidos previamente dados/adjudicados/atribuídos por aqueles que possuem o *skeptrom*, isto é, a fala autorizada!⁴⁸⁸

A *cultura jurídica* produzida e reproduzida nos bancos acadêmicos no Brasil limita-se à tentativa de compreender os textos legais⁴⁸⁹ na sua *sintática* e *semântica textual*, confirmando suas assertivas na jurisprudência e precedentes oriundos dos Tribunais. E as situações problemáticas, os casos concretos, qual o seu espaço?

⁴⁸⁷ Idem. Ibidem, p. 236.

⁴⁸⁸ STRECK, op. cit., 2007, p.240/241.

⁴⁸⁹ O professor “padrão” que ministra sua aula com o “código” em mãos interpretando dispositivo por dispositivo para seu aluno, como um verdadeiro oráculo, e como requinte da confirmação da “verdade” entoa os verbetes dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal, como verdadeiros mantras.

A (nova) Hermenêutica Jurídica, que começa a ser construída em solo pátrio, tenta justamente inverter esta fórmula⁴⁹⁰, a primazia do problema (caso concreto – fenômeno) sob o texto legal.

Nesta nova perspectiva, valorosas são as contribuições de Gadamer, que, inclusive, reconhece a similitude entre as tarefas do historiador e do jurista, pois “frente a um texto, todos nos encontramos em uma determinada expectativa de sentido imediata. *Não há acesso imediato ao objeto histórico, capaz de proporcionar-nos objetivamente seu lugar de valoração*”⁴⁹¹.

Para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica, é essencial que a lei vincule por igual a todos os membros da comunidade. A tarefa da interpretação consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação.

(...) quando o juiz se sabe legitimado para realizar a complementação do direito dentro da função judicial e frente ao sentido original de um texto legal, *o que faz é o que de todos os modos têm lugar em qualquer forma de compreensão*. Esta compreensão se dá no modo de ser do intérprete. E este intérprete é um ser-no-mundo, um ser-com-os-outros. Por isto a hermenêutica será filosofia, e não método. Será existência. Será facticidade.⁴⁹²

Os críticos, por sua vez, automaticamente argumentaram que este modelo gerava “insegurança”, vez que desconsiderava o texto, até então reificado como a expressão singular do direito (fonte primária), como já foi salientado, que se sedimentava em uma postura *contrafática*. Acontece que, *contrario sensu*, a “segurança” está justamente no afastamento desta postura *contrafática* do intérprete, pois:

A segurança em uma perspectiva hermenêutica exige, portanto, o enfrentamento da questão dentro das nossas possibilidades existenciais e afasta artificialidades inviáveis. A segurança está no enfrentamento das impossibilidades e na abertura para o fenômeno originário, não no desvio das questões problemáticas em nome de uma razão “descontaminada”, típica do paradigma cartesiano.⁴⁹³

Vale o registro pontual que a *linguagem* assume papel central neste processo, dentro do movimento denominado de *linguistic turn* (giro ou virada linguística), sobre o qual se sustentam duas premissas fundamentais: a) o conhecimento ocorre na linguagem, todo discurso científico, portanto, possui em

⁴⁹⁰ Sob os auspícios, frise-se mais uma vez, da *fenomenologia* e da *hermenêutica filosófica*.

⁴⁹¹ STRECK, op. cit., 2007, p.219.

⁴⁹² Idem. Ibidem, p.219.

⁴⁹³ CARNEIRO, op. cit., p.238.

comum a sua natureza linguística; b) é na linguagem que o mundo exsurge, ou seja, o mundo somente pode ser desvelado por intermédio da linguagem⁴⁹⁴. Para o Direito não é diferente!

A linguagem, assim deixa de ser instrumento e/ou veículo conceitual, para representar o *médium* que representa a própria “condição de possibilidade da manifestação de sentido”⁴⁹⁵.

Dessa forma, “não se interpreta (...) um texto (jurídico) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem”⁴⁹⁶, vez que esse sempre está inserido em uma tradição que não será desconsiderada na realização do processo de aplicação do Direito, que depende, por sua vez, da condição-de-ser-no-mundo⁴⁹⁷.

O processo hermenêutico é sempre produtivo (afinal, nós nunca nos banhamos na mesma água do rio). Gadamer vai dizer, a partir disto, que é uma ficção insustentável a concepção de que é possível o intérprete equiparar-se ao leitor originário, fazendo, aqui, uma crítica tanto a Schleiermacher como a Savigny, que ignorou a tensão entre o sentido jurídico originário e o atual, erro que continua sendo repetido pela dogmática jurídica na atualidade, a partir da metafísica equiparação entre vigência e validade, entre texto e norma.⁴⁹⁸

A compreensão correta da distinção entre texto e norma⁴⁹⁹ é fundamental, pois pode produzir efeitos positivos, na utilização de um processo hermenêutico adequado para o desvelamento da resposta correta ao caso concreto, como pode gerar efeitos negativos, conduzindo à arbitrariedades/discricionariedades do intérprete.

⁴⁹⁴ STRECK, op. cit., 2007, p.175.

⁴⁹⁵ Idem. Ibidem, p.216.

⁴⁹⁶ Idem. Ibidem, p.216.

⁴⁹⁷ “(...) a consciência histórica incluía, na verdade, a mediação entre passado e presente. Ao reconhecer o caráter da linguagem como *medium* universal dessa mediação, nosso questionamento ultrapassou seus pontos de partida concretos, a crítica à consciência estética e histórica, e a hermenêutica que deveria ocupar seu lugar, adquirindo a dimensão de um questionamento universal. Pois a relação humana com o mundo tem o caráter de linguagem de modo absoluto, sendo portanto compreensível igualmente de modo absoluto. Nesse sentido, como vimos, a hermenêutica é um aspecto *universal da filosofia* e não somente a base metodológica das chamadas ciências do espírito.” (GADAMER, op. cit., 2003, p.613.)

⁴⁹⁸ STRECK, op. cit., 2007, p.217.

⁴⁹⁹ “Tampouco o texto será equiparado à norma. Não! A norma será sempre o resultado da interpretação do texto. Mas, e aqui reside o *plus* que a ontologia fundamental pode trazer a esse debate, o texto não subsiste separadamente da norma, d’onde é necessário não confundir a equiparação entre texto e norma, com a necessária diferença (que é ontológica) entre ambos. (...) estou falando do sentido que esse texto vem a assumir no processo compreensivo. A norma de que falo é o sentido do ser do ente (texto). O texto só ex-surge na sua “normação” (...).” (Idem. Ibidem, p.223)

O fato é: a distinção entre texto legal e norma não permite ao intérprete desconsiderar a lei para “criar” a norma, pois ele sempre estará vinculado à lei, pois:

A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da *aplicação*. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica. A idéia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. É por isso que existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma idéia daquilo que estamos às voltas.⁵⁰⁰

No combate às discricionariedades/arbitrariedades promovido com fundamento na assunção das ideias centrais da *hermenêutica filosófica*, ao inverter a lógica texto-caso (quando pelo menos se ia ao caso concreto, o que muitas vezes não ocorre, *e.g.* o controle *abstrato* de constitucionalidade, assentado na seguinte dialética: texto *versus* texto), para caso-texto, como já foi amplamente desenvolvido, busca-se tão somente uma melhor compreensão do problema e uma melhor solução (resposta correta⁵⁰¹).

A consequência disso é a ausência de surpresas, decorrentes das arbitrariedades, em prol de uma tão propalada *segurança jurídica*, representada pela estabilização e harmonização das relações sociais, a partir de uma “solução” jurídica para o convívio em sociedade.

Assim, a ideia do “jogo”, na perspectiva desenvolvida por Gadamer, ganha para a hermenêutica jurídica, sob o influxo filosófico, particular interesse, pois “compreender o direito levando em conta o *primado metodológico do problema* como *jogo* é, antes de tudo, estar aberto ao acontecer do *ente*. É estar aberto para o inesperado, para um ângulo novo que despertará novas projeções compreensivas, e, conseqüentemente, novas possibilidades de respostas”⁵⁰².

Esse “jogo” serve para delimitação do conflito intersubjetivo que demanda uma solução. Pode inferir-se, assim, que “o problema que envolve o sentido intersubjetivo da conduta é, portanto, o nosso *ente*, mas, como todo e qualquer

⁵⁰⁰ GADAMER, op. cit., 2003, p.432/433.

⁵⁰¹ A discussão acerca da existência de respostas corretas será desenvolvida no último capítulo.

⁵⁰² CARNEIRO, op. cit., p.239.

ente, não se mostrará sozinho, mas em meio a outros entes em uma realidade complexa que acontece fenomenologicamente”⁵⁰³.

É necessário pôr o problema em *jogo* e *jogar* com o problema para que o ente se mostre na perspectiva efetivamente problemática e para que saibamos o que, de fato, estamos discutindo. (...) O que normalmente fica encoberto pelo discurso lógico-formal-conceitual do direito é justamente aquilo que deveria ser desvelado no *jogo*. (...) É evidente que esse dinamismo ao qual o *ente* é exposto acontece na diferença ontológica, do mesmo modo que os novos desvelamentos que esse *jogo* proporciona já estarão adstritos à finitude que projeta e limita⁵⁰⁴.

O *jogo* (jurídico) então tem que ser *jogado*, isso significa que as coisas não estão pré-definidas, somente no *jogo* é que compreenderemos, principalmente diante do *outro* que também faz parte dele, para isso clama-se por um modelo jurídico hermenêutico novo, dialógico, intersubjetivo, e, principalmente, direcionado para o *problema*, de forma contratextual. Após a redução problemática, permitida por uma dimensão reflexiva⁵⁰⁵, e proporcionada pelo *jogo*, extraída necessariamente do problema, é que se perguntará ao texto: *quid juris?* Isso não põe fim ao diálogo com o Direito, mas sim, inicia-o.

O *espaço reflexivo* somente será possível quando aquele que interpreta se perguntar sobre o que compreendeu, e deve restar claro que “esse espaço reflexivo não tem um *modus operandi* diverso da compreensão, mas por estar marcada pela *vigilância reflexiva*, é vista como interpretação”⁵⁰⁶, ou seja, a interpretação jurídica é o resultado da compreensão marcada por um esforço reflexivo daquilo que já havia sido compreendido⁵⁰⁷.

⁵⁰³ Idem. Ibidem, p.239.

⁵⁰⁴ CARNEIRO, op. cit., p.240.

⁵⁰⁵ No sentido de reflexividade, sendo essa compreendida na ótica que “a ciência é justamente a negação da história, por meio da redução do mundo a um sistema *sincrônico*. O conhecimento científico não é reflexivo, pois ele se coloca como uma mirada externa sobre o seu objeto. Ele não fala de si, ele não opera por espelhos. A verdade científica dá-se por uma combinação de *evidência* e *método*, pois o conhecimento dos fatos é dado por critérios de evidência empírica, o conhecimento da lógica é dado por uma espécie de evidência racional e o conhecimento das leis naturais é dado por meio da aplicação do método. Assim, no núcleo da verdade buscada pelos cientistas encontra-se a epistemologia cartesiana, que elabora uma metodologia específica de conversão de *certezas subjetivas* em *verdades objetivas*.” (COSTA, Alexandre Araújo. **Hermenêutica Filosófica**. Disponível em <http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-filosofica/capitulo-iv-hermeneutica-e-reflexividade>. Acesso em 23 de maio de 2012)

⁵⁰⁶ CARNEIRO, op. cit., p.235.

⁵⁰⁷ “(...) a hermenêutica contemporânea opõe-se à utopia da ciência moderna, que busca compreender o mundo a partir de um ponto de vista objetivo, construindo, assim, uma descrição neutra da realidade. Em sentido contrário, a hermenêutica busca estabelecer um pensamento reflexivo que entenda o esforço humano de compreensão como uma tentativa de construir sentidos provisórios, dentro de contextos históricos determinados.” (COSTA, op. cit., introdução)

Esse parâmetro reflexivo da interpretação, todavia, não significa em si um método, que permitirá a compreensão, permitindo uma transcendência do intérprete (filosofia da consciência), pois o “paradigma hermenêutico filosófico radicaliza a nossa finitude e não admite qualquer tentativa de cognição constitutiva cujo resultado transcenda às possibilidades da linguagem”⁵⁰⁸.

Dentro de parâmetros hermenêuticos filosóficos, então, poderá ser proposto um modelo hermenêutico jurídico, incorporando as seguintes contribuições:

Na *circularidade* e na diferença ontológica, por exemplo, podemos concluir pela diferença entre texto e norma, pela impossibilidade de cisão entre *questões de fato* e *questões de direito* e pelo problema do fundamento do direito na diferença entre *regras* e *princípios*. No *jogo*, podemos refletir sobre a necessária busca do fenômeno jurídico originário e pela identificação de seu desvelamento. No *diálogo*, poderemos otimizar o *jogo* e, conseqüentemente, ampliar o desvelamento do sentido do *ente* a partir de novas perspectivas apresentadas pelo *outro*, condição para atender à alteridade em uma sociedade complexa e democrática.

Entre todos os assuntos debatidos até o momento, e desenvolvidos nessa pesquisa, aquele que requer, desta última síntese, desenvolvimento, e propositalmente foi deixado por último, é a questão do *diálogo*. Ante a sua importância para este trabalho ele merecerá tópico específico a seguir.

4.3 A HERMENÊUTICA JURÍDICA DO “OUTRO”: A NECESSIDADE DE UM MODELO DIALÓGICO:

A partir de reflexões filosóficas o ser humano entende a necessidade do diálogo, ou seja, da implementação do conhecimento recíproco, por intermédio da linguagem, pois percebe que há algo maior que as suas próprias vontades, donde é conduzido a dialogar para entender.

Assim, é que “na linguagem, nos costumes, nas formas jurídicas, o indivíduo já se elevou sempre acima de sua particularidade”⁵⁰⁹. O ser humano somente é capaz de se compreender dentro da comunidade que está inserido, por isso a importância da *fenomenologia*, suplantando, então, os subjetivismos.

⁵⁰⁸ CARNEIRO, op. cit., p.235.

⁵⁰⁹ GADAMER, op. cit., 2003, p.317.

Indubitavelmente a contribuição gadameriana se destaca no desenvolvimento de um modelo dialógico adaptável às necessidades do universo jurídico. A valorização do “outro” como condição para o diálogo democratiza o processo de compreensão do direito, pois “no diálogo, o sujeito deve ser visto e assumido em sua real proporção com relação à alteridade, com a liberdade que conquistou na modernidade, em meio aos condicionamentos existenciais e históricos”⁵¹⁰.

Destacam-se neste processo o *jogo* e o *círculo hermenêutico*, consoante desenvolvido por Gadamer, vez que “o diálogo mostra a melhor dimensão do processo relacional do saber, enquanto o jogo e o círculo hermenêutico ressaltam a subjetividade afetada daquele que joga ou compreende compreendendo-se circularmente”⁵¹¹, ou seja, reflexivamente.

Com isso celebra-se definitivamente o primado do problema⁵¹² em detrimento do texto⁵¹³, pois o objetivo é “promover uma abertura compreensiva do caso concreto que não obstaculize o acontecer da razão moral-prática que emergirá fenomenologicamente”⁵¹⁴. Isso se dá com o *jogo*.

No *jogo* em que nos abrimos ao *problema*, também nos abrimos ao *outro*. O problema da alteridade não é ignorado pela concepção hermenêutica, muito pelo contrário. O *jogo* só pode ser jogado com o *outro*. Primeiro, porque o diálogo que todos nós somos *desde já e sempre* permite que joguemos com o *outro* a partir do próprio *ente*, independente de sua presença atual, pois o *ser* desvelado será sempre *intersubjetivo*. Segundo, porque podemos potencializar esse diálogo através da dupla estrutura da linguagem, jogando com o outro em um “diálogo apofântico” que, embora sustentado “como” hermenêutico,

⁵¹⁰ ROHDEN, op. cit., p.181.

⁵¹¹ Idem. Ibidem, p.181.

⁵¹² “Esta possibilidade de conceber a contingência e a facticidade, não como fatos oferecidos à inteligência, mas como ato da inteligência – esta possibilidade de mostrar, na brutalidade do fato e dos conteúdos dados, a transitividade do compreender e uma “intenção significativa” – possibilidade descoberta por Husserl, mas por Heidegger ligada à inteligência do ser em geral – constitui a grande novidade da ontologia contemporânea. A partir daí, a compreensão do ser não supõe apenas uma atitude teórica, mas todo o comportamento humano.” (LÉVINAS, op. cit., p.22)

⁵¹³ “Textos que não são obras de arte deixam em aberto a pergunta sobre se um texto chegará algum dia efetivamente ao fim ou se ele apenas se interrompeu, se ele terminará como um diálogo ou mesmo como a vida se findam. Talvez ainda haja outros textos eminentes que estabeleçam uma conclusão real. Por exemplo, o juízo que é realizado diante do tribunal ou a mensagem que é anunciada como uma promessa, tal como o amém na igreja. (...) A significação referencial de um sinal/signo depende daquilo para o que ele remete. Assim, por mais que represente uma unidade de sentido, um texto continua sendo sempre dependente do contexto que com frequência determina pela primeira vez de maneira inequívoca a significação pluriposicional. (...) Todos nós sabemos como o texto recebe um novo sentido, quando o ambiente que forma o contexto se ordena de maneira nova.” (GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em Retrospectiva**. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2009, p.22.)

⁵¹⁴ CARNEIRO, op. cit., p.252.

permite que o *ente* seja mostrado em novas perspectivas. Neste momento de abertura, o diálogo se dá com a comunidade, através da necessária presença de atores que representam os *novos movimentos sociais* e todos os outros segmentos.⁵¹⁵

A incorporação na prática hermenêutica da noção de *jogo* e a implementação de *modelos dialógicos*, para o Direito, parece ser *conditio sine qua non* para superação da “crise do judiciário” em território brasileiro.

Primeiro com a democratização dos procedimentos e a efetivação da democracia no Poder Judiciário, tão distante das práticas judiciais. Não que inexistam institutos para essa finalidade (audiência pública, *amicus curriae*, etc.), mas não são utilizados de forma expressiva. É exceção e não a regra. A experiência é muito tímida ainda.

Em segundo lugar, a superação da litigiosidade excessiva, “uma vez que as emendas procedimentais até então verificadas só afastam o direito da *coisa mesma*, e, conseqüentemente, estimulam o litígio como uma aposta no resultado favorável”⁵¹⁶, vide, por exemplo, a criação de juizados especiais, como denunciava em vida o mestre Calmon de Passos, ao tempo da edição da lei que os instituíram, que isso aumentaria a litigância, tratava-se de um verdadeiro estímulo, hoje está mais que comprovado, se não for um consenso.

Neste ponto fica evidenciado o porquê da necessária superação do subjetivismo, pois em um modelo dialógico deve existir o *intersubjetivismo* (entre sujeitos), destacando-se a presença do *outro* como essencial para a concretização do diálogo. Isso se torna ainda mais notório diante da percepção da necessidade de se ampliar a participação no processo de interpretação do direito⁵¹⁷.

Desta forma, “não pode haver nenhum direito positivo, pois os direitos são sempre relacionais e envolvem seus sujeitos em relações de dependência de outros e de responsabilidade perante a lei”⁵¹⁸.

Com o diálogo há um deslocamento, portanto, inevitável, do centro de preocupação do intérprete do direito, que deixa de ser a lei (texto) e passa a ser o *outro* com quem se dialoga, ou seja, o ser humano. No modelo dialógico “o objeto

⁵¹⁵ Idem. Ibidem, p.252/253.

⁵¹⁶ Idem. Ibidem, p.253.

⁵¹⁷ “(...) não é possível o estabelecimento de um rol limitado de intérpretes, à medida que os órgãos estatais, assim como todos os grupos sociais e cidadãos, envolvem-se na leitura da Constituição e da totalidade do sistema jurídico.” (SOARES, op. cit., 2010b, p.153.)

⁵¹⁸ DOUZINAS, op. cit., p.349.

mais importante (...) não é sobre o que se trata, mas o parceiro nele envolvido, pois quem pergunta é perguntado, quem responde responde sobre si mesmo⁵¹⁹.

No modelo hermenêutico dialógico a primazia é do próprio ser humano. Logo, em um trabalho que pretende estudar qual a matriz hermenêutica adequada para o desvelamento dos direitos fundamentais, parece coerente a resposta de que a hermenêutica jurídica, repensada pela incorporação das contribuições da hermenêutica filosófica, notadamente com as propostas de Martin Heidegger e Hans Georg-Gadamer, desenvolvida a partir do diálogo, permitindo a concretização do jogo, de maneira reflexiva⁵²⁰.

Algumas teses têm sido defendidas no Brasil aplicando modelos dialógicos. Merecem destaque a seguir em tópicos específicos duas delas: o Transconstitucionalismo e a Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva.

4.3.1 Transconstitucionalismo

A tese do Professor Marcelo Neves, denominada de *Transconstitucionalismo*, foi apresentada no concurso para professor titular de direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em maio de 2009, e chamou a atenção, notadamente após a sua publicação⁵²¹, pela proposta central.

Inicialmente, em sua obra, Marcelo Neves tenta superar a tendência de considerar a Constituição como uma metáfora do discurso ou da retórica política, o que conduz à percepção que ele identifica na delimitação semântica desta postura um grau de subjetivismo⁵²².

Defende, então, que as Constituições não podem ser consideradas como “meras metáforas”, definindo esse conceito como “aquela carente de função ou

⁵¹⁹ ROHDEN, op. cit., p.197.

⁵²⁰ “Por tudo isso, a hermenêutica não se trata de um método, mas de um estilo. Não busca fabricar a identidade, mas compreender a diferença. Não visa à descoberta, mas à construção e não busca a objetividade, mas a contextualização. Por isso, ela não lida com o universal, mas com o contingente, e dela não resulta o necessário, mas o possível. Dessa maneira, torna-se claro que a hermenêutica não se concentra no resultado (visto sempre como provisório), mas na travessia (esta sim, percebida como constante). E a história da hermenêutica é a do desenvolvimento desse modo de pensar histórica e reflexivamente o próprio homem, dessa mentalidade que absolutiza a relatividade e universaliza a contingência.” (COSTA, op. cit., introdução.)

⁵²¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁵²² Idem. Ibidem, p.1/2.

valor descritivo em virtude de as possibilidades de seu deslocamento serem ilimitadas, arbitrárias ou aleatórias”⁵²³.

O “inimigo”, percebe-se, é o mesmo: a discricionariedade/arbitrariedade; decorrente do mesmo problema o subjetivismo ⁵²⁴. Inevitável que a tese caminhasse para busca do intersubjetivismo jurídico, pois “qualquer forma de “autismo” desenvolvido em uma esfera pode ter efeitos destrutivos nas outras esferas sociais e, por fim, também sobre a integração social e sistêmica de uma sociedade complexa”⁵²⁵.

A existência de problemas comuns entre os Estados ligados em rede pela sedimentação de um “mundo globalizado”, adicionados ao surgimento de novos problemas que começam a afetar a sociedade mundial A partir dessa realidade, foi gerado “um entrelaçamento de ordens estatais e, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais no âmbito de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, a partir do qual se tem desenvolvido o transconstitucionalismo da sociedade mundial”⁵²⁶.

Marcelo Neves ⁵²⁷, então, sustenta a necessidade de acoplamentos estruturais⁵²⁸ entre as ordens jurídicas dos diferentes Estados, no intuito de se formar uma racionalidade⁵²⁹ transversal.

⁵²³ Idem. Ibidem, p.3.

⁵²⁴ “(...) não se pode recorrer, indiscriminadamente, ao conceito de Constituição em contextos sociais os mais diversos, convertendo-o em um componente de “jogos de linguagem estranhos” à respectiva “forma de vida” no sentido wittgensteiniano, ou seja, sem suporte estrutural. Sem negar a existência nem a relevância social de jogos de linguagem metafóricos, parece-me, porém, que eles podem ter uma relação inadequada com os contextos estruturais, na medida em que não servem à compreensão nem à solução oportuna dos problemas sociais que emergem de deficiência das estruturas.” (Idem. Ibidem, p.3/4).

⁵²⁵ Idem. Ibidem, p.24/25.

⁵²⁶ Idem. Ibidem, p.34.

⁵²⁷ Deve-se chamar atenção para a forte influência do pensamento de Niklas Luhmann na formatação das ideias de Marcelo Neves, notadamente na adoção de um modelo sistêmico fundado na *autopoiesis* (inspirado no pensamento desenvolvido para a biologia por Maturana e Varela). Adaptando esta noção para os sistemas sociais, Luhmann observou que estes sistemas “diferentemente dos biológicos, são capazes de auto-observar-se, referindo-se, a um só tempo, a si mesmos e a seu entorno, para integrar seu próprio conjunto de operações, a diferença entre sistema e meio-ambiente. Não há, portanto, uma atuação externa do meio ambiente sobre o sistema do direito. Harmonizados pela auto-observação, fechamento operativo e abertura cognitiva garantem aos sistemas sociais autopoieticos sua necessária autonomia, sem que isso signifique o isolamento absoluto quanto a outros sistemas.” (MURICY, op. cit., p.111)

⁵²⁸ “O conceito de *acoplamento estrutural*, proveniente de Maturana, poderia oferecer uma explicação e, talvez, preencher o vazio que suprisse com maior plausibilidade os preceitos teóricos que utilizam as relações causais entre sistema e meio. Contudo, será preciso delimitar e definir esse conceito para que ele possa ser aplicado no campo da sociologia.

O conceito de *acoplamento estrutural* especifica que não pode haver nenhuma contribuição do meio capaz de manter o patrimônio de autopoiesis de um sistema. O meio só pode influir casualmente em um sistema no plano da destruição, e não no sentido de determinação de seus

Esses acoplamentos têm como escopo permitir a “promoção e filtragem de influências e instigações recíprocas entre sistemas autônomos e diversos, de maneira duradoura, estável e concentrada”⁵³⁰, sem, todavia, permitir que nenhum desses sistemas perca a sua autonomia, ou seja, promove o diálogo entre os sistemas.

O acoplamento estrutural só se torna possível mediante a linguagem⁵³¹, ressaltando as exposições hermenêuticas realizadas nessa pesquisa, até o momento, e corroborando o caráter dialógico aqui imprimido.

A operacionalização dos acoplamentos estruturais permite a construção de um padrão de racionalidade transversal, entendida esta como “um *plus* em relação ao acoplamento estrutural”⁵³², vez que permitirá um “intercâmbio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas”⁵³³.

Assim, o modelo transconstitucional proposto por Marcelo Neves, parte do diálogo, embora sistêmico, mas reconhece a necessidade do diálogo, para atender aos interesses, principalmente, de uma sociedade multicultural globalizada, que comunga de problemas e interesses.

(...) o Transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder -, que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo. Sua identidade é reconstruída, dessa maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro.⁵³⁴

Interessante observar, por último, que uma das aplicabilidades antevistas pelo próprio autor para sua tese é direcionada para os direitos fundamentais/humanos, corroborando a defesa empreendida neste trabalho para os modelos dialógicos, que se direcionam para a alteridade, e preocupam-se, prioritariamente, com os seres humanos.

estados internos.” (LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 2ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2010, p.130.)

⁵²⁹ “(...) o conceito de racionalidade refere-se elementarmente à capacidade de reprodução internamente consistente e externamente adequada de um sistema ou jogo de linguagem qualquer. Excesso de consistência em detrimento da adequação importa irracionalidade.” (NEVES, op. cit., p.46).

⁵³⁰ Idem. Ibidem, p.35.

⁵³¹ LUHMANN, op. cit., p. 133/134.

⁵³² NEVES, op. cit., p. 38.

⁵³³ Idem. Ibidem, p.38.

⁵³⁴ Idem. Ibidem, p.297.

4.3.2 Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva

A tese em comento foi desenvolvida pelo professor Wálber Carneiro Araujo, no seu doutoramento na UNISINOS/RS. Embora o autor seja baiano, vinculado à Universidade Federal da Bahia, fez o seu doutoramento no Rio Grande do Sul, sob a orientação e influxo de ideias do professor Lenio Streck. Cabe, ainda, ressaltar que a sua tese recebeu, no ano de 2011, o prêmio de melhor tese jurídica do ano, concedido pela CAPES.

Consoante o seu próprio autor, metaforicamente pode-se dizer que “a hermenêutica jurídica heterorreflexiva corresponderia à teoria de Alexy colocada de cabeça para baixo e pelo avesso”⁵³⁵, vez que enquanto este parte de um modelo sistemático conceitual, ele parte de um modelo problemático, que parte de uma analítica tematizada da compreensão para se relacionar circularmente com uma reflexão histórica.

Depende o modelo heterorreflexivo do paradigma hermenêutico, diante do reconhecimento do direito enquanto produto cultural contingente que se manifesta apofanticamente. Isso não é um convite metafísico à transcendentalidade, mas sim uma “epistemologia demandada por um projeto histórico-condicionado e que deve manter coerência com as pretensões do projeto no qual ele está inserido”⁵³⁶.

Primeiro, deve transitar em um espaço existencial, isto é, deve obedecer aos limites e possibilidades da nossa compreensão, razão pela qual a propomos em um espaço *reflexivo*. Segundo, deve ser compatível com esse projeto regulatório (direito) e, para tanto, proporcionar a normatividade da compreensão jurídica. Quanto a este segundo vetor, não fazemos aqui referência a uma compreensão controlada por métodos, mas a uma compreensão que esteja voltada para uma resposta correta *conforme* ao direito, caso contrário, não compatibilizaremos sua aplicação ao modelo democrático.⁵³⁷

A ideia de reflexividade inserida neste cenário, como já se asseverou acima, não conduz a uma interpretação jurídica transcendental, fundada usualmente em métodos que reificam esse modelo de interpretação/aplicação do direito.

⁵³⁵ CARNEIRO, op. cit., p.233.

⁵³⁶ Idem. Ibidem, p.234.

⁵³⁷ Idem. Ibidem, p.234.

Assim, define o paradigma hermenêutico-filosófico como possibilidade de “enfrentamento” desse problema que tomou a interpretação jurídica, vez que este “radicaliza a nossa finitude e não admite qualquer tentativa de cognição constitutiva cujo resultado transcenda às possibilidades da linguagem”⁵³⁸.

Dentro desse arcabouço é que o autor propõe o seu “modelo” hermenêutico jurídico, destacando o seu desenvolvimento nas seguintes bases:

Na *circularidade* e da diferença ontológica, por exemplo, podemos concluir pela diferença entre texto e norma, pela impossibilidade de cisão entre *questões de fato* e *de direito* e pelo problema do fundamento do direito na diferença entre *regras* e *princípios*. No *jogo*, podemos refletir sobre a necessária busca pelo fenômeno jurídico originário e pela intensificação de seu desvelamento. No *diálogo*, poderemos otimizar o *jogo* e, conseqüentemente, ampliar o desvelamento do sentido do ente a partir de novas perspectivas apresentadas pelo *outro*, condição para atender à alteridade em uma sociedade complexa e democrática. Com isso, já que estamos falando de uma *reflexividade* atravessada por perspectivas externas, advindas do *outro*, não falaremos apenas em *reflexividade*, mas em *heterorreflexividade*.⁵³⁹

Destaca-se como características deste modelo hermenêutico jurídico heterorreflexivo o seguinte: 1) o primado metodológico do problema; 2) a circularidade entre sistema e problema; e 3) a argumentação jurídica como diálogo.

A preocupação inicial deste modelo recai sobre os *problemas*, ou seja, os fatos da vida que demandam soluções jurídicas, apresentando-se como proposta *contratextual*⁵⁴⁰, opondo-se à prevalência histórica direcionada aos textos (legais). Decorre esta postura da adoção de uma perspectiva *fenomenológica*. É, assim, orientada para a “busca pela *coisa mesma* que marca a *fenomenologia*, (...) isto é, à busca pelo modo mais originário de compreender o direito”⁵⁴¹.

A função dos textos legais é “iluminar” os entes que se revelam enquanto direito, assim, “a verdade sobre o direito não está nos textos, mas naquilo que se

⁵³⁸ Idem. Ibidem, p.235.

⁵³⁹ Idem. Ibidem, p.235/236.

⁵⁴⁰ Essa é uma alusão de oposição ao pensamento habermasiano que sustenta que o direito deva ser contrafático, todavia como sustenta o autor no desenvolvimento da tese heterorreflexiva, ele deve ser em verdade *contratextual*, ao sustentar que “a realidade complexa em meio à qual a conduta se dá deve ser enfrentada direta e *contratextualmente*. O objetivo é promover uma abertura compreensiva do caso concreto que não obstaculize o acontecer da razão moral-prática que emergirá fenomenologicamente”. (Idem. Ibidem, p.252.)

⁵⁴¹ Idem. Ibidem, p.236.

desvela a partir do que *iluminado*, isto é, nos problemas que se (im)põem diante de nós”⁵⁴².

Em relação à essa questão, merece um último registro, o fato de a adoção do primado metodológico do problema afastar a postura *contrafática*, sem todavia ignorar o texto, que mantém a sua importância fundamental para o direito, tampouco abalar a segurança jurídica, afastada pela manutenção de um sistema jurídico dotado de coerência e integridade, considerando que ambas exigem a análise detalhada dos casos concretos⁵⁴³, conforme defende, entre outros, Ronald Dworkin⁵⁴⁴.

As perspectivas promovidas pelo caso concreto, todavia, demanda a realização de um *jogo*, que por sua vez permitirá surpresas àqueles que jogam, e estas, ao seu turno, requerem uma constante e vigilante abertura dialógica, vez que “é evidente que esse dinamismo ao qual o ente é exposto acontece na diferença ontológica, do mesmo modo que os novos desvelamentos que esse *jogo* proporciona já estarão adstritos à finitude que projeta e limita”⁵⁴⁵.

A segunda característica desenvolve a ideia de que o *jogo* envolve um movimento dialético de abertura e fechamento que traduz uma complexa relação formatada entre sistema⁵⁴⁶ e problema.

A dialética entre *sistema* e *problema* deve ser pensada na *diferença ontológica*, impedindo que a circularidade hermenêutica seja verificada mediante polos *entificados*, o que significaria uma recaída metafísica. É que os polos dialéticos não são, a rigor, o *problema* e o *sistema*. (...) assumir a diferença ontológica implica reconhecer a impossibilidade de acesso imediato ao *ente* na medida em que ele se manifestará sempre no seu *ser*. Com isso, a circularidade hermenêutica não pode ser concebida a partir dos polos dialéticos *sistema* e *problema*, pois a diferença ontológica impediria a formação de uma circularidade entre eles.⁵⁴⁷

Assim, resta claro que não é possível a compreensão de sistema em moldes clássicos, vez que é inadmissível, nessa perspectiva, a formação de

⁵⁴² Idem. Ibidem, p.237.

⁵⁴³ Idem. Ibidem, p.238.

⁵⁴⁴ Cfe. DWORKIN, op. cit, 2002.

⁵⁴⁵ Idem. Ibidem, p.240.

⁵⁴⁶ A noção de sistema desenvolvida por Wálber Carneiro “não está associada ao resultado de operações lógicas a partir de elementos conceituais ou normativos, (...) a utilização da expressão “sistema” se deve à tradição em que o tema vem sendo debatido e não ao nosso posicionamento (hermenêutico), o que equivale dizer que não estamos preocupados com o “sistema”, mas com normas jurídicas que devem ser consideradas em sua unidade para que o fenômeno compreensivo seja marcado pela juridicidade e, desse modo, o direito seja diferenciado da moral.” (CARNEIRO, op. cit., p.241).

⁵⁴⁷ Idem. Ibidem, p.251.

juízos analíticos, ou de juízos sintéticos *a priori*. É fundamental que se adentre nessa circularidade com horizontes ampliados ao máximo, o que restaria prejudicado pela concepção clássica.

Retorna-se, segundo o autor da tese, à ideia de “jogo”, demandando uma volta para o *problema*, “pois o caráter precário do texto limitará o acontecer da racionalidade moral-prática e determinará a alienação da entrada”⁵⁴⁸.

Esse processo deverá ocorrer em dois “tempos”: 1) é necessária uma *abertura cognitiva* partindo do problema, com o escopo de ampliar o horizonte moral-prático desvelado; 2) uma filtragem sistêmica para garantir a manutenção da autonomia normativa do direito, diferenciando-o, portanto, da moral, garantindo, então, a juridicidade da compreensão.⁵⁴⁹

A abertura permitida pelo “jogo” ao problema também permite a abertura ao *outro*, pois “o *jogo* só pode ser jogado com o *outro*”⁵⁵⁰, tornando, portanto, o diálogo fundamental, pois é a via de “acesso” ao outro, valorizando a intersubjetividade, superando o paradigma subjetivo da filosofia da consciência.

Dessa forma, o *jogo* realizado no *problema* e com o *outro*, tem como escopo preliminar desvendar os motivos do dissenso que geraram o problema. “Essa identificação exige que o diálogo esteja imunizado de artifícios metafísicos que permitiriam aos sujeitos não manifestarem os verdadeiros vetores de racionalidade de suas pretensões”⁵⁵¹.

Com isso parte-se em busca da “verdade”, desprovida de “máscaras” e “maquiagens”, responsáveis pela ineficácia social do “jogo”, ao “blindar” o processo contra as inverdades produzidas perante os órgãos judiciais, pois a “abertura permitida pelo *jogo dialógico contratextual* amplia o horizonte de sentido, densifica as referências ontológicas que permitem consensos e, (...), delimita a zona de conflito para a atuação pragmática do sistema jurídico”⁵⁵².

A terceira e última característica é a argumentação jurídica como diálogo. Considera, inclusive, o autor, exaltando a importância de um modelo dialógico,

⁵⁴⁸ Idem. Ibidem, p.252.

⁵⁴⁹ Idem. Ibidem, p.252.

⁵⁵⁰ Idem. Ibidem, p.252.

⁵⁵¹ Idem. Ibidem, p.253.

⁵⁵² Idem. Ibidem, p.253.

que no “diálogo estão as condições de possibilidade para o trato da alteridade em sociedades complexas e plurais”⁵⁵³.

O que se projeta na compreensão é aquilo que decorre de um processo intersubjetivo, evitando assim a arbitrariedade, decorrente de um estar com outro, ou seja, na alteridade, que acontece, necessariamente, na linguagem.

A argumentação jurídica, nessa perspectiva, em todas as fases processuais⁵⁵⁴, decorreria, fundamentalmente, da participação sempre do *outro*, a partir do diálogo, o que proporciona uma compreensão apta a atingir projetos cada vez mais atualizados existencialmente e, por consequência, “reduza ao máximo possível o encobrimento do sentido do *ente*”⁵⁵⁵.

Quando se argumentas que o modelo positivista deveria ser superado, e diante da dificuldade (ou até falta de vontade) de superá-lo, sempre se questiona: de que forma? Qual seria a proposta?

Eis uma proposta digna e muito bem formulada. Um modelo hermenêutico coerente e bem articulado, que privilegia o diálogo, a intersubjetividade, a primazia do problema, contratextualmente, entre outras características já descritas.

Apresenta uma verdadeira teoria da decisão, um verdadeiro modelo hermenêutico, capaz de superar o paradigma da filosofia da consciência, em nome de uma intersubjetividade juridicamente *heterorreflexiva*, capaz de desvelar, por exemplo, o real significado dos direitos fundamentais em uma sociedade complexa e pluralista.

4.4 O DESVELAMENTO FENOMENOLÓGICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

⁵⁵³ Idem. Ibidem, p.261.

⁵⁵⁴ “(...) substitui-se, na perspectiva das partes, o agir estratégico preconizado por teorias da argumentação focadas no convencimento do auditório (juiz e demais partes, por exemplo) por uma perspectiva dialógica, onde a abertura ao *outro* não é uma alternativa. Ainda não se trata de uma abertura ao *outro* na perspectiva da amizade aristotélica ou do *amor* waratiano, mas de uma abertura provocada pelo constrangimento decorrente do desvelamento de sentido do ente, acompanhado e potencializado pelo fechamento paulatino dos espaços dissensuais provocados pela ação *heterorreflexiva*.” (Idem. Ibidem, p.266).

⁵⁵⁵ Idem. Ibidem, p.262.

Por último, em conclusão às ideias desenvolvidas neste capítulo, será realizada uma análise final da necessidade de um modelo fenomenológico para o desvelamento dos direitos fundamentais.

A tarefa primeira é romper com o modelo de fundamentação estandardizado para os direitos fundamentais no Brasil, aliás, como para todo o direito, de matriz positivista, da *primazia do texto*, conforme se pode exemplificar com o trecho a seguir transcrito da obra de Ingo Sarlet (entre outros), ao defender que:

Aliás, a própria eficácia (assim como a efetividade, ainda que em outro plano) não deixa de integrar o que se poderia denominar de uma teoria geral dos direitos fundamentais, já que se cuida de perspectiva que abarca, (...) toda e qualquer posição jurídico-fundamental consagrada na nossa Constituição (...)⁵⁵⁶.

Consoante proposta apresentada neste trabalho, é necessário romper este paradigma, na busca de eficácia dos direitos fundamentais, e o primeiro passo é reconhecer a existência desta categoria de direitos para além do *texto Constitucional*⁵⁵⁷, mas no *ser dos entes*, por intermédio de uma *ontologia, fenomenologicamente* determinada, a partir dos *problemas*.

Pode-se questionar: por que a fenomenologia cumpriria esse papel? Eis a resposta:

Porque, em meio a todos os enredos construídos pela modernidade, representa o modo de pensar mais “aberto” que a humanidade ocidental poderia imaginar no sentido de definir horizontes da sua auto-evidenciação, como condição de sua auto-realização. Até mesmo a partir do fato crucial de que, no pensamento fenomenológico, domina a primazia da pessoa humana, do sujeito humano, em torno do qual o mundo é construído e evidenciado. A pessoa humana está destinada a assumir, de maneira absoluta, a responsabilidade pela “descoberta” do mundo e pela sua evidenciação.⁵⁵⁸ (grifo autêntico)

A fenomenologia, dessa forma, possibilita a busca pela essência, que tanto foram ignoradas, em prol, principalmente, de um objetivismo, ou até de um

⁵⁵⁶ SARLET, op. cit., p.431.

⁵⁵⁷ “Para ter direitos humanos, o que na modernidade, é sinônimo de ser humano, você deve reivindicá-los. Um novo direito é reconhecido se tem sucesso ao fixar uma determinação – temporária ou parcial – sobre a palavra “humano”, se consegue deter seu voo. Esse processo é conduzido em lutas políticas, ideológicas e institucionais. (...) O potencial criativo da linguagem e da retórica permite aos direitos originais do “homem” fragmentarem-se e proliferarem-se nos direitos dos vários tipos de sujeito, como, por exemplo, os direitos de trabalhadores, mulheres, crianças, refugiados, ou os direitos de um povo à autodeterminação, ou os direitos dos animais e ambientais.” (DOUZINAS, op. cit., p.232).

⁵⁵⁸ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.44/45.

subjetivismo acrítico, que não permitiram o desvelamento da substância decorrente da existência do *ser humano*, que somente pode ser encontrado nas coisas como elas mesmas presente no mundo da vida⁵⁵⁹.

Por último, ainda na esteira do que foi construído, como modelo *hermenêutico* de oposição àquele dominante no direito pátrio, deve-se observar que os direitos fundamentais não são produzidos *subjetivamente* para o *eu*, mas que eles somente poderão ser reconhecidos na *alteridade*, ou seja, *intersubjetivamente*.

A *intersubjetividade*, assim, assume papel fundamental, pois ela diz respeito ao desvelamento da própria realização das aspirações humanas, pois “comunicar e intercomunicar as aspirações e os desejos e lavá-los ao campo da efetividade, pela via do poder instituído é o meio pelo qual os movimentos em torno dos “direitos humanos” pretendem fazer cada pessoa um reivindicante de seus direitos”⁵⁶⁰.

A lei da modernidade baseada no direito do Eu e no império do sujeito é estranhamente imoral enquanto tenta assimilar e excluir o Outro. O outro lado do sujeito jurídico universal, da igualdade e da autonomia, do formalismo da lei e do seu imperativo (o comando categórico) é a necessária desigualdade e a falta de autonomia do estrangeiro e do inimigo da nação. O discurso da universalidade é necessariamente uma mitologia branca: a entronização do livre-arbítrio como o princípio da legislação universal é obtida somente por meio da exclusão, da cassação do direito ao voto e da sujeição sem a livre subjetividade do Outro⁵⁶¹.

Deve-se, portanto, configurar um modelo hermenêutico capaz de vincular as *vozes pessoais individuais* com as razões comuns sobre qualidades atribuíveis a um grupo⁵⁶², ou seja, o *outro*, a alteridade, que respeite a intersubjetividade

⁵⁵⁹ “O que interessa à fenomenologia é o princípio fundante, aquilo que está na raiz de todas as coisas. Pois é a indagação sobre esse princípio, ou conjunto de princípios, que levará a humanidade à sua auto-constituição, à auto-evidenciação, ao seu auto-esclarecimento.” (Idem. Ibidem, p.52) (grifos autênticos)

⁵⁶⁰ Idem. Ibidem, p.104/105.

⁵⁶¹ Idem. Ibidem, p.353.

⁵⁶² “Os denominados “direitos humanos” estão situados na vasta atmosfera das vontades e desejos de impossível delimitação. A crença na universalidade desses direitos aos poucos desaparece, na medida do confronto entre as culturas e da fragmentação da razão, hoje a serviço de interesses individualistas, ou seja, da sobrevivência dos mais aptos na fraticida luta pela sobrevivência na qual a competição é o eixo das ações. Os horizontes da intersubjetividade, da comunicação, da coexistência como indicador fundamental da condição humana, se dissolvem num individualismo patológico no qual as subjetividades são produzidas artificialmente, os desejos são criados a qualquer custo e as representações sociais são manipuladas a partir do processo de embotamento da inteligência para que não exerça a sua função crítica.” (GUIMARÃES, op. cit., p.102/103).

característica das relações jurídicas, rompendo, no universo jurídico, definitivamente com o paradigma da *filosofia da consciência*, e a subjetividade na definição, e, principalmente, na concretização dos direitos fundamentais.

Torna-se importante, nesse contexto, reconhecer a necessidade de uma instância estatal para reconhecer e dar efetividade aos direitos fundamentais⁵⁶³, e, assim, delimitar o *locus* institucionalizado para a realização do *jogo dialógico*, capaz de tornar efetivo um direito intersubjetivo, propiciando o desvelamento e a concretização de direitos, qual seja esse espaço: a *jurisdição constitucional*. Esse é o objeto do próximo capítulo.

⁵⁶³ “Os direitos fundamentais, reconstruídos no experimento teórico, são constitutivos para toda associação de membros jurídicos livres e iguais; nesses direitos reflete-se a socialização horizontal dos civis, quase *in statu nascendi*. Porém o ato auto-referencial da institucionalização jurídica da autonomia política é incompleto em pontos essenciais, não podendo estabilizar-se a si mesmo. O momento do reconhecimento recíproco de direitos continua sendo um evento metafórico que pode ser, quando muito, rememorado e ritualizado: a sua perpetuação exige a instauração ou aproveitamento funcional de um poder do Estado.” (HABERMAS, op. cit., 1997, p.169.)

CAPÍTULO 5 – A IMPORTÂNCIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO ESPAÇO INSTITUCIONALIZADO DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

O objetivo deste capítulo já foi enunciado, todavia o esforço não será para realizar uma mera descrição analítica conceitual da jurisdição constitucional, mas uma reflexão sobre esse papel assumido por ela, principalmente se levar em consideração o crescente número de teses jurídicas que sustentam hodiernamente que o Poder Judiciário é o poder do século XXI⁵⁶⁴.

Será necessário, primeiro se questionar por que esse papel não seria do legislativo, para, então, a partir de uma definição conceitual (preliminar) de jurisdição, analisar o desenvolvimento histórico da jurisdição constitucional, para compreender “onde ela está”, de forma crítica.

O escopo central neste trabalho registre-se mais uma vez, é entender como ela pode se adequar ao modelo hermenêutico apontado como ideal para concretização e efetivação de direitos fundamentais.

5.1 POR QUE NÃO O PODER LEGISLATIVO?⁵⁶⁵

⁵⁶⁴ Entre elas destacam-se autores que defendem o *ativismo judicial*, como, por exemplo, no Brasil Luís Roberto Barroso (**Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em <http://renatobernardi.files.wordpress.com/2011/03/ativismo-barroso.pdf>. Acesso em 20/07/2012), Carlos Ayres Britto (**O Humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2010) e André Ramos Tavares (**Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012).

⁵⁶⁵ O presente tópico não se preocupará com o Poder Executivo, vez que a função precípua dele é de gestão, fundado na legalidade, por isso é conhecido como *executivo*, no sentido de execução de leis. Embora essa ideia tenha evoluído bastante a partir do reconhecimento de diversas matrizes teóricas, como, por exemplo, a contemporânea *teoria das funções estatais*, que reconhece diversas funções para os “antigos” Poderes do Estado (na clássica concepção de Montesquieu), mesmo assim a função executiva saíria do âmbito *a priori* da garantia e defesa dos direitos fundamentais, consoante o debate clássico que será desenvolvido neste tópico. Não se pode, contudo, deixar de referenciar a evolução das funções do Poder Executivo na garantia dos direitos fundamentais, consoante magistério de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (**Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008) e **Poder, Direito e Estado: O Direito Administrativo em tempos de Globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011) e Gustavo Binenbojm (**Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008). Não se pode deixar de registrar, também, o clássico embate entre Carl Schmitt (**O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007) e Hans Kelsen (**Quem deve ser o guardião da Constituição?** In KELSEN, op. cit., 2003, p.237-298), no qual o primeiro desqualifica a jurisdição

Simplesmente partir da premissa que o Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, é a instância adequada para garantir os direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito é demasiadamente reducionista. Por esse motivo, surge o questionamento: por que o Poder Legislativo não seria essa instância?

O Poder Legislativo no exercício de sua função precípua, a legisferante, é o responsável, levando-se em conta uma perspectiva positivista, pela definição e garantia do que sejam direitos fundamentais e como serão garantidos.

Inobstante a existência de controvérsias, como aquela gerada pela promulgação da Primeira Emenda nos Estados Unidos da América, que proibia o Congresso de legislar em algumas matérias de direitos fundamentais (liberdade religiosa, de expressão, de imprensa, de reunião e o direito de petição aos órgãos públicos)⁵⁶⁶. Assim, estaria subtraída a função do Poder Legislativo de intervir nesses direitos fundamentais, proibindo, assim, qualquer ato que envolva a restrição desses direitos fundamentais, ou minimamente estabelecendo limites ao seu agir.⁵⁶⁷

Dentro da modernidade, o Poder Legislativo assumiu, inicialmente, papel de destaque, como expressão da representação da vontade popular, através de prepostos eleitos para essa função, contra os desmandos e vontades de um monarca, ou até mesmo de um presidente (EUA). Cabia, portanto, ao Poder Legislativo definir, dentro do esboço de um Estado mínimo, não intervencionista

constitucional como guardião da Constituição para atribuir essa função ao Presidente do *Reich*, ou seja, ao Poder Executivo, enquanto o último defendia a primazia desta função às Cortes ou tribunais Constitucionais.

⁵⁶⁶ COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Campinas/SP: Russel, 2002, p.358.

⁵⁶⁷ O debate acerca dessa temática chegou, por óbvio, até a Suprema Corte Norte Americana, sedimentando a ideia consignada pelo juiz-presidente Warren, nos seguintes termos: "(...) Decidimos apenas que a Constituição exige que o conflito entre o Poder do Congresso e os direitos individuais deve ser solucionado pela adoção de uma legislação mais restrita, de tal modo que o próprio conflito seja evitado." (ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.141.). Merece, todavia, destaque o comentário de John Hart Ely sobre esta posição da Suprema Corte, ao dizer que: "Esse discurso é bom enquanto panfletagem, mas não reflete de modo exato o tema de *Robel* e outros casos análogos. Nenhum Poder Legislativo restringe a expressão (ou qualquer outra coisa, aliás) de modo completamente gratuito, e a eliminação do supérfluo acaba por ser a eliminação de coisa nenhuma." (Idem. Ibidem, p.141.).

(estado negativo), quais os direitos fundamentais dos indivíduos que mereciam defesa por parte do Estado de Direito⁵⁶⁸.

Isso fazia parte de um projeto de poder desenvolvido pela burguesia, construído pela adição das principais construções teóricas dos grandes pensadores dos séculos XVII e XVIII. Mesmo assim, fica consignada na modernidade a primazia do legislativo⁵⁶⁹, principalmente na definição e garantia dos direitos fundamentais, a partir da adoção de um modelo democrático representativo⁵⁷⁰.

O modelo democrático representativo, por seu turno, investiu a burguesia de poderes, em nome da soberania popular⁵⁷¹, concedendo-lhe, todavia, independência na representação, em relação à vontade de seu eleitor, notadamente em vista de uma suposta superioridade intelectual, pelo domínio científico do “mundo”, para o exercício desse mister.

⁵⁶⁸ “O ideário jacobino e as influências rousseauianas faziam ecos na Europa Continental, que há muito eram ouvidos na Inglaterra. O princípio da supremacia do Parlamento, como verdadeira expressão da vontade geral, viria a ser reforçado com uma certa noção de lei: ato normativo dotado dos atributos de generalidade e abstração, como consequência do primado da racionalidade, (...). Tentava-se, por essa forma, sepultar as ideias absolutistas de Estado, que se assentavam numa concepção hobbesiana: *autoritas, non veritas facit legem*, da lei como mandato ou *voluntas*. A burguesia, a um só tempo, definia um padrão objetivo de interferência estatal na esfera privada e, especialmente, na propriedade, como se cercava de garantias de participação ou influência nos atos constitutivos de uma “vontade geral”, que não era propriamente *vontade*, nem tampouco era geral.” (SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 432.)

⁵⁶⁹ “A premissa normativa da não-disponibilidade do procedimento democrático da legislação tem várias implicações. Ela acentua a destacável posição do legislador em relação aos demais poderes, ou seja, a irredutibilidade da soberania popular indivisa e, simultaneamente, a imprescindibilidade da divisão de poderes funcionais e específicos no ordenamento hierárquico de instâncias do Estado de direito. Essa premissa destaca concomitantemente a procedimentalização democrática do ato legislativo com respeito a direitos de participação e chances de comunicação iguais como a verdadeira garantia da racionalidade de leis assim deliberadas. (MAUS, Ingeborg. **Separação dos Poderes e Função Judiciária: Uma perspectiva teórico democrática**. In BIGONHA, Antonio Carlos e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.43.)

⁵⁷⁰ “A “duplicidade” foi o ponto de partida para a elaboração de todo o moderno sistema representativo, nas suas raízes constitucionais, que assinalam o advento do Estado liberal e a supremacia histórica, por largo período, da classe burguesa na sociedade do Ocidente. Com efeito, toma-se aí o representante politicamente por nova pessoa, portadora de uma vontade distinta daquela do representado, e do mesmo passo, fértil de iniciativa e reflexão e poder criador. Senhor absoluto de sua capacidade decisória, volvido de maneira permanente – na ficção dos instituidores da moderna ideia representativa – para o bem comum, faz-se ele órgão de um corpo político espiritual – a nação, cujo querer simboliza e interpreta, quando exprime sua vontade pessoal de representante.” (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.218.)

⁵⁷¹ Merece menção aqui o trabalho de Emmanuel Joseph Sieyès (**A Constituinte Burguesa**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001), acerca da necessidade de determinar a representação do terceiro estado (povo – nação) na formação da vontade popular.

A visão tipicamente moderna do mundo é a de uma totalidade em essência ordenada; a presença de um padrão desigual de distribuição de probabilidades possibilita um tipo de explicação dos fatos que – se correta – é, ao mesmo tempo, uma ferramenta de predição e (se os recursos exigidos estiverem disponíveis) de controle. Esse controle (“domínio da natureza”, “planejamento” ou “desenho” de sociedade) é quase de imediato associado à ação de ordenamento, compreendida como a manipulação de probabilidades (tornando alguns eventos mais prováveis, outros menos prováveis). Sua efetividade depende da adequação do conhecimento da ordem “natural”. Tal conhecimento adequado é, em princípio, alcançável.⁵⁷²

O papel do cidadão, nesse contexto, era o de escolher o representante, que em função de seu preparo intelectual desenvolvia, independente da vontade do eleitorado que consubstanciou o seu mandato parlamentar, a tarefa de criar e determinar direitos por intermédio de leis⁵⁷³.

Rascunhada, portanto, a “supremacia” da legitimidade moderna do legislativo na definição dos direitos fundamentais, torna-se necessário investigar criticamente como essa função se desenvolve na contemporaneidade, ou seja, qual é hoje o papel do legislativo na salvaguarda dos direitos fundamentais?

Inicialmente para enfrentar a pergunta, é preciso esclarecer que “o ideal de autogoverno individual e coletivo requer um conjunto de estratégias institucionais que não se esgotam no parlamento”⁵⁷⁴, restando de plano evidente que o atual estágio de complexidade que se encontram inseridos o Estado e a sociedade civil requer um complexo de “estratégias” mais elaboradas do que a simples manutenção de um (super) Poder Legislativo capaz de atender todas as expectativas sociais⁵⁷⁵.

Ademais, aguardar hoje que o Poder Legislativo consiga antecipar e salvaguardar todos os direitos fundamentais, como se esses habitassem as

⁵⁷² BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Intérpretes**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p.18.

⁵⁷³ “Historicamente, a solução prende-se, por um lado, com a *separação de poderes*, por outro, com a concepção revolucionária de lei, <<*expressão da vontade geral*>>. O poder legislativo retira da sua origemelectiva um primado do qual participa o acto que edita. Uma vez fixada a lei, a única tarefa que incumbe ás autoridades públicas é a de assegurar a sua tradução na realidade (...).” (RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981, p.19/20.)

⁵⁷⁴ HÜBNER MENDES, Conrado. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.83.

⁵⁷⁵ “Fomos levados a acreditar que a tradução literal dos ideais da democracia e do “governo do povo” é o parlamento representativo. Este é hoje praticamente um truísmo político. A eleição passou a ser o eventodemocrático por excelência, o ato que permite ao regime pleitear ser membro do grupo. Democracias começariam por aí. (...) Celebrá-la como quintessência da democracia parece transmitir um otimismo que ignora a sua origem oligárquica e assumidamente antidemocrática (um sistema de contenção montado por “aristocratas ingleses, fazendeiros americanos e advogados franceses).” (Idem. Ibidem, p.83.)

preocupações cotidianas dos parlamentos é demasiadamente perigoso, vez que “direitos sequer fazem parte de uma agenda remota. O comportamento dos representantes é voltado, na maior parte do tempo, a satisfazer interesses imediatos dos seus eleitores”⁵⁷⁶.

Resta ainda no ideário popular, todavia, a sensação de que a quebra da “supremacia parlamentar” nos assuntos tocantes à democracia, nos dias de hoje, seria uma involução, pois seria um desprestígio da “vontade da maioria”, e é aí que está um dos maiores perigos desse “jogo democrático”. Trata-se da necessidade de suplantar uma das grandes inverdades produzidas pela *democracia moderna*, a representação da vontade maioria.

Três são os motivos que levam a crer na necessidade de superação dessa ideia. O primeiro deles está correlacionado ao fato da regra da maioria ser insensível à intensidade de preferências, vez que “um procedimento majoritário, na base de votos com peso idêntico, não consegue captar a relevância que a matéria votada tem para cada indivíduo”⁵⁷⁷.

Em segundo lugar, a regra da maioria não tem a racionalidade que parece, podendo considerar, inclusive, que seu resultado é diversas vezes arbitrário. Esse fato pode ser constatado pela observação da estratégia utilizada para determinar a ordem de uma votação, e “quem tem o poder de controlar essa ordem consegue, muitas vezes, determinar a decisão final”⁵⁷⁸. Isso, sem sombra de dúvidas, é uma demonstração de arbitrariedade conduzindo a uma decisão irracional.

A terceira e última, consiste na ideia de que o mundo não está bipartido entre maioria e minoria. Principalmente pelo fato das preferências políticas não serem estáticas. A suposta bipolarização esconde a verdadeira complexidade desse processo⁵⁷⁹, vez que “nossas preferências (...) são maleáveis e sujeitas a transformações por meio do debate, da experiência, de novas informações, etc..

⁵⁷⁶ Idem. Ibidem, p.84.

⁵⁷⁷ Idem. Ibidem, p.87.

⁵⁷⁸ Idem. Ibidem, p.87.

⁵⁷⁹ “A sociedade não está dividida entre duas alternativas estáticas. A votação final de um projeto de lei, por exemplo, não pode ser vista como uma divisão entre aqueles que a aprovam e os que a rejeitam, pois isso ignoraria todo o processo anterior de composição de diferentes graus de interesse. Legisladores íntegros poderão ter escalas de preferências morais sinceras (não meramente escalas de interesses egoísticos), mas, de qualquer modo, terão que compor.” (Idem. Ibidem, p.88).

(...) Elas se estruturam num contínuo e não numa escala binária. Somos contra e a favor em diferentes graus”⁵⁸⁰.

A “vontade da maioria”, enfim, não é um bloco monolítico e uníssono, mas heterogêneo. Seus componentes fizeram concessões à esquerda e à direita. (...) não é uma entidade facilmente identificável. Menos ainda no decorrer do tempo. Não há estabilidade e continuidade. A sintonia entre opiniões do povo e de seus representantes, quando há, é efêmera. Se assim é, o que as cortes revogam pelo controle de constitucionalidade não pode ser, exatamente, a vontade da maioria.⁵⁸¹

Deve restar claro que não se está dizendo que o legislativo é dispensável na contemporaneidade, ou que a sua função está internamente corrompida de sorte que ele perdeu a sua funcionalidade, e que, como a regra da maioria não funciona, ele não tem valor. Longe disso, pois merece registro que os “defensores da revisão judicial não abrem mão do legislativo representativo. Simplesmente negam a ele a última palavra em direitos fundamentais”⁵⁸².

Começa aqui, o desenvolvimento conceitual de que na contemporaneidade a função de salvaguarda dos direitos fundamentais, na busca de sua eficácia, seja mais bem encarnada pelo Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, até porque a “estratégia pós-moderna de trabalho intelectual é aquela mais bem caracterizada pela metáfora do papel do “intérprete””⁵⁸³.

A superação do “velho” modelo liberal de Estado, a complexidade das relações que se instauram na sociedade pós-moderna ⁵⁸⁴ e a própria reestruturação da teoria do direito, em bases pós-positivista(s) (neoconstitucional), indica a suplantação da “supremacia legislativa” dos direitos fundamentais, indicando, doravante, um papel de destaque para o Poder Judiciário.

Comparada à tese positivista da separação, a materialização do direito carrega atrás de si uma “remoralização”, a qual afrouxa a ligação linear da justiça às vantagens do legislador político, na medida em que a argumentação jurídica se abre em relação a argumentos morais de princípio e a argumentos políticos visando à determinação de fins. As normas de princípio, que ora perpassam a ordem jurídica, exigem uma

⁵⁸⁰ Idem. Ibidem, p.88.

⁵⁸¹ Idem. Ibidem, p.88.

⁵⁸² Idem. Ibidem, p.83.

⁵⁸³ BAUMAN, op. cit., p.20.

⁵⁸⁴ Não há espaço nessa pesquisa para discutir a complexidade da expressão “pós-moderno”, ante as múltiplas teorias que se elaboraram em torno do tema. Aqui a expressão é utilizada simplesmente para designar o que não é “moderno”, ou até melhor, o que vem após a “modernidade”, ante a ausência de expressão específica.

interpretação construtiva do caso concreto, que seja sensível ao contexto e referida a todo o sistema de regras. (...) Orientada por normas fundamentais, a jurisprudência precisa voltar seu olhar, normalmente dirigido para a história institucional da ordem jurídica, para problemas do presente e do futuro.⁵⁸⁵

Ante a constatação da melhor adequabilidade do Poder Judiciário como instância estatal para a satisfação dos direitos fundamentais, torna-se imperioso definir conceitualmente a função precípua desse poder, qual seja a *jurisdicional*.

5.2 NOÇÃO CONCEITUAL PRELIMINAR DE JURISDIÇÃO:

A jurisdição, desde a sua perspectiva entabulada pela teoria do processo⁵⁸⁶, é uma das maiores manifestações da soberania estatal. Por seu intermédio o Estado, de forma neutra, conhece e dirime conflitos de interesses existentes, declarando o direito aplicável ao caso concreto, e garante a sua concretização, caso necessário executar a decisão⁵⁸⁷.

Não há dúvida de que a jurisdição, atualmente, tem a função de tutelar (ou proteger) os direitos, especialmente os direitos fundamentais. (...) *O que se deseja evidenciar é que a função jurisdicional é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado contemporâneo. Sem ela seria impossível ao estado não apenas dar tutela aos direitos fundamentais e permitir a participação do povo na reinvidicação dos direitos transindividuais e na correção dos desvios na gestão da coisa pública, mas sobretudo garantir a razão de ser do ordenamento jurídico, dos direitos e das suas próprias formas de tutela ou proteção.*⁵⁸⁸

⁵⁸⁵ HABERMAS, op. cit., 1997, p.306.

⁵⁸⁶ “Da jurisdição (...) podemos dizer que é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.129.)

“A jurisdição pode ser vista como *poder, função e atividade*. É a manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Expressa, ainda, a função que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo.” (DIDIER JR., Fredie. **Direito Processual Civil – Volume I**. 5ª ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2005, p.69.)

⁵⁸⁷ SAMPAIO, op. cit., 2002, p. 21.

⁵⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.134.

A *priori*, a jurisdição constitucional, na perspectiva acima apontada, é uma forma “qualificada” de jurisdição, pois é aquela que tem como matéria direta a incidência das normas constitucionais (independente de ser material ou formal). Assim, a concepção material de jurisdição, leva em consideração apenas o fato de lidar com normas de natureza constitucional, “atraindo, pelo menos potencialmente, todos os atores da peça política representada no cotidiano da vida nacional”⁵⁸⁹.

Existem acepções deste instituto, todavia, como a concepção formal, que levam em consideração apenas a existência de órgão especializado para solução dos conflitos de natureza constitucional.

José Adércio Leite Sampaio, para conciliar os dois critérios, propõe a seguinte definição:

A conciliação de critérios formais e materiais, a nosso ver, pode ser conseguida com a identificação de jurisdição constitucional como uma garantia da Constituição, realizada por meio de um órgão jurisdicional de nível superior, integrante ou não da estrutura do Judiciário comum, e de processos jurisdicionais, orientados à adequação da atuação dos poderes públicos aos comandos constitucionais, de controle da “atividade do poder do ponto de vista da Constituição”, com destaque para a proteção e realização dos direitos fundamentais.⁵⁹⁰

No Brasil, consoante o art.102, da Carta Magna, a jurisdição constitucional, *a priori*, é exercida por órgão da estrutura formal do Poder Judiciário, qual seja o Supremo Tribunal Federal – STF⁵⁹¹. Essa, todavia, não é a questão fulcral dessa pesquisa, e sim a observação acerca da função de proteção e realização dos direitos fundamentais, que será desenvolvida especificamente adiante em tópico próprio.

⁵⁸⁹ Idem. Ibidem, p.23.

⁵⁹⁰ Idem. Ibidem, p.23.

⁵⁹¹ “(...) reconhecimento do papel da justiça constitucional *torna indispensável reconhecer a necessidade da intervenção de um poder* (no caso, o Judiciário ou os Tribunais Constitucionais não pertencentes – *stricto sensu* – ao Judiciário), mediante o instrumento de *controle de constitucionalidade*.” (STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.104/105.)

Configura-se, então, como papel da jurisdição constitucional estabelecer uma relação de equilíbrio entre os aspectos técnico e jurídico e o político-institucional⁵⁹², caracterizando-se esse último pela exteriorização do “ponto de vista ativo através da distribuição dos poderes de eleição e nomeação dos juízes constitucionais”⁵⁹³, bem como ao delimitar a relação entre os poderes constituídos do Estado de Direito.

Possui, então, papel fundamental para o Estado Democrático de Direito a jurisdição constitucional nessa quadra da história, e, principalmente, se considerar a reaproximação entre direito e moral promovida pelo pós-positivismo, muito bem representado pelo neoconstitucionalismo, consoante já foi asseverado.

Passam os Tribunais Constitucionais⁵⁹⁴, como guardiões dessa função, a ter a responsabilidade de definir esse (novo) espaço, reformulando a ideia central da tarefa que lhes era destinada.

Sintetizando, então, a complexidade da necessidade de delimitação da função da jurisdição constitucional, reproduz-se a seguinte lição de João Maurício Adeodato:

Com a sobrecarga do direito como principal ambiente ético comum, cresce a importância das normas jurídicas na esfera pública. E com a pulverização das demais ordens éticas e seu esvaziamento de significado social e público, crescem as divergências hermenêuticas e exacerbam-se as funções do poder judiciário, em detrimento do legislativo, o elaborador dos textos genéricos outrora mais importantes. Isso significa uma guinada no positivismo tradicional e faz sobressair a importância da jurisdição constitucional (...)⁵⁹⁵

Deve-se, de plano, rechaçar a ideia reducionista de jurisdição constitucional, pelo menos em relação ao seu aspecto funcional, que estabelece a tarefa de tutela e atuação judicial dos preceitos da Constituição, atuando ao

⁵⁹² “(...) se se entender por política a criação do Direito, também aí se verifica que não apenas a legislação cumpre esse papel, mas igualmente a jurisdição, ao menos porque cria a norma jurídica para o caso concreto.” (TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p.55)

⁵⁹³ JAYME, Fernando Gonzaga. **Tribunal Constitucional: Exigência democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.67.

⁵⁹⁴ “Outrossim, o papel assumido pela Cortes Constitucionais em defesa da Constituição ressalta a importância de sua atuação na estrutura política e social de um determinado país.” (BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.191.)

⁵⁹⁵ ADEODATO, op. cit., 2009, p.9/10.

realizar o controle de constitucionalidade⁵⁹⁶, principalmente abstrato, funcionando como legislador negativo⁵⁹⁷.

Sobre a mudança de função proporcionada pelo pós-positivismo (neoconstitucional) assevera Gustavo Binbenojm⁵⁹⁸ que:

A missão do Tribunal Constitucional se projeta, assim, para além da mera função de *legislador negativo*, guardião da coerência sistêmica do ordenamento jurídico. Seu papel é o de articular o debate público em torno dos princípios constitucionais, constringendo os agentes políticos a levá-los em conta no desenrolar do processo democrático.

Dentro desta nova função da *jurisdição*, mais especificamente da *jurisdição constitucional*, determinada pelo paradigma neoconstitucional, destaca-se, como já foi, inclusive, discutido anteriormente, a missão de concretização e efetivação dos direitos fundamentais.

Assim, com o escopo precípuo de melhor sedimentar a compreensão do instituto, far-se-á a análise dos modelos de *jurisdição constitucional* existentes.

5.3 MODELOS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:

Inicialmente, deve-se registrar que o propósito deste tópico não é fazer uma dissecação profunda dos sistemas e modelos de jurisdição constitucional, mas apenas contextualizar o leitor, com o escopo de facilitar a compreensão dos tópicos centrais deste capítulo, não se tratando, portanto, de uma análise histórica, mas essencialmente conceitual.

Há consenso quanto ao precedente da criação do primeiro modelo de jurisdição constitucional, tratando-se de cultura jurídica ocidental, que ocorreu nos Estados Unidos da América, com o famoso caso *Marbury versus Madison*.

⁵⁹⁶ “Nos regimes democráticos, garantir a Constituição representa preservar a estabilidade das regras de convivência política, limitando o poder. Entretanto, é inerente à própria natureza humana ultrapassar os limites estabelecidos, por isso o sentimento constitucional, por si só, não é bastante para coibir os abusos contra a Constituição. A democracia não prescinde da existência de um sistema de controles.

(...) A Constituição é o limite dos excessos de poder cometidos pela maioria em detrimento da minoria. A inexistência de limites implicaria a ditadura da maioria, que estaria sempre estabelecendo as regras do jogo, a fim de perpetuar-se no poder, cuja alternância estaria consequentemente inviabilizada.” (JAYME, op. cit., p.69)

⁵⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p.23-26.

⁵⁹⁸ BINENBOJM, op. cit., 2004, p.82.

Acontece, todavia, que alguns estudiosos da temática apontam a existência de certos antecedentes, embora não se referissem à essência da garantia de uma *supremacia constitucional*⁵⁹⁹.

No Direito ateniense⁶⁰⁰, por exemplo, existia uma diferenciação hierárquica entre a *nómos* e a *pséfisma*, isso gerava a incidência de mecanismos jurídicos de controle, vez que “a mudança das leis era considerada, em suma, uma providência de extraordinária gravidade, cercada de garantias mais prudentes e até mais estranhas, com responsabilidades gravíssimas (...)”⁶⁰¹.

Assim, a Assembleia popular, ou apenas *Ecclesia*, embora detentora de competência legisferante, ao editarem as leis conferia-lhes a natureza de *pséfisma* (esses teriam hoje o mesmo valor de um decreto) e não de *nómoi* (esses seriam as leis *stricto sensu*). Isso gerava a prevalência do *nómoi* sobre o *pséfisma*, e como consequência:

Os juízes atenienses, portanto, não obstante fossem obrigados por solene juramento a julgar “Kata toùs nómous Kai Katà psefísmata” (“segundo a lei e segundo os decretos”), não podiam, porém, ser obrigados a julgar segundo os *psefísmata*, a menos que estes não fossem contrários aos *nómoi*.⁶⁰²

Também na Idade Média encontra-se precedente do controle da constitucionalidade das leis. Durante aquele período prevalecia o direito natural (*jus naturale*), e tudo aquilo que ele refletisse era tido como norma de natureza superior. Nem mesmo o soberano (monarca) poderia contradizer o direito natural.

Dessa forma, o ato do soberano que contrariasse os limites estabelecidos pelo direito natural deveria ser declarado nulo e sem efeito vinculatório.

(...) o juiz competente para aplicar o direito era obrigado a considerar nulo (e por isto não obrigatório) seja o ato administrativo contrário ao direito (natural), seja a própria lei que se encontrasse em semelhante condição, mesmo que ela tivesse sido proclamada pelo Papa ou pelo Imperador. Segundo, enfim, alguns teóricos, mesmo os súditos

⁵⁹⁹ “Como lei superior, a Constituição encontra seu fundamento no princípio da rigidez, do qual deflui como primordial corolário, o princípio da supremacia constitucional.

Essa supremacia é que fundamenta a validade das normas infraconstitucionais e requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da constituição.” (SILVA, José Afonso da. **Um pouco de Direito Constitucional comparado**. São Paulo: Malheiros, 2009, p.124.)

⁶⁰⁰ Segundo Mauro Cappelletti, esse era um conceito comum a todos os “Estados” gregos. (op. cit., p.49.)

⁶⁰¹ Idem. Ibidem, p.49.

⁶⁰² Idem. Ibidem, p.51.

individualmente considerados estavam desobrigados do dever de obediência em face do comando não conforme ao direito (natural) (...).⁶⁰³

Há uma distinção clara entre duas ordens de normas jurídicas: a que decorre do *jus naturale* (norma superior) e a do *jus positum* (norma inferior), esta condicionada por aquela.

Não se pode negar a influência de Sieyès na formulação da ideia da jurisdição constitucional, registrada na Convenção Nacional do 18 do termidor do ano III da Republica, quando sustentou que a “obediência à Constituição não poderia ficar na dependência da “boa vontade” do Poder Legislativo, propugnando pela instituição de um Tribunal Constitucional encarregado de excluir do ordenamento jurídico as leis inconstitucionais”⁶⁰⁴.

Inobstante esses precedentes fáticos e teórico, a origem da jurisdição constitucional encontra-se enraizada no solo dos Estados Unidos da América, consoante será explicado em tópico específico a seguir.

5.3.1 Modelo do *Judicial Review of Legislation*: A Origem Norte-Americana do Controle Difuso de Constitucionalidade

Entre as grandes contribuições inseridas pelo constitucionalismo norte-americano estão, indubitavelmente, o modelo federativo de Estado e o controle jurisdicional de constitucionalidade.

Antes mesmo do primeiro *lead case*, os norte-americanos já haviam assimilado as ideias disseminadas por Edward Coke⁶⁰⁵, acerca da necessidade de mecanismos jurisdicionais de controle das leis, em específico da sua aderência ao sistema constitucional vigente.

⁶⁰³ Idem. Ibidem, p.52.

⁶⁰⁴ BINENBOJM, op. cit., p.24.

⁶⁰⁵ Em 1.610, quando exercia a função de *Chief Justice*, na *Court of Common Pleas*, decidiu o caso do Dr. Bonham, quando consignou entendimento da necessidade, em alguns casos, da *Common Law* controlar os atos editados pelo Parlamento, e até julgá-los nulos, ideia central a ser desenvolvida, posteriormente, no sistema de controle de constitucionalidade norte-americano. (cfe. BATISTA NEVES, André. **Introdução ao controle de constitucionalidade**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2007, p.24/25.)

Mesmo sem a previsão direta e explícita da ideia do controle de constitucionalidade no texto constitucional norte-americano, deve-se considerar a chamada “cláusula de supremacia” (*supremacy clause*), que proclama a supremacia da Constituição⁶⁰⁶.

Mesmo antes do julgamento do caso *Marbury versus Madison*, já se encontrava no texto da obra “O Federalista”⁶⁰⁷ expressa menção à jurisdição constitucional, ao expor no artigo nº 78, de autoria de Alexander Hamilton, o seguinte:

Relativamente à competência das cortes para declarar nulos determinados atos do legislativo, porque contrários à constituição, tem havido certa surpresa, partindo do falso pressuposto de que tal prática implica em uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Argumenta-se que a autoridade pode declarar nulos os atos de outra deve necessariamente ser superior a esta outra.

(...) É muito mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação. O campo de ação próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis.⁶⁰⁸

Essa ideia, então, passa a angariar adeptos⁶⁰⁹ e sua aceitabilidade enquanto teoria vigente é finalmente consignada no julgado citado como *lead case* da matéria, no ano de 1.803.

A partir do julgamento do caso *Marbury versus Madison*, resta registrado para a história pelo *Chief Justice* John Marshall que todo e qualquer juiz tem, diante de um caso concreto, que rejeitar a aplicação de lei inconstitucional. Ainda

⁶⁰⁶ A Constituição Norte-Americana dispõe em seu artigo VI o seguinte: “Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados.” (texto extraído da seguinte referência: COOLEY, op. cit., p.356.)

⁶⁰⁷ Essa obra representa a condensação de artigos escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, publicados na imprensa de Nova York, a partir de 1.788, utilizando a alcunha de “Publius” para doutrinar e informar a sociedade norte-americana acerca dos principais institutos constitucionais constantes do pacto formador dos Estados Unidos da América, ou seja, a ratificação da Constituição norte-americana de 1.787.

⁶⁰⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. **O Federalista**. Campinas/SP: Russel, 2005, p.471.

⁶⁰⁹ Thomas Cooley em obra pioneira sobre Direito Constitucional, no ano de 1.880, registra a ideia já consagrada sobre o tema nos seguintes termos: “Mas onde, como na América, a legislatura age em virtude de uma autoridade delegada, limitada pela própria Constituição, e o Poder Judiciário tem força para declarar a legitimidade de uma lei, uma disposição inconstitucional forçosamente decairá quando como tal for reconhecida pelos tribunais a cujo exame for submetida.” (op. cit., p.34)

segundo Marshall, esta tarefa era consequência de um mister interpretativo, pois “estando o Magistrado obrigado a aplicar o Direito, implicitamente cabe-lhe o dever de aferir previamente a compatibilidade da lei com a norma cimeira do ordenamento – a Constituição”⁶¹⁰.

O modelo norte-americano, celebrado a partir deste precedente, que passa ser conhecido como modelo de *controle difuso* ou *incidental*, confere a todos os órgãos do Poder Judiciário, “em face do qual cada juiz ou tribunal (originariamente ou por meio de recurso) pode deixar de aplicar (...) uma determinada lei (ou ato do poder público), quando a considere eivada do vício da inconstitucionalidade”⁶¹¹.

Outra característica importante desse modelo é que ele somente se realiza diante dos casos concretos, em uma matriz, portanto, problemática, o que veda que o juiz ou tribunal analise “em tese” a questão da inconstitucionalidade, “estando limitado a reconhecer a inconstitucionalidade do ato somente em face do caso concreto, paralisando os seus efeitos no que tange ao conflito solucionado”⁶¹².

O controle difuso de constitucionalidade inseriu-se definitivamente no arcabouço institucional dos Estados Unidos da América, do Canadá, da Austrália e, ainda que de forma não plenamente correspondente àqueles países, na maioria dos países latino-americanos. A prática refutou as objeções passíveis de oposições sobre a sua legitimidade, construindo-se aquilo a que alguns constitucionalistas americanos chamam de “*Living Constitution*”: “Um conjunto de normas que (ao contrário das leis normais) cresce e muda de era para era, de modo a atender as necessidades de uma sociedade mutante”.⁶¹³

Deve-se registrar, ainda, que nos Estados Unidos da América, embora todo juiz e tribunal pode realizar o controle de constitucionalidade, “a Suprema corte desempenha um papel determinante e hegemônico (...) haja vista que lhe cumpre, em razão do princípio do *stare decisis*, (...) a última e definitiva voz a respeito das questões constitucionais do país”⁶¹⁴.

A expressão *stare decisis* é o resumo da expressão *stare decisis et no quieta movere*, que tem aproximadamente o significado de “ficar com o que foi

⁶¹⁰ BATISTA NEVES, op. cit., p.31.

⁶¹¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2006, p.67.

⁶¹² Idem. Ibidem, p.67.

⁶¹³ BATISTA NEVES, op. cit., p.42/43.

⁶¹⁴ CUNHA JÚNIOR, op. cit., 2006, p.69.

decidido e não mover o que está em repouso”, gerando uma espécie de “estado decisório”, oriundo do sistema jurídico do *common law*.

O princípio do *stare decisis* encontra-se, também, registrado no art. Nº 78 da obra “O Federalista”, defendendo Alexander Hamilton que: “Para evitar uma conduta arbitrária das cortes, é indispensável que elas sejam refreadas por normas escritas e precedentes, visando definir e exemplificar seus deveres em cada caso particular (...)”⁶¹⁵.

Para evitar as arbitrariedades de um tribunal ou juiz, o princípio do *stare decisis* consagra a necessidade de vinculação destes aos seus próprios precedentes⁶¹⁶. No contexto acima citado, da sua relação com a Suprema Corte, nos Estados Unidos da América, a ideia é dotá-la de uma espécie de “poder”, capaz de conferir às suas decisões força obrigatória e vinculatividade, aperfeiçoando o modelo difuso norte-americano⁶¹⁷.

Mesmo diante da sua importância e acolhida nos países ocidentais, genericamente falando, “a importação direta e acrítica do sistema difuso para países ligados à tradição jurídica romano-germânica se revelaria, no entanto, problemática”⁶¹⁸.

Isso gerou, já no século XX, a entabulação de um modelo *Europeu Continental*, que será estudado no tópico seguinte.

5.3.2 Controle Concentrado: O Modelo Europeu Continental Centrado em Tribunais ou Cortes Constitucionais

O modelo *Europeu Continental* assenta a ideia de que o controle de constitucionalidade deve ser concentrado em uma única e exclusiva Corte ou Tribunal Constitucional, que deve estar situado na cúpula da estrutura do Judiciário ou fora dela.

⁶¹⁵ Op. cit., p.474.

⁶¹⁶ “Os precedentes não são (...) aplicados de forma automática, mas, ao revés, devem ser analisados cuidadosamente para determinar se existem similaridades de fato e de direito entre as situações controvertidas.” (SOARES, op. cit., 2010b, p.127.)

⁶¹⁷ BATISTA NEVES, op. cit., p.33-36.

⁶¹⁸ BINENBOJM, op. cit., p.35.

Esse modelo origina-se entre as duas guerras mundiais, mais especificamente com a “promulgação da Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920, redigida a partir de projeto elaborado, a pedido do governo, por Hans Kelsen”⁶¹⁹.

Hans Kelsen nega a ideia de concessão irrestrita a todos os juízes e tribunais de competência para declarar uma lei ou ato inconstitucional, ante a importância política e jurídica representada por este ato, com a consequente declaração da nulidade desta lei ou ato.

Inobstante essa oposição, também chama a atenção do grande pensador austríaco o fato de que no sistema norte-americano os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade deveriam apenas produzir efeitos *inter partes*, não se estendendo aos demais cidadãos, vez que é aferível apenas no caso concreto.

Dentro desse cenário, seria necessário criar um Tribunal ou Corte Constitucional, que concentraria a função de controlar os atos e leis inconstitucionais. Complementa Kelsen, para quem “o controle de constitucionalidade (...) não seria senão um processo especial para a revogação da lei, segundo requisitos específicos previstos na Constituição”⁶²⁰.

Concepções jurídicas e políticas influenciaram Hans Kelsen na entabulação do seu modelo, vez que:

(...) para o austríaco, o ordenamento jurídico estrutura-se à maneira de uma pirâmide escalonada, na qual a *constituição* em sentido material é reduzida à mera matriz de produção, por derivação, de outras normas jurídicas. Adicione-se sua visão da inconstitucionalidade como uma disfunção sistêmica de ordem pública (e não hermenêutica). E, por fim, mescle-se com um ambiente de mais estrita concepção do postulado da separação dos poderes que o norte-americano, e ainda contaminado com a desconfiança disseminada pela Revolução Francesa contra os juízes comuns.⁶²¹

Com isso institui-se um modelo sedimentado na concepção de especialização, apto a lidar com as disfunções sistêmicas geradoras de invalidade de atos e leis, capaz de mediante julgamento declaratório⁶²² fixar a nulidade

⁶¹⁹ Idem. Ibidem, p.35.

⁶²⁰ Idem. Ibidem, p.37.

⁶²¹ BATISTA NEVES, op. cit., p.49/50.

⁶²² Deve-se registrar que inicialmente, no texto da Constituição austríaca de 1920, o efeito da decisão era constitutivo, e, portanto, *ex nunc*, esse paradigma somente foi atenuado com “a reforma constitucional de 1929”, vez que “acrescentou um modo peculiar para a instauração da

desses institutos eivados de inconstitucionalidade, operando efeitos perante todos (*erga omnes*).

Preconiza Kelsen que além da função protetora do sistema jurídico, a jurisdição constitucional concentrada tem como função proteger o próprio modelo democrático do Estado e as suas funções, pois “quanto mais elas se democratizam, mais o controle deve ser reforçado”⁶²³.

Adiciona, ainda, o mestre de Viena, que em um Estado federativo a jurisdição constitucional adquire ainda mais relevância, pois este modelo estatal sustenta uma divisão de poderes (horizontalmente e verticalmente) complexa e plural, sendo a disciplina deste conteúdo atribuição das normas constitucionais, e, logo, qualquer violação a esse sistema representará uma violação à Constituição, portanto passível de controle diante da jurisdição constitucional.⁶²⁴

Os países europeus que adotaram esse sistema eram estranhos ao princípio do *stare decisis*, logo tinham que se “submeter a um sistema de controle que operasse com instrumentos jurídicos capazes de prevenir aqueles inconvenientes”⁶²⁵.

Assim a adoção de Tribunais ou Cortes Constitucionais para essa função, de realizar Controle Concentrado de Constitucionalidade⁶²⁶ coloca-se, para os países que não se filiam ao sistema jurídico do *common law*, como uma espécie de “remédio” para suprir o princípio do *stare decisis*⁶²⁷.

Caracteriza esse modelo o controle “em tese” das leis e atos inconstitucionais, desprovido, portanto, do caso concreto. Outra característica, correlacionada, mesmo que indiretamente, àquela, é a limitação dos legitimados

jurisdição constitucional concentrada do Tribunal Constitucional”, consoante será desenvolvido adiante. (cfe. CUNHA JÚNIOR, op. cit., 2006, p.80.)

⁶²³ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.181.

⁶²⁴ Idem. Ibidem, p. 182-186.

⁶²⁵ CUNHA JÚNIOR, op. cit., 2006, p.75.

⁶²⁶ Entre os países europeus: Áustria (1920 – aperfeiçoado em 1929), Itália (1948), Alemanha (1949), Chipre (1960), Turquia (1961), Iugoslávia (1963), Grécia (1975), Espanha (1978), Portugal (1982) e Bélgica (1984) – cfe. CUNHA JÚNIOR, op. cit., 2006, p.74. Entre os países latino-americanos: Honduras (1982), Panamá (1972), República Dominicana (2002), Costa Rica (1949/2003), Paraguai (1992), Chile (1980/2005) – cfe. SILVA, op. cit., 2009, p.133-141.

⁶²⁷ Ao analisar o tema, o próprio Kelsen assevera que “se quisermos que a Constituição seja garantida com eficácia, é necessário que o ato submetido ao controle do tribunal constitucional seja diretamente anulado por decisão própria, se considerado irregular. Essa decisão, mesmo se se referir a normas gerais – e é esse precisamente o caso principal -, deve ter força anulatória.” (KELSEN, op. cit., 2003, p.170.)

para propositura das ações de controle. Diante do caso concreto qualquer um que tiver seu direito ameaçado ou lesado poderá interpor uma ação suscitando o controle, já no sistema concentrado apenas alguns legitimados.

O próprio Kelsen sugere que:

Poder-se-ia autorizar e obrigar todas as autoridades públicas que, devendo aplicar uma norma no caso concreto, tivessem dúvidas quanto à sua regularidade, a interromper o respectivo processo e apresentar ao tribunal constitucional um pedido motivado de exame e de eventual anulação da norma. Poder-se-ia também só conceder tal poder a certas autoridades superiores ou supremas – ministros e tribunais superiores -, ou ainda restringi-lo aos tribunais (...).⁶²⁸

Por fim, registra-se que como consequência desse sistema há presunção de constitucionalidade de todas as leis e atos editados nos países que adotam esse sistema, essa só pode ser quebrada pela declaração da inconstitucionalidade feita por um tribunal especialmente qualificado para essa tarefa, composto, em essência, por juízes mais experientes⁶²⁹, capazes de excluir do sistema jurídico a norma que não mais se presume, mas se declara inconstitucional.

O modelo concentrado ganhou diversas versões entre os países europeus (e até mesmo fora do velho continente), que buscaram “aprimorar” o modelo originário, austríaco, adaptando-o às necessidades sociais, bem como aos modelos culturais diversos.

Sob essa perspectiva, de “aprimoramento” do sistema, alguns países inovaram mais ainda ao formatarem sistemas híbridos ou mistos⁶³⁰, com a junção dos modelos difuso e concentrado, simultaneamente coordenados, como é o caso específico do Brasil, que merece, portanto, tratamento em tópico específico.

⁶²⁸ Idem. Ibidem, p.174.

⁶²⁹ Quanto à organização e estruturação do Poder Judiciário, é importante assentar que ‘nos sistemas da Europa Continental, é, usualmente, constituído por juízes de carreira que entram jovens na magistratura e só em idade avançada, e, em grande parte, fundados em sua demonstrada habilidade no interpretar as leis, com rigor lógico e precisão, chegam a funções ligadas à atividade das Cortes Supremas. Certo é que as normas das Constituições modernas são algo de profundamente diverso das usuais normas de lei, que os juízes das Cortes Supremas europeias, chegados já ao cume ou ao término de sua longa carreira na magistratura, foram, por decênios, habituados a interpretar, a observar e a fazer observar, com uma técnica hermenêutica que refoge daquele tipo de “policy-making decisions” que estão, inevitavelmente, implicadas, ao invés, em uma atividade de controle de validade substancial das leis e de atuação da norma constitucional.’ (CAPPELLETTI, op. cit., p.88/89.)

⁶³⁰ Apenas para ilustrar, outros países que adotam o sistema misto de jurisdição constitucional são: México, Venezuela, Bolívia, Colômbia e Guatemala. (cfe. SILVA, op. cit., 2009, p.141.)

5.3.3 CONTROLE MISTO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA EVOLUÇÃO DO MODELO BRASILEIRO

Seguindo a influência da Constituição norte-americana, de 1787, a primeira Carta Política republicana em solo brasileiro, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, adotou o modelo inspirado no *judicial review*, qual seja o da jurisdição constitucional difusa⁶³¹.

A constituição republicana subsequente (1934) manteve esse sistema, todavia inseriu no sistema pátrio a chamada representação interventiva, que foi o primeiro passo para a inserção de mecanismo alheio ao sistema de jurisdição constitucional vigente, no sentido de se aproximar do modelo europeu continental.

Após a superação da terceira constituição republicana (1937), de natureza antidemocrática, fundamentadora do Estado Novo, que havia retrocedido no assunto controle da constitucionalidade⁶³², a Constituição de 1946 não só restaura o modelo difuso, como após acréscimo promovido pela Emenda Constitucional nº 16/1965, incorporou ao sistema pátrio, definitivamente, o controle concentrado de constitucionalidade.

A partir deste momento, o Brasil passou a ter de forma muito clara um sistema misto ou eclético de jurisdição constitucional, que coordena tanto o sistema difuso (norte-americano), como o concentrado (europeu continental), este último exercido por duas ações específicas para essa finalidade a *representação genérica* (hoje ação direta de inconstitucionalidade – ADIN) e a *representação interventiva*, ambas de competência do Supremo Tribunal Federal – STF.

⁶³¹ “A propósito da dúvida que acometeu, no início, ao próprio Poder Judiciário quanto à existência de sua competência para o controle de constitucionalidade, RUY BARBOSA foi esclarecedor ao defender a intenção explícita da Constituição em assegurar a todos os juízes e tribunais, nos mesmos moldes do sistema “americano” de controle de constitucionalidade, a competência para discutir a constitucionalidade das leis.” (CUNHA JÚNIOR, op. cit., 2006, p.83.)

⁶³² “(...) trouxe um retrocesso, ao pretender enfraquecer a supremacia do Poder Judiciário no exercício do controle da constitucionalidade das leis, possibilitando ao Poder Executivo tornar sem efeito a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal, quando a lei declarada inconstitucional, por iniciativa do Presidente da república, fosse confirmada pelo voto de dois terços de cada uma das casas legislativas (...). Ora, como na época não funcionava o Poder Legislativo, que não foi convocado, cabia ao próprio Presidente da república exercer, mediante simples decreto-lei, essa faculdade.” (Idem. Ibidem, p.85)

A Constituição do período da ditadura militar (1967) manteve esse sistema, que também não foi modificado pela polêmica Emenda Constitucional nº 01/1969.

Com o advento da Constituição que reintroduziu a democracia no país, após o período de trevas da ditadura militar, promulgada no dia 05 de outubro de 1988, instituindo a República Federativa do Brasil nos seus atuais moldes, o sistema misto ou eclético não só foi mantido como aprimorado.

No modelo difuso, por exemplo, que pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, até mesmo o Supremo Tribunal Federal, mas que sempre se limitou ao controle das inconstitucionalidades comissivas passou a contar com uma ação para o controle das omissões inconstitucionais, qual seja o *mandado de injunção*.

Já o controle concentrado foi aprimorado com a manutenção da representação interventiva, da ação direta de inconstitucionalidade (antiga *representação genérica*), que agora pode ser genérica ou por omissão, e institui a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), que somente foi regulamentada e esclarecida no seu objeto, pela Lei nº 9.882/1999.

Por último, através da Emenda Constitucional nº 03/1993, foi criada a ação declaratória de constitucionalidade (ADC ou ADECON), que foi regulamentada, juntamente com a ADIN, pela Lei nº 9.868/1999.

Mesmo com um sistema, aparentemente, tão aprimorado e elaborado de jurisdição constitucional existem diversas críticas, procedentes, diga-se de plano, em relação ao seu funcionamento, diante de problemas concretos e reais, que não a permite atingir o idealizado fim de proteger a sociedade, notadamente das constantes violações de direitos fundamentais perpetradas pelo próprio Estado, requerendo um aprimoramento epistemológico, motivo que gerou a presente pesquisa.

Em primeiro lugar, o déficit e os problemas democráticos deste sistema, perfeitamente enunciado por Gustavo Binbenbojm nos seguintes termos:

Não obstante suas virtudes e sua reconhecida utilidade para o próprio funcionamento do regime democrático, a jurisdição constitucional mantém com a democracia uma tensão permanente, uma relação de equilíbrio instável, que coloca em xeque, de tempos em tempos, a sua

legitimidade para anular decisões tomadas pelos representantes do povo.⁶³³

A Constituição representa o ideal democrático, bem como seus valores, além de estabelecer o procedimento do jogo democrático, cabe, portanto, à jurisdição constitucional defender e proporcionar, simultaneamente, o Estado Democrático Constitucional. Assim, cabem aos Tribunais Constitucionais funcionarem como “espaços públicos, abertos à participação de todos os interessados, em prol de uma busca cooperativa da verdade (...) representada por uma hermenêutica do texto constitucional que seja efetivamente resultado de uma práxis argumentativa democrática”⁶³⁴.

Para que, no Brasil, o Direito Processual Constitucional torne-se parte do direito de participação democrática, é necessário permitir uma sinergia eficaz entre os diversos intérpretes da Carta Magna. O primeiro obstáculo é epistemológico: quebrar a falsa cisão positivista entre ciência (*episteme*) e senso comum (*doxa*). O conhecimento da Constituição deve consubstanciar um novo senso comum, partilhado por toda a cidadania.⁶³⁵

Defende-se, com isso, a necessidade de uma espécie de “jurisdição constitucional aberta”⁶³⁶, que tem como fim o “alargamento dos espaços de travamento dos debates que envolvem os temas e os valores fundamentais da comunidade”⁶³⁷, evitando uma transferência de responsabilidade para os Poderes, como vem ocorrendo no Brasil (típico de uma cidadania passiva).

Exemplos para o aumento desse grau de abertura democrática na jurisdição constitucional seria a obrigatoriedade de audiências públicas e da utilização de *amici curiae*. Hoje há uma utilização ainda tímida desses institutos, e mesmo quando são utilizados percebe-se uma diminuição da capacidade de influência deles nos julgados.

⁶³³ BINENBOJM, op. cit., p.45.

⁶³⁴ BOTELHO, op. cit., p.190.

⁶³⁵ SOARES, op. cit., 2010b, p.154.

⁶³⁶ Em referência ao pensamento da “hermenêutica plural” e a “sociedade aberta dos intérpretes” de Peter Häberle, consoante tese de Mônia Clarissa Hennig Leal, intitulada: **Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição constitucional na ordem democrática.**

⁶³⁷ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição constitucional na ordem democrática.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 206.

Em sentido oposto à ideia de abertura caminha a conjugação dos institutos da repercussão geral⁶³⁸ com o julgamento de processos com idêntica controvérsia⁶³⁹.

A instituição da repercussão geral, bem como do julgamento de processos com idêntica controvérsia, decorre de um conjunto de alterações promovidas no sistema processual⁶⁴⁰ para atacar o problema da falta de celeridade dos processos, em cumprimento ao dispositivo inserido no art. 5º, da *Lex Legum*, que institui a “razoável duração do processo” (inciso LXXVIII).

Diversos processualistas celebraram a alteração, por entender que se estava cumprindo um direito fundamental, consoante opinião externada, entre outros, por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, ao afirmarem que:

No direito brasileiro, a adoção da aferição de repercussão geral da controvérsia constitucional discutida no recurso extraordinário e conseguinte eficácia vinculante da decisão a respeito de sua existência ou inexistência contribuem decisivamente para concretização do direito fundamental ao processo com duração razoável.⁶⁴¹

O problema da ausência de celeridade processual, gerador do direito fundamental à razoável duração do processo, pautou-se na questão quantitativa, ou seja, “rápido” julgamento e em quantidade. Esqueceu-se, todavia, ao que parece, da questão qualitativa! É patente a violação de outros direitos fundamentais, como, por exemplo, o contraditório e a ampla defesa, no momento que se exclui a manifestação daqueles que não forem “abençoados” com a escolha do seu recurso.

⁶³⁸ Código de Processo Civil: Art. 543-A. O Supremo tribunal federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§1º - Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

⁶³⁹ Código de Processo Civil: Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§1º – Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§2º - Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

⁶⁴⁰ Ambos os institutos, ou seja, tanto o Art.543-A, quanto o Art. 543-B, foram inseridos no Código de Processo Civil pela Lei nº 11.418/2006.

⁶⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.28.

Outra questão que salta aos olhos refere-se ao fato de não existir interação com o fato problemático (caso concreto), por parte do Supremo Tribunal Federal, no sistema de controle de constitucionalidade pátrio. Nem no controle difuso, quando este é realizado em sede de Recurso Extraordinário, pois se resume à análise da “questão de direito”⁶⁴² (como se hermeneuticamente hoje fosse possível a cisão entre questão de fato e de direito, conforme já foi asseverado nesta pesquisa).

No controle concentrado é até despidendo o comentário, vez que faz parte da sua própria essência apenas tratar da matéria de direito, analisar a inconstitucionalidade “em tese”, ou seja, desprovido do problema.

Pelas críticas já construídas nessa pesquisa, fica claro que hermeneuticamente, a partir da matriz filosófica desenvolvida, não é possível dispensar o caso concreto, pois a sua base é problemática, como foi visto é contratextual e fático, ou seja, a interpretação não parte do texto, e sim do fato da vida que passa a demandar uma solução jurídica. Primeiro compreende-se o problema, para depois operar o sistema jurídico em busca de resposta (preferencialmente a “correta” – Ronald Dworkin).

O fato de o sistema jurídico pátrio estar “procedimentalmente” aparelhado, para, a partir de soluções tecnológicas, “supostamente” suficientes, enfrentar as questões constitucionais, portanto, não significa, analisando epistemologicamente o problema, que ele seja *eficaz* e *eficiente*. “Substancialmente” ele adota um modelo hermenêutico ainda incapaz de cumprir a função de concretização da Constituição, notadamente em relação aos direitos fundamentais.

Continua, portanto, apta a reificar a relação sujeito-objeto, típica da filosofia da consciência, desconsiderando os problemas sociais e, principalmente,

⁶⁴² “O recurso extraordinário enquadra-se na classe dos *recursos excepcionais*, também denominados de *recursos de direito estrito* (...). Os recursos excepcionais contêm determinados caracteres, a saber: (...) c) não comportam apreciação da matéria de fato (...)” (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros, 2010, p.82/83.)

“O recurso extraordinário (como o especial, ramificação dele) não dá ensejo a novo exame da causa, análogo ao que propicia a apelação. Com as ressalvas que a seu tempo hão de consignar-se, nele unicamente se discutem *quaestiones iuris*, e destas apenas as relativas ao direito federal. No seu âmbito, contudo, parece excessivo negar que sirva de instrumento à tutela de direitos subjetivos das partes ou de terceiros prejudicados.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.567)

distanciada da democracia, logo sem prestigiar a intersubjetividade característica de um direito pós-positivista, e preferencialmente *neoconstitucional*.

Daí decorre a necessidade de se determinar a jurisdição constitucional, a partir de uma nova roupagem, qual seja o neoconstitucionalismo, como instância de garantia e defesa dos direitos fundamentais.

5.4 A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Inicialmente, mais uma vez, reitera-se a centralidade dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo, pode-se, inclusive, afirmar que é o seu centro de gravidade. Ante esta constatação assume papel primordial a instância de garantia e efetividade desses direitos: a jurisdição constitucional.

Durante o primado do positivismo jurídico, conforme leciona Cláudio Ari Mello, “os direitos fundamentais operavam como limites externos eventuais impostos à atividade essencialmente discricionária de criação legislativa do Direito”⁶⁴³. Com o advento do neoconstitucionalismo, todavia, há uma profunda modificação paradigmática, vez que, ainda conforme o mesmo autor, “a teoria constitucional pós-positivista nem de longe reduz o sistema de direitos a mero limite à liberdade do legislador”⁶⁴⁴.

Consoante já foi discutido também nessa pesquisa, por influência da matriz neoconstitucional, há uma redefinição das normas jurídicas admitindo-se duas espécies: regras e princípios. Essa nova concepção principiológica do direito requer uma instância própria para sua definição. Assim,

a jurisdição constitucional seria, por assim dizer, o *fórum do princípio* por excelência, porquanto os juízes constitucionais, por sua formação e independência, são considerados mais aptos ou qualificados para resolver questões de princípios (insensíveis à escolha), enquanto os parlamentos e governos são mais qualificados, à vista de sua

⁶⁴³ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.125.

⁶⁴⁴ Idem. Ibidem, p.125.

legitimação popular, para escolher as políticas públicas que melhor atendam ao interesse da coletividade.⁶⁴⁵

A jurisdição constitucional evoluiu para além da mera função de controle de constitucionalidade das leis, que “não representa senão um dos vários possíveis aspectos da assim chamada “justiça constitucional””⁶⁴⁶, que passa a ter como função maior a garantia dos preceitos constitucionais, e, entre eles, assume posição de destaque a proteção dos direitos fundamentais, característica decorrente de sua materialidade constitucional⁶⁴⁷. Além da perspectiva de que as “constituições modernas tendem a deferir ao Poder Judiciário, ou a algum de seus órgãos, a função de guarda da constituição”⁶⁴⁸.

Decorre *prima facie*, portanto, do fato de se estabelecer juridicamente através de uma Constituição os direitos fundamentais a atribuição à jurisdição constitucional, pois os demais poderes estatais estariam subordinados aos ditames da Carta Política do Estado, necessitando da instituição de um órgão diferente dos poderes executivo e legislativo, também com autoridade estatal, para referido controle e garantia, conforme já preconizava Hans Kelsen na origem dos tribunais ou cortes constitucionais⁶⁴⁹.

O exercício da jurisdição, por órgão externo àquele que cria as leis, confere a imparcialidade necessária à análise de adequação constitucional das leis ao sistema jurídico, senão correr-se-ia o risco do legislador julgar as leis que ele próprio edita, eivando de parcialidade o processo.

A primazia da *jurisdição constitucional* decorre, na própria concepção kelseniana, do fato de a aplicabilidade e definição dos direitos fundamentais emergir dos conflitos sociais transformados em litígios, e que, portanto, demanda

⁶⁴⁵ BINENBOJM, op. cit., 2004, p.90.

⁶⁴⁶ CAPPELLETTI, op. cit., p.23.

⁶⁴⁷ Cfe. CAPPELLETTI, op. cit., p.23-26 e BOLZAN DE MORAIS, José Luiz e NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e Cidadania: Por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.60-62.

⁶⁴⁸ MELLO, op. cit., p.183.

⁶⁴⁹ “O verdadeiro sentido da assim chamada forma judiciária e sua utilidade para o processo diante de uma autoridade que atue como *guardião* da Constituição, certamente não será compreendido se não se contemplar o fato sociológico básico de onde se origina a instituição do processo litigioso: como em qualquer configuração jurídica, assim também na decisão de um tribunal – e em particular naquela de um “guardião da Constituição” – tomam parte interesses contrastantes, e toda “decisão” versa sobre conflitos de interesses, ou seja, em favor de um ou de outro, ou no sentido de uma mediação entre ambos; de modo que um processo de caráter litigioso, se não para outras coisas, serve pelo menos para expor claramente a real conjuntura de interesses.” (KELSEN, op. cit., 2003, p.266.)

o exercício da função jurisdicional do Estado, que não é, *a priori*, função nem do executivo nem do legislativo⁶⁵⁰. Coadunando com a defesa deste trabalho, percebe-se mais uma vez o porque da primazia do problema sobre a lei, e a necessária modificação hermenêutica para enfrentar a interpretação jurídica de matriz problemática (o método fenomenológico).

A proteção dos direitos fundamentais da sociedade pela jurisdição constitucional, então, coloca-se como pedra de torque da contemporaneidade, vez que se “não houver jurisdição constitucional eficiente (...), todos os Direitos Humanos e Fundamentais tornar-se-ão vulneráveis e, enormemente, dependentes das eventuais condições das Sociedades, dos governos e dos governantes”⁶⁵¹.

Com relação a esse aspecto, está intimamente conectado à questão da jurisdição constitucional se colocar como uma garantia *contra majoritária*⁶⁵². Ao não ser escolhido diretamente por uma maioria, os membros do Poder Judiciário se revestem da imparcialidade necessária, e, até mesmo, se blindam contra as pressões da “maioria”, utilizando as garantias e direitos fundamentais para proteger as “minorias” contra os ataques perpetrados contra esta.

Este argumento, todavia, não é pacificamente aceito, pois há quem argumente que pode se reverter essa equação, vez que:

Do ponto de vista empírico, por sua vez, essa hipótese tampouco se sustenta, pois uma maioria consistente não demora a vencer. A corte não tem como resistir por muito tempo. Nesse intervalo, pode eventualmente submeter o regime a uma injustificável “tirania da minoria”, por ser uma instituição elitista que persegue seus interesses. (...) Direitos continuam a ser a linguagem político-moral dominante, mas

⁶⁵⁰ Admite-se, todavia, que excepcionalmente possa ser função desses poderes, dentro da teoria das *funções do Estado*, que concebe a existência para todos os Poderes do Estado (complexo de órgãos) de funções atípicas, quando, por exemplo, o Senado julga o Presidente por crime de responsabilidade (Constituição Federal de 1988, arts. 52, I e 85).

⁶⁵¹ LEAL, Rogério Gesta, op. cit., p.176.

⁶⁵² “A dimensão quantitativa e estatística da democracia só goza de legitimidade, portanto, se não produzir decisões que desrespeitem suas próprias condições de legitimidade. Uma comunidade moral precisa existir para que a pura agregação de interesses, pela regra da maioria, possa demandar obediência. O método de mensuração da legitimidade é, portanto, consequencialista e instrumental. (...) Dito de maneira sintética, a democracia opera a partir da vontade da maioria desde que não se reprima ou tire a minoria. (...) Negar a importância da proteção de direitos das minorias equivaleria a retomar argumentos de uma tradição intelectual insustentável e derrotada pela história.” (HÜBNER MENDES, op. cit., p.73/74.)

dentro de outra instituição mais compatível com o igual *status* dos cidadãos.⁶⁵³

Como já foi asseverado em tópico próprio, não há sustentação fática, principalmente no Brasil, de que o legislativo represente uma instância melhor para salvaguardar direitos fundamentais, nem tampouco de que de fato exista uma violação da regra *majoritária* pela *jurisdição constitucional*.

Deve-se ponderar que as leis nem sempre “representam o interesse público ou social, por terem sido viciadas em sua origem, por atenderem a interesses corporativos, a *lobbies*, a pressões econômicas ou políticas, e chocarem-se, nesse sentido, com a Constituição”⁶⁵⁴.

Na busca, então, de evitar essa vontade *majoritária*, muitas vezes, inclusive, momentânea, o regime democrático impõe a necessidade de mecanismos protetivos para proteger os direitos e garantias individuais fundamentais da *minoría*, o que torna legítima a jurisdição constitucional como instância democrática para efetivação e garantia de direitos fundamentais.

Com isso, a *jurisdição constitucional* acaba por “trazer para a institucionalidade democrática uma demanda de substância que preceda ao decisionismo majoritário, atribuindo ao judiciário essa função de anteparo da justiça política”⁶⁵⁵. Deve, portanto, a democracia respeitar, para isso, um conteúdo ético mínimo, que está substancialmente determinado pela Constituição, parâmetro maior do Estado Democrático de Direito.

Em síntese, acerca do que foi discutido neste tópico do trabalho, pode-se transcrever o pensamento de Ronald Dworkin, quando afirma que:

Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas. O ganho para as minorias, sob essas condições, seria maior num sistema de revisão judicial de decisões legislativas (...). Mas não há nenhuma razão para pensar, abstratamente, que a transferência de decisões sobre direitos, das

⁶⁵³ Idem. Ibidem, p.98.

⁶⁵⁴ TAVARES, op. cit., 2012, p.25.

⁶⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da e HÜBNER MENDES, Conrado. **Habermas e a Jurisdição Constitucional.** in NOBRE, Marcos e TERRA, Ricardo. **Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas.** São Paulo: Malheiros, 2008, p.202.

legislaturas para os tribunais, retardará o ideal democrático da igualdade de poder político. Pode muito bem promover esse ideal.⁶⁵⁶

Por último, contudo, é importante refletir que nesse processo de busca da defesa de direitos fundamentais parece que os doutrinadores continuam insistindo na manutenção de uma espécie de código binário (certo ou errado, válido ou inválido, etc.) de forma equivocada⁶⁵⁷. De sorte que a pergunta, neste caso, é: legislativo ou judiciário? Resposta: os dois!

Deve-se ter muito cuidado, porém, com esse tipo de ideia, pois muitas vezes ela tem conduzido às teorias mistas ou ecléticas que acabam por realizar acoplamentos teóricos ou substanciais completamente impossíveis, dentro de uma mística sincrética amplamente difundida em solo brasileiro.

A resposta acima se fundamenta na tese do Professor Conrado Hübner Mendes (obra já referenciada neste trabalho), acerca da necessidade de se estabelecer uma relação dialógica⁶⁵⁸ entre os poderes estatais para a defesa e concretização de direitos fundamentais⁶⁵⁹. Vale registro que quando se defendeu a melhor adequação da *jurisdição constitucional*, em detrimento do legislativo, ressaltou-se que quem defende essa posição não desconhece a importância do legislativo.

Nunca foram posições excludentes. A questão que se põe agora é outra: de que forma se pode estabelecer esse canal dialógico? A análise vai além de uma mera delimitação para impedir que o judiciário usurpe competência do legislativo, consoante manifesta preocupação de Jürgen Habermas⁶⁶⁰.

⁶⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.32.

⁶⁵⁷ “Binário é o raciocínio estruturado a partir de dicotomias abrangentes e rígidas, isto é, limita-se a verificar se um objeto tem ou não determinada qualidade (...). O binarismo, por outro lado, nos prenderia a uma camisa de força cognitiva, à armadilha maniqueísta que opõe preto e branco sem notar as zonas cinzentas intermediárias.” (HÜBNER MENDES, op. cit., p.40/41.)

⁶⁵⁸ “Diálogo é uma imagem fecunda e expressiva para a política. É signo de igualdade, respeito mútuo e reciprocidade. Denota uma relação horizontal e não hierárquica. Carrega, portanto, um valor sedutor para justificar decisões de autoridade. Indivíduos dialogam em ambientes formais e informais da política. No interior das instituições, decisões não costumam ser tomadas sem uma prática mínima de diálogo.” (Idem. Ibidem, p.105.)

⁶⁵⁹ Coaduna essa tese perfeitamente com a ideia defendida de um modelo hermenêutico dialógico, como capaz de proporcionar uma melhor compreensão e aplicação do direito, consoante se discorreu no capítulo que trata de hermenêutica nessa pesquisa.

⁶⁶⁰ “No entanto, ainda não foi resolvida a seguinte questão: de que modo tal prática de interpretação, que procede construtivamente, pode operar no âmbito da divisão de poderes do Estado de direito, sem que a justiça lance mão de competências legisladoras (o que faria soterrar a ligação estrita que deve haver entre a administração e a lei)?” (HABERMAS, op. cit., 1997, p.297.)

Uma das preocupações centrais de desenvolvimentos teóricos que se preocuparam com a questão *dialógica institucional* foi de “escapar da armadilha da última palavra e defendem uma atitude teórica que rompa essa camisa de força”⁶⁶¹. É uma busca aristotélica de um *medium*, em suma, que tentam estabelecer entre os poderes, um equilíbrio horizontal entre eles.

Divide-se basicamente em dois blocos: 1) a consecução de uma teoria da decisão judicial que obrigatoriamente leve em conta a interação com o legislador; 2) seja definido o diálogo como produto necessário da própria divisão dos poderes, ou seja, correlacionado substancialmente ao desenho institucional do Estado, e não uma consequência da relação entre eles.

Com relação à primeira corrente a análise de Conrado Hübner Mendes constata que:

A tensão básica entre os autores que defendem uma decisão judicial sensível ao diálogo é de grau: alguns preferem atuações deferentes, passivas e minimalistas; outros uma intervenção ativa e maximalista. Essas abordagens chamam a atenção para a complexidade da decisão em controle de constitucionalidade. Esta não se restringe a uma escolha binária entre o constitucional e o inconstitucional. Mesmo que, do ponto de vista formal, essas decisões tenham que se posicionar em um dos dois lados, há diferentes intensidades pelas quais fazê-lo. Essas decisões dão sinalizações ao legislador e fazem, mais do que uma estrita interpretação jurídica, um juízo de ocasião sobre até onde a corte pode e deve interferir no respectivo caso.⁶⁶²

Como exemplo deste padrão dialógico tome-se a tese *minimalista* de Cass Sunstein, que evita raciocínios dedutivos, pois “preferem examinar as particularidades do caso e pensar por meio de analogias e casos hipotéticos”⁶⁶³, mas principalmente não impõe aos juízes que aceitem teses muito gerais, ou seja, ele não se propõe a extinguir a discussão sobre determinada matéria, estabelece premissas mínimas para futuras decisões, e mantém abertos os canais de diálogo com o legislativo. Como adverte o próprio Sunstein:

O *status quo* deve geralmente estar sujeito à democracia. Não deve ser isolado da deliberação democrática. Somente em raros casos os tribunais devem, por sua própria conta, demolir as distribuições atuais quando forem aprovadas pela política democrática. Assim, também, os

⁶⁶¹ HÜBNER MENDES, op. cit., p.106.

⁶⁶² Idem. Ibidem, p.108.

⁶⁶³ Idem. Ibidem, p.120.

tribunais devem permitir que a política democrática altere as distribuições atuais.⁶⁶⁴

Mais uma vez resta comprovada a adequada aderência de um modelo hermenêutico, direcionado aos direitos fundamentais, que valorize o caso concreto, pois, consoante Sunstein a particularidade do caso reserva que a jurisdição não se proponha a esgotar nenhuma matéria, mas que diante de um padrão de coerência e integridade estabeleça limites e parâmetros, mantendo, principalmente, os canais dialógicos abertos.

Em resumo, percebe-se nesta corrente que o diálogo dependerá da atuação da Corte. Não se deve preocupar se essa interferência judicial será menor ou maior, vez que, diante de um grau de razoabilidade, ela deverá intervir na medida em que for demandada, o que não exime, paralelamente, o legislativo de continuar a exercer o seu papel conjuntamente, em sintonia.

Com relação à segunda corrente teórica, que demanda um “novo desenho institucional”, pode se subdividir em dois grupos: a norte-americana e a canadense. A norte-americana de maior sofisticação metodológica, enquanto a canadense possui uma maior homogeneidade e marcos mais bem definidos.⁶⁶⁵

A síntese do modelo americano descrito por Conrado Hübner Mendes, que pode ser denominada de “constitucionalismo dialógico” ou de “constitucionalismo popular mediado”, preconiza que:

Haveria um paradoxo entre dois objetivos que demandamos da democracia: que os poderes reflitam o sentimento popular, mas que também o liderem na persecução de alternativas e caminhos inovadores. A resposta para o paradoxo está na forma como o sistema constitucional funciona: os poderes se aproximam e se distanciam da opinião popular, alternadamente. Há ciclos de aproximação e afastamento.⁶⁶⁶

Em relação aos poderes eleitos diretamente pelo povo, o que determina essa medida e grau de aproximação é a proximidade do período eleitoral. Quando este está mais próximo aumenta a proximidade entre representantes e representados, como, por exemplo, a aprovação de leis que contam com o apoio da opinião pública, *exempli gratia* o caso em 2010 da Lei da Ficha Limpa. De toda

⁶⁶⁴ SUNSTEIN, Cass R.. **A Constituição Parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.192.

⁶⁶⁵ Cfe. HÜBNER MENDES, op. cit., p.130.

⁶⁶⁶ Idem. Ibidem, p.143.

sorte, é importante notar que esses ciclos são periodicamente controláveis ou determináveis, é possível estabelecer quando acontecerá.

Já em relação ao Poder Judiciário, não há como determinar, de maneira que “tem uma ciclotimia mais instável e alongada, passa por ondas de “liderança” e de “majoritarismo”, sem periodicidade certa. Pode ser visionária e reacionária. Oscila entre um papel ativo e passivo”⁶⁶⁷.

Para essa corrente, é justamente essa ciclotimia que equilibra a relação interinstitucional e fomenta a necessidade dialógica, vez que “o desenho institucional cria a ocasião para o afastamento, e o diálogo é valioso porque estimula a divergência”⁶⁶⁸, e é por meio dessa “tensão dinâmica” entre os poderes do Estado que se fará necessário o surgimento de novas interpretações constitucionais.

Já para a corrente canadense, analisando a questão sob o prisma jurídico-normativo, o significado conferido à Constituição será “determinado, em último grau, pela corte. No entanto, empiricamente, verifica-se que o parlamento encontra espaço para responder e perseguir seus objetivos”⁶⁶⁹.

Isso gera certa cautela entre os canadenses, que teme que isso se converta em ativismo, de sorte que não desconhecem a possibilidade de que as cortes sofram certo constrangimento, ou até mesmo persuasão, pelo parlamento. Assim, a aceitabilidade da “revisão judicial” como preferencial não é pacífica.

Ao final, como forma de mitigar o perigo acima indicado, defendem a “virtude de um mecanismo que mitiga a inércia do parlamento e o força a posicionar-se sobre questões políticas controversas, (...) que fabrica desacordos e converte monólogos majoritários complacentes em diálogos intensos”⁶⁷⁰.

Independente, do modelo adotado, de simples primazia da *jurisdição constitucional*, ou, mais coerentemente, adotando-se um modelo dialógico, assume ela destacada função no papel de definição e defesa dos direitos fundamentais.

⁶⁶⁷ Idem. Ibidem, p.143.

⁶⁶⁸ Idem. Ibidem, p.144.

⁶⁶⁹ Idem. Ibidem, p.157.

⁶⁷⁰ Idem. Ibidem, p.157.

Não resta dúvida ser a *jurisdição constitucional*, no paradigma do Estado Democrático de Direito, sob a perspectiva *neoconstitucional*, a instância primordial para o desvelamento jurídico dos direitos fundamentais, em uma matriz hermenêutica dialógica, que considere a primazia do problema.

Como existem, todavia, críticas ao Poder Legislativo, consoante foi visto no primeiro tópico deste capítulo, também paira hoje crítica contundente ao papel assumido pelo Poder Judiciário, principalmente aquela que discute o seu papel ativista, assumido neste novo paradigma. Enseja, portanto, um debate acerca da relação entre a *jurisdição constitucional* e o ativismo judicial.

5.5 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL

A definição preliminar de *ativismo judicial* está ligada a “uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa”⁶⁷¹, ou seja, de forma inversa ao início deste capítulo, há uma inversão, o problema agora é uma suposta invasão do judiciário, no exercício regular de sua função, ressalve-se, na esfera de atuação do legislativo⁶⁷².

Inicialmente a questão do *ativismo judicial* estava ligada a países que se filiavam ao sistema jurídico do *common law*, vez que nele a fonte jurídica formal primordial é a *jurisprudência*. Não se pode desconsiderar, porém, que há uma aproximação cada vez maior entre os grandes sistemas do direito ocidental⁶⁷³, ou

⁶⁷¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.107.

⁶⁷² “A capacidade de estabelecer atos disciplinares de condutas futuras (e não apenas nos limites do caso a decidir, em desdobramento de textos legais ou judiciais previamente estipulados) conferida aos tribunais ingleses e estadunidenses se soma à possibilidade, que detêm, de dar ensejo ao exercício dessa função normativa, mediante a revogação de precedentes que, em tese, constituiriam um parâmetro a ser observado.” (Idem. Ibidem, p.108.)

⁶⁷³ “Países de direito romano-germânico e países *common law* tiveram uns com os outros, no decorrer dos séculos, numerosos contatos. Em ambos os casos, o direito sofreu a influência da moral cristã e as doutrinas filosóficas em voga puseram em primeiro plano, desde a época da Renascença, o individualismo, o liberalismo e a noção de direitos subjetivos. A *common law* conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentado e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra de direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países *common law* como o é nos países da família romano-germânica. Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de justiça, são muitas vezes dadas às questões de direito nas duas famílias de direito.” (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p.20.)

seja, o *civil law* passa também a conviver com um aumento do “poder criativo” dos tribunais⁶⁷⁴.

Uma vez que já foi visto que é legítimo esse papel criativo dos juízes, surge, assim, a necessidade de elucidar qual seria o limite desse exercício, e principalmente se é possível entender positivamente essa atuação, vez que a noção de *ativismo* está “atrelado à ideia de um Estado Judicial, ao contrário do que ocorre em outros segmentos, assumiu uma conotação negativa”^{675 676}.

Não há (...) um sentido negativo na expressão “ativismo”, com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrário, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados.⁶⁷⁷

Essa não é, todavia, uma posição unânime, vez que diversos autores, tanto no Brasil, como na literatura estrangeira, vêm questionando o ativismo. Uma das críticas diz respeito ao papel do judiciário, o que já foi elucidado quando da delimitação da função da *jurisdição constitucional* na defesa dos direitos fundamentais.

Tomando, então, por base as ideias daquele autor que se apresenta como o maior crítico do *ativismo* no Brasil, Lenio Streck, percebe-se que o ataque recai sobre a questão dos juízes ativistas julgarem de forma discricionária, independente da corrente teórica adotada por eles (quando esses adotam alguma, vez que muitas vezes “julgam por julgar”, sem maiores reflexões).

(...) o ponto fulcral não está no exegetismo, no positivismo fático (por todos, basta examinar as teses do realismo jurídico nas suas variadas perspectivas) e nem nas teorias que apostam na argumentação jurídica como um passo para além da retórica e como um modo de “corrigir as insuficiências do direito legislado”. Na verdade, o problema em qualquer das teses que procuram resolver a questão de “como se interpreta” e

⁶⁷⁴ “É claro que, pelo menos no amplo e importantíssimo campo da justiça constitucional, o potencial de criatividade da jurisprudência tornou-se não menor naqueles países de “Civil Law”, instituidores de novos tribunais constitucionais, em relação aos países de “Common Law”, que conhecem o sistema de controle judiciário da constitucionalidade das leis.” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999b, p.126.)

⁶⁷⁵ TAVARES, op. cit., 2012, p.63.

⁶⁷⁶ “A expressão “governo dos juízes” não é considerada um despropósito nos Estados Unidos da América, onde o papel político dos juízes está implícito na organização constitucional dos Poderes e onde, mais do que isso, a influência política do Judiciário é tão grande que é possível falar-se numa “revolução constitucional” promovida pelos juízes.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.95.)

⁶⁷⁷ RAMOS, op. cit., p.110.

“como se aplica”, *localiza-se no sujeito da modernidade, isto é, no sujeito “da subjetividade assujeitadora”, objeto da ruptura ocorrida no campo da filosofia pelo giro ontológico-linguístico e que não foi recepcionado pelo direito. Esse é o nó górdio da questão.*⁶⁷⁸

Embora combata a discricionariedade⁶⁷⁹, confundindo-a com o *ativismo*, o que parece inadequado, Lenio Streck acaba por identificar a questão metodológica como ponto central do problema. Há necessidade de afastamento de qualquer método que se fundamente nas construções oriundas da *modernidade*, reificadoras do subjetivismo (e.g a filosofia da consciência), identificando o *linguistic turn* como marco de uma mudança essencial ainda não promovida pela maioria das correntes jurídicas ditas *pós-positivistas*.⁶⁸⁰

Aqui surgem dois problemas: 1) o sincretismo metodológico do Supremo Tribunal Federal na interpretação constitucional; 2) o distanciamento do caso concreto no controle abstrato.

A ideia central naquilo que se denominou de “sincretismo metodológico” perpassa pela acoplagem indevida de métodos e princípios na interpretação constitucional, mais especificamente quando afeta direitos fundamentais. Não se quer com isso defender a clássica máxima científica cartesiana de uma unidade metodológica, pois este também é problemático, por mais paradoxal que possa parecer.

⁶⁷⁸ STRECK, op. cit., 2010, p.89.

⁶⁷⁹ A discricionariedade, em comento por Lenio Streck, confunde-se, por sua vez, com *arbitrariedade* do julgador, quando este decide de acordo com sua consciência e suas convicções, vez que “nos casos-limites envolvendo o limiar de conceitos indeterminados ou a opção entre soluções exegéticas discrepantes, metodicamente fundadas, o juiz, ao contrário do que sucede nas vertentes legislativa e administrativa da discricionariedade, não se guia por critérios de conveniência e oportunidade política e sim por sua própria perspectiva de qual seria a solução justa para o caso, sempre procurando refletir “a consciência jurídica geral”.” (RAMOS, op. cit., p.125.). Acerca da discricionariedade Ronald Dworkin acrescenta que: “O conceito de poder discricionário só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade. (...) Trata-se, portanto, de um conceito relativo. Sempre faz sentido perguntar: “poder discricionário de acordo com que padrões?” ou “poder discricionário com relação a qual autoridade?”. Em geral a resposta será dada pelo contexto, mas em alguns casos uma autoridade pode ter poder discricionário de um ponto de vista, mas não de outro.” (op. cit., 2002, p.50/51.)

⁶⁸⁰ “(...) um avanço, dentro de um espaço de segurança democrática, da atuação do juiz constitucional, pressupõe uma consolidação dos métodos de trabalho dessa instância, máxime quando representada por um Tribunal Constitucional que exerça com monopólio e definitividade a defesa e implementação da Constituição (no âmbito de normas ambíguas e vagas como ocorre comumente com os direitos fundamentais).” (TAVARES, op. cit., 2012, p.66.)

Mais do que, em verdade, uma discussão metodológica, que possui crucial importância, registre-se, é entender que a interpretação constitucional “pressupõe uma discussão acerca da concepção de constituição, da tarefa do direito constitucional, da interação da realidade constitucional com a realidade política do Brasil, e, ainda, acerca da contextualização da evolução histórica dos institutos constitucionais brasileiros”⁶⁸¹.

Dentro dessa perspectiva é que se apontou nessa pesquisa a necessidade de um *método fenomenológico*, adequado a todos esses critérios, como capaz de promover de forma efetiva a consubstanciação de direitos fundamentais no Brasil. Para isso, todavia, enfrenta-se o segundo problema, o distanciamento do problema concreto na atuação abstrata do Supremo Tribunal Federal.

O modelo misto de *jurisdição constitucional*, pensando-a em dimensão menor daquela que vem assumindo na contemporaneidade e foi defendida nesse trabalho, admite o controle abstrato da constitucionalidade, consoante já foi analisado anteriormente.

Acontece que esse modelo dispensa o fato concreto, o problema, limitando-se a uma análise exclusivamente jurídica (como se isso fosse possível). Conforme já foi discutido, também, até no controle concreto, quando realizado pelo Supremo Tribunal Federal, as questões de fato são relegadas, na maioria das vezes (para não dizer em todas) para se discutir, mais uma vez, apenas questões de direito (de novo, como se isso fosse possível).

Diante desse quadro o que se encontra nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal é uma discussão pessoal (personalíssima, para ser mais condizente com a realidade) dos Ministros ao proferirem seus votos de acordo com a sua consciência⁶⁸², promovendo debates completamente desprovidos de uma verdadeira racionalidade e deontologicamente indeterminados. O que faz sugerir que por vezes ele consiga “julgar sem decidir”.

⁶⁸¹ SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., 2005, p.143.

⁶⁸² Para tanto, lembrar da defesa promovida pelos processualistas de um *princípio da persuasão racional do juiz*, que “regula a apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção. Situa-se entre o sistema da *prova legal* e do *julgamento secundum conscientiam*.” (GRINOVER *et alii*, op. cit., p.67 – grifo não original)

O Supremo Tribunal Federal como instância apta a defender os direitos fundamentais, e possuindo os magistrados capacidade decisória suficiente para defender o regime democrático, solucionando problemas sociais, cumprindo portanto sua função constitucional, não parece ser problema, nem deveria gerar maiores discussões, o problema consiste na discricionariedade que continua por apostar no “solipcismo e estará fadada a depender de um sujeito individual(ista), como que a reipristinar o nascedouro do positivismo através do nominalismo”⁶⁸³.

Assume, assim, papel central a interpretação, e sua questão metodológica, em relação à elucidação do espaço a ser preenchido pelo juiz constitucional, e, portanto, a delimitação do *ativismo* na garantia dos direitos fundamentais, vez que a “análise da metódica da Justiça Constitucional é indeclinável na medida em que permite um encaminhamento mais adequado na justificação”⁶⁸⁴, impedindo, assim, questionamentos acerca da legitimidade da atuação da *jurisdição constitucional* e sedimentando, conseqüentemente, o seu papel.

A posição hermenêutica deste trabalho é bem clara no Capítulo 3, todavia, é preciso ressaltar que as noções de integridade sistêmica e coerência são essenciais para isso, evitando, pois, a *discricionariedade* (arbitrariedade) do julgador, que deverá ter sempre em mente a necessidade de respeitar os ditames constitucionais, legais e jurisprudenciais na sua decisão, sem, obviamente, descartar a influência das práticas e costumes sociais.⁶⁸⁵

Inobstante o discutido acerca do *ativismo judicial* até o momento, ainda é preciso questionar por que esse tema vem à baila na realidade brasileira? A resposta se encontra na inércia (omissão) do *legislativo*⁶⁸⁶ na concretização e

⁶⁸³ STRECK, op. cit., 2010, p.89.

⁶⁸⁴ TAVARES, op. cit., 2012, p.67.

⁶⁸⁵ A doutrina também é uma fonte primordial, devendo, em opinião particular, ser observada por último ao se proferir uma decisão judicial. Para isso, porém, é necessário um aprimoramento e melhoria da ideia de doutrina no Brasil.

⁶⁸⁶ “O desajuste do Legislativo para desempenhar suas funções constitucionais mais relevantes fica evidente quando se verificam as três atribuições fundamentais: o Legislativo não participa na fixação das prioridades do governo, não exerce controle sobre o Executivo e quase só aprova projetos de lei originários de iniciativas do Chefe do Executivo.” (DALLARI, op. cit., p.5.) Isso sem levar em consideração um outro problema endêmico que tem ocupado cada vez mais espaço na mídia brasileira, envolvendo o Poder Legislativo, qual seja: a corrupção. “Ou porque a corrupção aumentou, ou porque a imprensa intensificou a publicação de denúncias, o fato é que a acusação a políticos por prática de corrupção é hoje assunto constante nos grandes meios de comunicação.” (Idem. Ibidem, p.5.)

efetivação de direitos fundamentais, notadamente em relação ao marco dirigente da Constituição Federal de 1988.

(...) a vontade de Constituição voltada à realização da Constituição Dirigente depende não só da boa vontade e consciência do poder público em concretizar as tarefas, os programas, e os fins imputados ao Estado na consecução e prossecução da satisfação das necessidades coletivas, no domínio econômico, social e cultural – o que, efetivamente, se desejaria -, mas também do controle judicial das omissões do poder público por meio de mecanismos eficientes, capazes de provocar uma jurisdição constitucional democrática, progressista e emancipatória.⁶⁸⁷

Surge, assim, a tarefa da *jurisdição constitucional*, por designação do próprio texto da Carta Política brasileira, “como no filme de Steven Spielberg, de nome “A volta para o futuro”, (...) fazer a viagem de volta para a Constituição de 1988, sempre e sempre, porquanto nos princípios por ela albergados e no seu nítido caráter dirigente”⁶⁸⁸ é que se encontra a possibilidade de salvaguardar os *direitos fundamentais* para o presente, e, principalmente, o futuro.

Por último, mantendo a coerência desse trabalho, deve-se ressaltar que, conforme visto no tópico anterior, é preciso caminhar para o amadurecimento de um canal dialógico (endógeno ou exógeno) entre os Poderes do Estado, para aprimorar o grau de legitimidade democrática na busca pela concretização dos direitos fundamentais.

De toda sorte, não resta dúvida que a crítica ao *ativismo judicial* está inserida na equivocada postura *binária* (ativismo e não ativismo), pois, conforme se discutiu, fica esclarecido que deve haver sim, todavia a partir da compreensão do por que, e, principalmente, dentro de um espaço hermenêutico diverso daquele que vem se afirmando no Brasil, com o escopo precípua de evitar a discricionariedade que acaba por violar a coerência e integridade do sistema jurídico.

A partir desta constatação, faz-se necessário, ainda, analisar as matrizes do pensamento jurídico que subdividem a *jurisdição constitucional*, quais sejam: o procedimentalismo e o substancialismo; que almejam delimitar qual seria a solução para o problema apresentado: a sedimentação de um modelo de jurisdição constitucional que proporcione a concretização dos direitos

⁶⁸⁷ CUNHA JÚNIOR, op. cit., 2004, p.636.

⁶⁸⁸ BRITTO, op. cit., p.113.

fundamentais, considerando-se a matriz hermenêutica jurídica de cariz filosófico, e a adoção do método fenomenológico.

CAPÍTULO 6 – EM BUSCA DA (RE)SIGNIFICAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ENTRE O PROCEDIMENTALISMO E O SUBSTANCIALISMO

A evolução da preocupação com a proteção dos direitos fundamentais como corolário central do Estado Democrático de Direito, ou seja, o Estado Constitucional contemporâneo, é lida com muita propriedade por José Adércio Leite Sampaio, ao afirmar que:

Desde a sua veia jusnaturalista e até em formulações positivistas, passou-se a considerar a proteção de certos direitos ditos “inalienáveis” ou “fundamentais” como índice de legitimidade do sistema constitucional, embora fosse denunciada sempre a imprecisão de seu conceito ou a manifestação de sua fundamentalidade. Na verdade as concepções teórico-práticas desses direitos se encontram marcadas pela ideologia ou corrente filosófica a que se filia o pensador (...).⁶⁸⁹

Surge, assim, a premência de se determinar a matriz ideológica que possibilitará a adoção de uma nova matriz hermenêutica jurídica, e a respectiva utilização do método fenomenológico, para o desvelamento e garantia dos direitos fundamentais. Dentro do pós-positivismo apresentam-se o procedimentalismo e o substancialismo como possibilidades. Adverte-se, de plano, mais uma vez, que o debate tem ocorrido sob o prisma *binário* (um ou outro).

Para investigar a possibilidade da adoção de uma ou outra, far-se-á a análise conceitual das duas correntes, para depois adentrar nas concepções de dois dos principais expoentes, na área jurídica, que vêm polarizando o debate no mundo, e, fundamentalmente, influenciando os doutrinadores e pesquisadores brasileiros: Robert Alexy e Ronald Dworkin.

6.1. PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO

A intenção deste tópico é apenas definir conceitualmente as principais características do procedimentalismo e do substancialismo, para ulterior análise

⁶⁸⁹ SAMPAIO, op. cit., p. 79/80

destes modelos e da receptividade pelo sistema jurídico pátrio de algum deles (ou de ambos).

A corrente procedimentalista para fazer a distinção entre política e direito, parte da “ideia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados Sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito”⁶⁹⁰, que, por sua vez tem a função, de por intermédio do discurso, distinguir a interpretação jurídica da política.

A Constituição como dimensão procedimental, então, define-se sob a perspectiva de três aspectos nucleares: 1) a abertura constitucional; 2) sua natureza processual; e 3) concretização constitucional.⁶⁹¹

Com relação à abertura constitucional já foi asseverado acerca da necessidade de concretização democrática do Estado. Já a questão processual direciona-se para a delimitação da forma de aplicação e das condições, para concretização das normas materiais.

Com relação ao último aspecto, define Danielle Espinoza que:

(...) a realização, concretização, preenchimento e renovação da ordem constitucional requerem a existência de procedimentos – juridicamente regulados (como, por exemplo, os procedimentos legislativo, administrativo, judicial, eleitoral) ou não. Neste último caso, referimo-nos àqueles procedimentos pelos quais se interpreta e se aplica o direito.⁶⁹²

Nessa senda o que passa a interessar e dominar o debate jurídico (que é o que realmente interessa nessa pesquisa), não é o conteúdo do debate, mas a existência de procedimentos, de natureza democrática, que garantam a consecução das tomadas de decisão dentro do Estado (nesse caso independe de ser jurídica ou política, aplica-se a ambas as esferas). Esse é um “modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade”⁶⁹³.

Para Robert Alexy, por exemplo, o problema é deslocado para o plano da teoria da argumentação, formulando uma “teoria procedimental da argumentação

⁶⁹⁰ STRECK, op. cit., 2004, p.155.

⁶⁹¹ ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. **Entre substancialismo e procedimentalismo: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada**. Maceió: EDUFAL, 2009, p.111 e segs.

⁶⁹² Idem. Ibidem, p.112.

⁶⁹³ STRECK, op. cit., 2007, p.43.

jurídica”, que, ainda segundo ele, é uma questão de “racionalidade prática”, o que gera uma “teoria da argumentação prática geral”⁶⁹⁴.

A corrente procedimental “critica tanto o fato do intervencionismo constitucional na regulamentação dos diversos âmbitos da vida comunitária como a atuação jurisdicional interventiva”⁶⁹⁵, sob a justificativa de que este comportamento distancia a sociedade, e por óbvio o Estado, do campo adequado para a tomadas destas decisões, qual seja o espaço político.

Diante desta assertiva, entende-se, pela perspectiva procedimental, que a “tarefa da jurisdição constitucional não pode ir tão longe de forma a ameaçar a própria legitimidade democrática do direito, devendo seu controle estar restrito à garantia dos procedimentos democráticos e dos direitos fundamentais a eles diretamente relacionados”⁶⁹⁶.

Não existe apenas um modelo procedimental, mas sim correntes procedimentalistas⁶⁹⁷ assentadas nas ideias centrais acima descritas, todavia constituídas em premissas metodológicas e epistemológicas diversas. Para este estudo o modelo escolhido foi o da teoria da argumentação jurídica como forma de legitimação procedimental do direito, proposto por Robert Alexy.

Em oposição aos corolários do procedimentalismo pode-se destacar o substancialismo, fundado na ideia central de que:

(...) o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais, destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas e direito no processo judicial. (...) Em síntese a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios

⁶⁹⁴ ALEXY, Robert. **A ideia de uma teoria procedimental da argumentação jurídica.** in **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.77-86.

⁶⁹⁵ ESPINOZA, op. Cit., p.74.

⁶⁹⁶ Idem. Ibidem, p.74.

⁶⁹⁷ “(...) Antoine Garapon faz duras críticas à invasão da sociedade pelo Judiciário, o que, segundo ele, serviria para o enfraquecimento da democracia representativa. Também J. H. Ely compartilha do paradigma procedimentalista, sustentando que o tribunal constitucional só pode conservar sua imparcialidade se resistir à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais (...).” (STRECK, op. cit., 2007, p.44.)

selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente.⁶⁹⁸

Sobressai, assim, entre os substancialista a defesa da democracia e dos direitos fundamentais, estabelecidos através de limites constitucionais impostos contra a regra majoritária, equivocadamente ainda defendida no mundo Ocidental, corrigindo e prevenindo contra os desvios perpetrados pelo jogo representativo, prevalente nas democracias ocidentais, como é o caso do Brasil. Assume papel destacado o Poder Judiciário na “garantia e concretização dos direitos fundamentais, inclusive daqueles direitos prestacionais básicos”⁶⁹⁹.

Destaca-se, nesse contexto, a função de um Tribunal Constitucional, em virtude do importante papel que a Constituição assume pela corrente substancialista, carecendo de um fortalecimento da atuação deste órgão, no exercício da jurisdição constitucional, como *conditio sine qua non* para a concretização do Estado Democrático e a defesa dos direitos fundamentais.

Quando da incorporação do modelo constitucionalista dirigente em solo nacional, assumiu ainda maior destaque o modelo substancialista, vez que “é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) *passa a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional*”⁷⁰⁰.

Cabe doravante analisar dois dos principais doutrinadores representantes destas correntes, no intuito de compreender melhor a função da jurisdição constitucional, e o seu papel dentro do Estado Democrático de Direito, e sua função de protetora e garantidora dos direitos fundamentais, no processo de concretização constitucional.

6.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NAS CONCEPÇÕES DE ROBERT ALEXY E RONALD DWORKIN

⁶⁹⁸ Idem. Ibidem, p.44/45.

⁶⁹⁹ ESPINOZA, op. cit., p.74.

⁷⁰⁰ STRECK, op. cit., 2004, p.163.

Diversos são os autores que discutem as matrizes substancialista e procedimentalista, a escolha, todavia, recai sobre Robert Alexy (procedimental) e Ronald Dworkin (substancial) em razão da receptividade dos trabalhos destes dois grandes pensadores do Direito na contemporaneidade, além, por óbvio, do pioneirismo de suas ideias.

O contato com o pensamento destes autores é ainda mais facilitado no Brasil em virtude da tradução para português de suas principais obras, aquelas nas quais estão sedimentadas as suas principais teorias.

Dessa forma, neste tópico serão abordadas as matrizes procedimentalista, por intermédio do pensamento de Robert Alexy, e substancialista, por intermédio do pensamento de Ronald Dworkin, com o escopo de analisar melhor a concepção acerca da jurisdição constitucional que melhor se adequa ao modelo brasileiro, permitindo a extração de uma conclusão sobre a temática da presente pesquisa.

6.2.1. O Procedimentalismo de Robert Alexy: Jurisdição Constitucional e a Ponderação

O pensamento de Robert Alexy parte inicialmente de uma definição de Direito que leva em consideração a relação entre direito e moral, analisando a postura dos positivistas, que desconsideram essa relação, e dos não positivistas, que estabelecem essa vinculação. Para esse autor há uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral. Conclui-se, então, preliminarmente, que Alexy enquadra-se entre os autores não positivistas, ou, melhor, mais especificamente como pós-positivista.

A sua empreitada na definição dos direitos fundamentais esbarra na necessidade essencial de distinguir regras de princípios, considerando que esta distinção “é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”⁷⁰¹.

⁷⁰¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.85.

Como fundamento essencial para compreensão da análise proposta por este trabalho, e para compreender melhor o fundamento do pensamento do autor, cumpre enfrentar a distinção entre regras e princípios.

6.2.1.1 Distinção Entre Regras e Princípios no Pensamento Alexyano

Robert Alexy insere os princípios em seu modelo de sistema jurídico. Deve-se registrar inicialmente que para este autor a “diferença entre regras e princípios não é meramente quantitativa, como pode insinuar a noção de generalidade, mas antes qualitativa”⁷⁰².

Parte, Robert Alexy⁷⁰³, então, para definir o conceito fulcral neste contexto, o de princípio, ao defender que:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem 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.

Partindo, então, de uma distinção qualitativa, como já asseverado, a proposta de Alexy impede o conflito entre estes tipos de normas (regras e princípios), pois para ele caso entrem em conflito uma regra e um princípio, em verdade o que se tem é o conflito entre o princípio *P* e um segundo *P'* decorrente daquela regra⁷⁰⁴, sendo então necessário um sopesamento entre estes princípios. Sobre o tema esclarece Wálber Carneiro⁷⁰⁵ que:

(...) tendo em vista a possibilidade de excepcionar regras por força do resultado de um sopesamento entre princípios, a precedência hierárquica da regra em relação aos princípios ficaria restrita ao seu âmbito *prima facie*. Essa estratificação entre os âmbitos *prima facie* e concreto de normas é fundamental para o correto entendimento do modelo proposto por Alexy.

⁷⁰² SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.249.

⁷⁰³ ALEXY, 2008, p.90.

⁷⁰⁴ ALEXY, 2008, p.90 (nota n.24).

⁷⁰⁵ Idem. Ibidem, p.207.

A partir desta construção, extrai-se como conclusão preliminar de que os princípios enquanto mandamentos de otimização na sua aplicação, ao ensejarem conflitos, necessitarão da realização de sopesamento, ou seja, “a aplicação de princípios acarretará em colisões que devem ser solucionadas mediante a verificação do peso dessas normas em um determinada situação concreta”⁷⁰⁶.

6.2.1.2 Direitos Fundamentais: Conceito a Partir de uma Teoria Estrutural

Alexy não se propôs a estabelecer definições e padrões universais nos seus estudos de direitos fundamentais, mas sim “uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã”⁷⁰⁷, utilizando, como recurso metodológico, as decisões do tribunal Constitucional Federal alemão, vez que a ciência dos direitos fundamentais “tornou-se, em considerável medida, uma ciência da jurisprudência constitucional”⁷⁰⁸.

Sobre o tema é valiosa a contribuição de Wálber Carneiro⁷⁰⁹ na análise da questão, ao afirmar que:

Já se referindo às teorias sobre os direitos fundamentais – problema em torno do qual podemos identificar a sua visão sobre o direito – constata que concepções unidimensionais ou, até mesmo, combinadas sem o elemento integrativo, são insuficientes para a correta colocação do problema, razão pela qual propõe uma teoria integrativa. Trata-se de uma teoria estrutural que dá ênfase à dimensão analítica, embora esteja preocupada com a dimensão empírica, na medida em que o principal material seja a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, e com a dimensão normativa, já que essa análise seria movida pela busca de uma decisão correta e racionalmente fundamentada.

Desta sorte, a ênfase dada pela teoria alexyana dirige-se à argumentação jurídica e não à interpretação. Assim, ele não se preocupa com o momento de eleição das premissas normativas a serem utilizadas na decisão, mas com o processo de justificação das valorações interpretativas e proposições normativas utilizadas no discurso jurídico.

⁷⁰⁶ CARNEIRO, op. cit., p.207.

⁷⁰⁷ ALEXY, 2008, p.31.

⁷⁰⁸ Idem. Ibidem, p.27.

⁷⁰⁹ Idem. Ibidem, p.204.

Mas, dando continuidade à busca conceitual proposta, é fundamental analisar a proposta dogmática de Alexy⁷¹⁰ sobre a teoria dos direitos fundamentais, ao defender que:

A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos. Isso, no entanto, pressupõe clareza tanto acerca da estrutura das normas de direitos fundamentais quanto acerca de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais.

É importante ressaltar que Alexy não se ilude quanto à complexidade da tarefa de definição dos direitos fundamentais, pois tem plena consciência da distinção entre enunciado normativo e norma⁷¹¹.

Ainda sobre a importância da fundamentação e do discurso para delimitação dos direitos fundamentais, ou seja, a construção destes direitos por intermédio da utilização da teoria da argumentação, ou melhor, da sua essencialidade enquanto condição para a concretização do direito, Alexy⁷¹² afirma que:

Para a teoria do discurso, a liberdade e a igualdade são constitutivas no discurso. As regras do discurso expressam isso claramente. Isso sugere concluir da liberdade e igualdade no discurso pela liberdade e igualdade em todos os âmbitos da atuação. Uma tal conclusão imediata de regras do falar sobre regras jurídicas, contudo, não é possível. Para isso, são necessárias, outras premissas. Para fundamentar a liberdade jurídica precisa-se da premissa, que aquele, que faz discursos com o interesse de solucionar problemas políticos por consensos criados e controlados discursivamente, deve reconhecer a liberdade dos outros também fora do discurso.

A citação expressa à liberdade e igualdade para referir-se aos direitos fundamentais, feita por Alexy, deve-se ao fato dele considerar que com estes direitos está “fundamentado o núcleo dos direitos fundamentais”⁷¹³. Assim, “todos os outros direitos fundamentais são ou casos especiais de ambos esses direitos

⁷¹⁰ ALEXY, 2008, p.43.

⁷¹¹ Idem. Ibidem, p.53 e segs.

⁷¹² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.33.

⁷¹³ Idem. Ibidem, p.34.

ou meios necessários para a produção e asseguramento de uma medida suficiente de liberdade e igualdade fática”⁷¹⁴.

6.2.1.3. A Relação Entre Direitos Fundamentais e Democracia na Concepção de Alexy

Dentre as opções existentes para trabalhar a idéia de democracia Alexy adota, a partir de uma perspectiva discursiva, como já foi visto no tópico anterior, a *democracia deliberativa*. Afirma, ainda, que “a democracia deliberativa é mais do que um procedimento para produção de uma compensação de interesses ótima abaixo do limite de ditadura e guerra civil”⁷¹⁵. Isso deve-se ao fato de que neste modelo democrático “o plano dos interesse e do poder é coberto por um plano dos argumentos, no qual todos os participantes lutam por uma solução política correta”⁷¹⁶.

A condição de existência desse modelo democrático deliberativo, segundo o próprio Robert Alexy⁷¹⁷, somente se dá:

(...) quando existe algo como discursos práticos racionais, é somente um lado da matéria. O outro, é que a ideia do discurso somente pode ser realizada pela institucionalização da democracia deliberativa até o ponto onde ela é realizável. Quem quer correção, deve querer discursos; quem quer discursos, deve querer democracia.

A democracia pode-se concluir, nessa linha, é reflexiva, pressupondo a racionalidade discursiva. Questiona-se, todavia, qual a relação que se pode estabelecer entre a democracia e os direitos fundamentais? Responde o próprio Robert Alexy⁷¹⁸:

Direitos fundamentais são democráticos porque eles, com a garantia dos direitos de liberdade e de igualdade asseguram o desenvolvimento e a existência de pessoas que, no fundo, são capazes de manter o processo democrático com vida e porque eles, com a garantia da liberdade de opinião, imprensa, radiofusão, reunião e associação, assim como com o direito eleitoral e as outras liberdades políticas asseguram as condições funcionais do processo democrático.

⁷¹⁴ Idem. Ibidem, p.34.

⁷¹⁵ Idem. Ibidem, p.35.

⁷¹⁶ Idem. Ibidem, p.35.

⁷¹⁷ Idem. Ibidem, p.35.

⁷¹⁸ Idem. Ibidem, p.53.

Surge então, mais uma vez, o problema central desta pesquisa, quem garantirá esses direitos fundamentais, e como consequência a própria democracia, com isso sedimentando e fortalecendo o Estado Democrático de Direito? Repete-se a resposta: a jurisdição constitucional.

6.2.1.4 Jurisdição Constitucional e a Defesa dos Direitos Fundamentais

Também Robert Alexy vislumbra essa importante função da jurisdição constitucional: a concretização dos direitos fundamentais.

Se o processo de formação da vontade política dá bom resultado, a maioria parlamentar irá regar as exigências da democracia deliberativa (...) em forma de leis. As leis irão, então, também respeitar e concretizar os direitos fundamentais. Mas o que é, quando leis são aprovadas, que violam direitos fundamentais ou destroem a democracia deliberativa? Pode-se, então, ou confiar na força de cura espontânea da democracia ou então receitar o medicamento da jurisdição constitucional.

A questão que se coloca agora é saber se as Cortes ou Tribunais Constitucionais podem ser considerados como espaços públicos, aberto à participação de todos os interessados, na busca solidária e cooperativa de garantia dos direitos fundamentais, assim representada por uma hermenêutica do texto constitucional que seja efetivamente resultado de uma práxis argumentativa democrática⁷¹⁹.

A chave para a solução é a distinção entre a representação política e argumentativa do cidadão. A proposição fundamental: “Todo o poder estatal provém do povo” exige conceber não só o parlamento como, ainda, o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, certamente, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional, argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento.⁷²⁰

Demonstra, assim, a legitimação democrática da jurisdição constitucional, com a superação do “problema”, sedimentando, portanto, a função de garantia dos direitos fundamentais por esse “mecanismo”. Fornece, assim, elementos para

⁷¹⁹ BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.190.

⁷²⁰ ALEXY, 2007, p.54.

compreensão de como um “sistema que se centra em procedimentos acaba assumindo uma forma estratégica em função de decisões”⁷²¹.

6.2.1.5 Ponderação e Argumentação no Pensamento de Robert Alexy

Para finalizar, é preciso analisar a concepção de Alexy acerca da ponderação, enquanto técnica que depende de uma teoria argumentativa, capaz de proporcionar uma teoria da decisão, de sorte que a funcionalidade da *jurisdição constitucional* condiciona-se a esse processo, e conseqüentemente a defesa dos direitos fundamentais.

No direito alemão a técnica da ponderação está associada, ou decorre, da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, em sentido amplo. Este princípio, por sua vez, compõe-se de três princípios parciais: idoneidade (ou adequação), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Acontece que “todos os três princípios expressam a ideia de otimização. Direitos fundamentais, como princípios, são mandamentos de otimização”⁷²², logo dependem, na sua aplicação da aplicação da técnica da ponderação.

Para a aferição do princípio parcial, ou realizar o juízo, da adequação se “exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim”⁷²³. Essa análise deve ser contemporânea à época da decisão, pois só é possível no momento da “escolha” do julgador. Se nesse processo se constatar que há risco de prejuízo a um dos princípios garantidores de direito fundamental, a solução deve ser declarada inadequada.

Já o exame de necessidade recai sobre a “verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido (...), e que possam igualmente promover o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados”⁷²⁴. Com isso se avalia se “existe um meio menos

⁷²¹ SAAVEDRA, op. cit., p.117.

⁷²² ALEXY, op. cit., 2007, p.110.

⁷²³ ÁVILA, op. cit., p.177.

⁷²⁴ Idem. Ibidem, p.182.

intensivamente interveniente e igualmente bem idôneo, então uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custos para a outra”⁷²⁵.

Por último, na aferição da proporcionalidade em sentido estrito se “exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”⁷²⁶, o que demanda um exame de natureza complexa que permita avaliar se as vantagens aferidas valem, e são proporcionais, às desvantagens acarretadas pela adoção da solução.

A lei da ponderação mostra que a ponderação deixa decompor-se em três passos. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro.⁷²⁷

Acontece que a concretização do juízo de proporcionalidade em sentido amplo, ou seja, a realização da ponderação conduz a um ponto de indeterminação onde deixam de existir critérios, necessitando o julgador para decidir de uma margem de discricionariedade, conforme defende o próprio Alexy⁷²⁸.

Torna-se, então, imperioso o desenvolvimento de um processo argumentativo que possibilite alcançar resultados constitucionalmente adequados. “Como a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais é determinada apenas de forma incompleta por sua base, a argumentação prática geral torna-se um elemento necessário do discurso nesse âmbito”⁷²⁹.

A ideia de uma *argumentação prática*, por sua vez, é desprovida de sentido se não se contextualizar com a de *racionalidade prática*, que por sua vez somente se realiza no quadro das *teorias procedimentais*⁷³⁰. Segundo essa corrente teórica, mais especificamente na sua vertente do *discurso racional*⁷³¹,

⁷²⁵ ALEXY, op. cit., 2007, p.110.

⁷²⁶ ÁVILA, op. cit., p.185.

⁷²⁷ ALEXY, op. cit., 2007, p.111.

⁷²⁸ Cfe. ALEXY, op. cit., 2008, p.598/599.

⁷²⁹ Idem. Ibidem, p.573.

⁷³⁰ Cfe. ALEXY, op. cit., 2010, p.77.

⁷³¹ “A fim de elaborar um esboço de uma teoria do discurso prático racional geral, como passo prévio para a construção de uma teoria da argumentação jurídica, Alexy utiliza fontes muito variadas: diversas teorias da ética analítica (especialmente as de Hare, Toulmin e Baier), a teoria do discurso de Habermas, a teoria da deliberação prática da escola de Earlangen e a teoria da argumentação de Perelman. Mas, de todas elas, a influência fundamental é, sem dúvida, a de

“uma declaração normativa é correta (...) ou verdadeira, quando ela pode ser o resultado de um determinado procedimento, o do discurso racional”⁷³².

Para sistematizar melhor esse modelo, Robert Alexy estabeleceu as bases da sua teoria argumentativa de base procedimental, diante das seguintes premissas:

As exigências da teoria do discurso podem, uma vez que ela não contém determinações com respeito aos indivíduos, ser formulada completamente sobre regras. Eu tentei, em um outro lugar, formular o sistema das regras do discurso com o auxílio de 28 regras tão completamente quanto possível. As regras estendem-se de tais, que exigem a liberdade da contradição, clareza idiomática, verdade empírica e sinceridade, sobre tais, que dão expressão, entre outras coisas, à ideia de generalizabilidade (sic) pelo fato de elas assegurarem o direito de participação de cada um em discurso e a consideração igual de cada um no discurso, até a tais, que são dirigidas à argumentação das consequências, à ponderação e à análise do nascimento de convicções normativas.⁷³³

Quando essa argumentação, todavia, for aplicável a direitos fundamentais ela apresentará algumas peculiaridades, impondo uma reformulação de seus condicionamentos, de sorte que será necessário posições específicas quanto à lei, aos precedentes e a dogmática. “Será preciso, então, definir o que significa no plano da argumentação jusfundamental, a sujeição à “lei”, aos precedentes e à dogmática”⁷³⁴.

A ideia de sujeição à “lei”, em virtude da supremacia constitucional, deslocará para a Constituição o referencial legal dos direitos fundamentais, assim como, pelo mesmo motivo, esta sujeitará o processo de justificação das decisões que envolvam a matéria. Reconhece Alexy, que diante do grau de indeterminabilidade semântica dos dispositivos constitucionais de direitos fundamentais, “a força dos argumentos semânticos e genéticos para obrigar o resultado é limitada”⁷³⁵, mas existe, o que requer respeito ao texto constitucional.

A vinculação aos precedentes da Corte Constitucional, por sua vez, “decorre dos postulados da universalidade dos predicados, uma das regras do

Habermas. A teoria de Alexy significa, por um lado, uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático habermasiana e, por outro lado, uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito.” (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: Teorias da argumentação jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003, p.160.)

⁷³² ALEXY, op. cit., 2010, p.78.

⁷³³ Idem. Ibidem, p.89.

⁷³⁴ ESPINOZA, op. cit., p.136.

⁷³⁵ Idem. Ibidem, p.137.

discurso prático, (...), da segurança jurídica, da proteção de confiança, da descarga da fundamentação e da estabilidade jurídica”⁷³⁶.

Isso não significa um engessamento ou padronização do processo de justificação das decisões, no tocante aos direitos fundamentais, vez que, diante de situações que exijam decisões novas ou diferentes os tribunais poderão rejeitar os precedentes.

O ajuste dogmático requerido, enfim, diz respeito a adequação às teorias materiais dos direitos fundamentais.

Pontua, assim, três espécies de teoria material: aquelas que elegem apenas um princípio fundamental – como a teoria liberal ou burguesa dos direitos fundamentais, a teoria do Estado Social e a teoria institucional -, aquelas que consideram os direitos fundamentais como princípios de igual hierarquia, e outras que tentam criar uma certa ordem de precedência entre eles.⁷³⁷

Explicada sinteticamente as premissas da argumentação alexyana, e voltando ao ponto inicial da técnica de ponderação, Jürgen Habermas critica frontalmente este modelo proposto por Alexy, pois entende que “os direitos fundamentais (...) ao serem levados a sério em seu sentido deontológico, não caem sob uma análise dos custos e vantagens. (...) Tais normas encontram sua determinação clara num discurso de aplicação.”⁷³⁸. Defende, assim, que a tarefa é encontrar a norma aplicável, *prima facie*, que é aquela que se adapta melhor para solucionar o caso, entendendo, portanto, que existem *respostas corretas*.

Para solucionar o “aparente” conflito normativo principiológico, Habermas sustenta que é “preciso estabelecer um nexo racional entre a norma pertinente e as normas que passam para o pano de fundo, de tal modo que a coerência do sistema de regras permaneça intocada em seu todo”⁷³⁹. A crítica ao procedimentalismo alexyano parte do principal referencial procedimental dele: Jürgen Habermas.

A grande questão, segundo aponta Habermas, consiste no afastamento da correção promovido pela ponderação, sendo o direito transplantado para um “âmbito que é definido por ideias como a de uma conveniência maior e menor e

⁷³⁶ Idem. Ibidem, p.138.

⁷³⁷ Idem. Ibidem, p.139.

⁷³⁸ HABERMAS, op. cit., 1997, p.322.

⁷³⁹ Idem. Ibidem, p.323.

por conceitos como o do poder discricionário”⁷⁴⁰. Habermas acredita, contudo, na metáfora das respostas corretas, em oposição ao pensamento alexyano, sustentando, para isso, que:

(...) cada juiz deve, em princípio, pode chegar, em cada caso, a uma decisão idealmente válida, na medida em que ele compensa a suposta “indeterminação do direito”, apoiando sua fundamentação numa “teoria”. Essa teoria deve reconstruir racionalmente a ordem jurídica respectivamente dada de tal modo que o direito vigente possa ser justificado a partir de uma série ordenada de princípios a ser tomado, desse modo, como uma encarnação exemplar do direito em geral.⁷⁴¹

Habermas, a partir dessa concepção, aproxima-se do pensamento de Ronald Dworkin, o qual, inclusive, ele defende abertamente, em que pese o primeiro filiado a um modelo *procedimentalista*, e o segundo a um modelo *substancialista*, que se aproximam, neste particular, na defesa da metáfora das *respostas corretas*, que será elucidada no próximo tópico.

6.2.2. O Substancialismo de Ronald Dworkin: Jurisdição Constitucional e a Busca por Respostas Corretas

Para melhor compreender a concepção de Ronald Dworkin sobre jurisdição constitucional, e a sua busca pelas *respostas corretas*, é importante, inicialmente, delimitar dois conceitos fundamentais do seu pensamento: o de princípio e o de integridade.

6.2.2.1 “Uma Questão de Princípios” – O Fundamento Principiológico do Pensamento de Dworkin

Para este pensador o princípio “é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social

⁷⁴⁰ ALEXY, op. cit., 2007, p.109.

⁷⁴¹ HABERMAS, op. cit., 1997, p.261.

considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”⁷⁴².

Ao estabelecer esta nova concepção sobre o tema, Dworkin “transfere essa ideia de princípio da pessoa para a comunidade política. Isto significa que, tal qual é possível observar esta estrutura principiológica no homem, também o é na comunidade que se forma a partir dele e por ele”⁷⁴³.

Pretende ele, com isso, demonstrar que uma comunidade verdadeiramente democrática não apenas admite como *pressupõe* a salvaguarda de posições contramajoritárias, cuja força obrigatória advém de *princípios* exigidos pela moralidade política.⁷⁴⁴

Dworkin busca uma reaproximação entre o Direito e a Moral, assim como o fez Alexy, fundada na valorização promovida pela categoria dos princípios, em contraposição ao pensamento positivista. Esforça-se para estabelecer a distinção entre regras e princípios como corolário central de seu pensamento. Em função dessa afirmação principiológica da sua teoria, os direitos fundamentais⁷⁴⁵, neste contexto, assumem o *status* de *direitos morais*, estabelecendo, por consequência, a ideia de Constituição como *integração*.

“Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (...), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia”.⁷⁴⁶

É importante registrar, novamente, assunto já discorrido sobre a posição de Dworkin, vez que eles não são gerados por decisões políticas do legislativo ou da decisão singular de um tribunal, mas por um processo aberto onde todos os atores sociais têm assento, além dos profissionais do Direito, por óbvio,

⁷⁴² DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.36.

⁷⁴³ STRECK, op. cit., 2009, p.499.

⁷⁴⁴ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.83.

⁷⁴⁵ “Dworkin irá considerar os direitos constitucionais fundamentais como direitos em sentido forte. Quando se afirma que um cidadão possui certo direito moral, isso significa que está errado que o governo interfira, mesmo que isso decorra da vontade da maioria. Esse é o significado de levarem-se os “direitos a sério”.” (SOUZA NETO, op. cit., p.246.)

⁷⁴⁶ DWORKIN, op. cit., p.42.

dependendo a continuidade do seu poder da manutenção do que é “apropriado” (adequado)⁷⁴⁷.

Disso decorre a possibilidade dos magistrados fundamentarem suas decisões em princípios, em qualquer tipo de caso, consoante explica Wálber Carneiro, ao asseverar que:

Para Dworkin, entretanto, “levar os direitos a sério” e julgar de modo não discricionário não se esgota na mera fundamentação da decisão neste ou naquele princípio, uma prática, aliás, muito comum no Brasil. A fundamentação em princípios como uma possibilidade contra a discricionariedade do direito judicial deve ser vista em Dworkin no contexto de sua tese sobre a *integridade*, que demanda uma tarefa hercúlea do julgador na busca da resposta correta.⁷⁴⁸

Não resta alternativa senão aceitar o convite para *bailar* com a tese da integridade dworkiana, e compreender, assim, o papel do juiz na aplicação do direito, senão vejamos.

6.2.2.2. O Papel do Juiz na Aplicação do Direito: A Importância da Integridade

Parte-se da afirmação de que Dworkin “elabora um processo complexo de interpretação judicial para fazer jus à exigência de que somente o fechamento operacional garante a abertura cognitiva”⁷⁴⁹, a partir de uma leitura luhmanniana. Assim, chega-se à conclusão de que “os argumentos do entorno podem ser reconstruídos internamente quando estiverem de acordo com o processo de argumentação jurídica. Na verdade é o próprio processo que estabelece as condições de abertura do sistema”⁷⁵⁰.

Fundamental, então dividir esse processo em fases: (1) pré-interpretativa; (2) interpretativa; e (3) pós-interpretativa – a decisão em si. Pode-se arriscar aqui que seria uma tentativa de “ontologização” da teoria sistêmica luhmanniana. Para

⁷⁴⁷ Idem. Ibidem, p.64.

⁷⁴⁸ CARNEIRO, ob. cit., 2010, p.267.

⁷⁴⁹ SAAVEDRA, ob. cit., p.75.

⁷⁵⁰ Idem. Ibidem, p.75.

o funcionamento deste modelo, todavia, é fundamental a noção de “integridade” dworkiana⁷⁵¹.

A ideia de integridade para Dworkin “serve como um veículo para a “transformação orgânica” do conjunto de normas públicas presentes no sistema a partir do reconhecimento da importância dos princípios”⁷⁵².

A busca pela *integridade* do direito em Dworkin não representa um espaço discricionário em que o julgador deverá encontrar uma justificativa pessoal para decidir um caso que não possui resposta no sistema, uma vez que o princípio que deve ser buscado para fundamentar uma decisão não está, como pensou Hart, à disposição do intérprete.⁷⁵³

As teorias pós-positivistas, como o neoconstitucionalismo, que enaltecem a existência de normas principiológicas no sistema jurídico, promovendo a “reconciliação” entre a moral e o direito, em superação ao paradigma positivista, trouxe a falsa impressão de que se estava fazendo um convite para decisões metafísicas, desconectadas, portanto, do plano físico, permitindo uma postura discricionária, e reificando o ativismo judicial; ledo engano!

Dworkin apresenta na sua teoria, e na crítica imanente a ela, o que é necessário para buscar a integridade no processo de interpretação, notadamente defendendo que o processo não é subjetivo, portanto, individual do juiz, mas há necessidade de uma interação intersubjetiva, vez que a decisão é da sociedade. Nas palavras do próprio Dworkin, “uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial num sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio da força coercitiva”⁷⁵⁴.

A integridade (...) insiste em que cada cidadão deve aceitar as exigências aos outros, que compartilham e ampliam a dimensão moral de quaisquer decisões políticas explícitas. A integridade, portanto, promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania.⁷⁵⁵

⁷⁵¹ Idem. Ibidem, p.75.

⁷⁵² CARNEIRO, ob. cit., p.267.

⁷⁵³ Idem. Ibidem, p.267.

⁷⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.228.

⁷⁵⁵ Idem. Ibidem, p.230.

Conclui-se, dessa forma, que a integridade exige que o conteúdo moral de um princípio não seja considerado a partir de uma concepção individualizada, mas considerada a partir do fato de que vivemos com *o outro*.⁷⁵⁶ A partir dessa compreensão se alcança a força normativa dos princípios em Dworkin.

Para a superação do *voluntarismo hermenêutico* que caracteriza o normativismo, será necessário conceber o Direito como um sistema de *regras e princípios*, dotado de *integridade*, e não como um mero sistema de normas, inapto a abarcar toda a variada e complexa realidade social. Seu esforço será o de defender um ativismo judicial construtivo, pautado por argumentos racionais e controláveis, que não descambe para uma versão autoritária do *governo de juízes*.⁷⁵⁷

Dworkin sustenta, então, o argumento de que é possível defender a existência de um maior preparo por parte dos magistrados para conferirem “respostas corretas” (bem como a própria existência destas), do que os legisladores ou a massa de cidadãos que elegeram os legisladores⁷⁵⁸.

6.2.2.3. As “Respostas Corretas” na Concepção de Ronald Dworkin

Com a sua tese das *respostas corretas*, Ronald Dworkin enfatiza a impossibilidade de *álea* na interpretação jurídica, tornando necessário compreender que “lidamos com sintaxes e que não podemos isolá-la da semântica (por exemplo, a velha *cisão fato-norma*), e tampouco entender a pragmática como “reserva técnico-hermenêutica” para resolver insuficiências lógico-semânticas”⁷⁵⁹. Sobre esta questão, ao analisar o pensamento de Dworkin, argumenta Lenio Streck que:

(...) quando este diz que é possível distinguir boas e más decisões e que, qualquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e a equidade, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam. Importa acrescentar que Dworkin, ao combinar princípios jurídicos com objetivos políticos, coloca à disposição dos juristas/intérpretes um manancial de possibilidades para a construção/elaboração de respostas coerentes com o direito positivo – o que confere uma blindagem contra a discricionariedade (se se quiser, pode-se chamar isso de “segurança

⁷⁵⁶ CARNEIRO, op. cit., p.268.

⁷⁵⁷ BINENBOJM, op. cit., p.75.

⁷⁵⁸ SAAVEDRA, op. cit., p.92.

⁷⁵⁹ STRECK, op. cit., 2009, p.303.

jurídica”) – e com a grande preocupação contemporânea do direito: a pretensão de legitimidade⁷⁶⁰.

Ainda em análise da busca de correção da decisão, contra a discricionariedade, Dworkin sustenta os seguintes argumentos:

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos. Do ponto de vista analítico, é útil distinguir os diferentes aspectos ou dimensões de qualquer teoria funcional. Isso incluirá convicções sobre adequação e justificação. As convicções sobre a adequação vão estabelecer a exigência de um limiar aproximado a qual a interpretação de alguma parte do direito deve atender para tornar-se aceitável⁷⁶¹.

Para cumprir essa difícil tarefa, Dworkin cria a metáfora do “juiz Hércules”, imaginando um modelo ideal de juiz capaz de realizar a contento esta “empreitada”, que possui como características fundamentais “capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade”⁷⁶². Estas respostas, advirta-se, não devem ser entendidas como “absolutas” e “unívocas”, numa pretensão universalizante, é como enfatiza o próprio Dworkin: “são as respostas que, no momento, me parecem as melhores”⁷⁶³.

Críticas não faltaram a esta posição, sendo Dworkin, e o seu “juiz Hércules”⁷⁶⁴, acusado de “solipcista”⁷⁶⁵, e tão discricionário quanto o julgador que ele combate (como, por exemplo, a crítica do jurista norte-americano Frank

⁷⁶⁰ Idem. Ibidem, p.303.

⁷⁶¹ DWORKIN, op. cit., 2003, p. 305.

⁷⁶² Idem. Ibidem, p.287.

⁷⁶³ Idem. Ibidem, p.287.

⁷⁶⁴ “O “juiz Hércules” dispõe de dois componentes de um saber ideal: ele conhece todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação; ao mesmo tempo, ele tem uma visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos. Ambos os componentes traçam limites à construção da teoria. O espaço preenchido pela sobre-humana capacidade argumentativa de Hércules é definido, de um lado, pela possibilidade de variar a hierarquia dos princípios e objetivos e, de outro lado, pela necessidade de classificar criticamente a massa do direito positivo e de corrigir “erros”. Hércules deve descobrir a série coerente de princípios capaz de justificar a história institucional de um determinado sistema de direitos, “do modo como é exigido pela equidade””. (HABERMAS, op. cit., 1997, p.263)

⁷⁶⁵ “Exatamente por superar o esquema sujeito-objeto é que *Dworkin* não transforma o seu “juiz Hércules” em *um juiz solipcista* e tampouco em alguém preocupado apenas em elaborar discursos prévios, despreocupados com a aplicação (decisão). Hércules é uma metáfora, demonstrando as possibilidades de se controlar o sujeito da relação de objeto, isto é, com Hércules se quer dizer que não é necessário, para superar o sujeito solipcista da modernidade, substituí-lo por um sistema ou por uma estrutura”. (STRECK, op. cit., 2009, p. 447)

Michelman), que não parecem, todavia legítimas. Busca Dworkin, em verdade, um ponto de referência contra a discricionariedade, que deve ultrapassar as tradições jurídicas consuetudinárias, e “esclarece esse ponto de referência da razão prática de dois modos: *metodicamente*, lançando mão do processo da interpretação construtiva; e *conteudisticamente*, através do postulado de uma teoria do direito que reconstrói racionalmente e conceitualiza o direito vigente”⁷⁶⁶.

Na defesa do pensamento dworkiano, Jürgen Habermas sustenta que:

“O modelo de Dworkin tem precisamente esse sentido: trata-se de um direito positivo, composto de regras e princípios, que assegura, através de uma jurisprudência discursiva, a integridade de condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração. (...) Dworkin caracteriza seu procedimento hermenêutico-crítico como uma “interpretação construtiva” que explicita a racionalidade do processo de compreensão através da referência a um paradigma ou a um fim”⁷⁶⁷.

Deve-se, por último, compreender que a busca da “resposta correta” é, também, uma metáfora, quer dizer: “um motor imóvel que nos empurra para o acerto”⁷⁶⁸. Acertar, então, é uma possibilidade, mas não existem garantias categóricas que se está certo. Em feliz síntese sobre esta constatação, Wálber Carneiro conclui que:

(...) se levarmos em conta a existência de um pano de fundo que sustenta *como hermenêutico* a nossa compreensão de mundo e se essa linguagem é condição de possibilidade para o resgate da razão moral-prática, não podemos admitir que haja, independente das dificuldades que iremos enfrentar no desvelamento de sentido, mais de uma *resposta correta* para um mesmo *problema*. A divergência sobre a correta solução de um caso que, até certo ponto, torna-se insolúvel, não pode ser considerada razão pela qual deveríamos abandonar a idéia de *resposta correta*⁷⁶⁹.

A busca da “resposta correta” é difícil tarefa para o intérprete, mas necessária, e não se pode desistir do “jogo” antes de jogá-lo, mas, para isso, como anteviu Ronald Dworkin, demandar-se-á uma tarefa “hercúlea”, para a qual somente se logrará êxito indo além dos limites propostos pela “standardização” de uma cultura jurídica atrasada e epistemologicamente “pobre”, como tem acontecido no Brasil, a ser alcançada com a ajuda da Filosofia **no** Direito, como já foi denunciado nessa pesquisa.

⁷⁶⁶ HABERMAS, ob. cit., 1997, p.260.

⁷⁶⁷ Idem. Ibidem, p.260-261.

⁷⁶⁸ CARNEIRO, ob. cit., 2011, p.272.

⁷⁶⁹ Idem. Ibidem, p.272.

6.2.2.4. A Jurisdição Constitucional na Concepção de Ronald Dworkin

A centralidade dos princípios nas constituições contemporâneas, situadas em um paradigma neoconstitucional (pós-positivista), irá justificar, na concepção dworkiana, a própria jurisdição constitucional. “Somente ao se considerar que os princípios constitucionais possuem dignidade normativa se pode justificar (...) o poder das cortes constitucionais anularem normas produzidas por legislativos eleitos”⁷⁷⁰. Ronald Dworkin enfatiza, assim, a importância dos princípios na legitimação da jurisdição constitucional.

No tocante à jurisdição constitucional, Dworkin irá legitimá-la da seguinte maneira. Se, em um caso difícil, o magistrado, não podendo aplicar uma regra, aplica um princípio, não está criando direito novo, mas aplicando o direito preexistente. Por conta disso, a inclusão dos princípios no sistema jurídico resolve os problemas de legitimação dos tribunais constitucionais criados pela concepção volitiva da jurisdição presente no modelo normativista.⁷⁷¹

Ainda em análise da relação entre legitimação democrática e a jurisdição, Dworkin sustenta argumentos de que é possível defender a existência de um maior preparo por parte dos magistrados para conferirem *respostas corretas*, do que os legisladores ou a massa de cidadãos que elegeram os legisladores⁷⁷².

Acrescente-se, também, que dificilmente o legislativo “tomará uma decisão contrária a um setor influente politicamente, já o Judiciário não tem essa pressão direta, tendo em vista que os setores da sociedade não podem “se vingar” do juiz, não votando nele”⁷⁷³.

Assume assim papel fundamental na concretização constitucional, e particularmente dos direitos fundamentais, a jurisdição constitucional, pela teoria de Ronald Dworkin. Registre-se, inclusive, que para Dworkin os direitos fundamentais são “reconhecidos no seio de uma comunidade política

⁷⁷⁰ SOUZA NETO, op. cit., p.218.

⁷⁷¹ Idem. Ibidem, p.247.

⁷⁷² SAAVEDRA, op. cit., p.92.

⁷⁷³ Idem. Ibidem, p.92/93.

(comunidade de princípios) cujos integrantes são tratados com igual respeito e consideração”⁷⁷⁴.

Assim, a Constituição e seu sistema de direitos fundamentais incorporam princípios morais, com os quais a legislação infraconstitucional e as decisões judiciais devem ser compatíveis. Daí advogar Dworkin uma *leitura moral da constituição*, que coloque a moralidade política no coração do direito constitucional. Tal concepção pressupõe que o aplicador do Direito assumira uma postura ativa e construtiva, caracterizada pelo esforço de interpretar o sistema de princípios como um todo coerente e harmônico dotado de *integridade*.⁷⁷⁵

A ideia da *leitura moral da constituição* é, talvez, a alma do pensamento substancialista, e, simultaneamente, de alta complexidade. Cabe ao judiciário o papel de interpretar as normas editadas pelo legislativo, e mesmo sendo esta tarefa *vinculada* ela não significa que o magistrado cabe apenas buscar a interpretação que supostamente seria conferida pelos legisladores. Tampouco será a interpretação um ato de vontade dos magistrados.

Assim, “os juízes não lêem suas próprias convicções na Constituição, porque o capítulo que eles escrevem deve estar conectado com a história escrita até então”⁷⁷⁶, sem desconsiderar, todavia, que eles são os seus autores⁷⁷⁷.

Com isso consegue Dworkin, simultaneamente, delinear a existência de um núcleo moral da Constituição que merece uma leitura especial, e a necessidade de respeito aos ditames democráticos dos espaços institucionais dos Poderes do Estado. E é nesse sentido, que a “função do controle de constitucionalidade se torna essencial, ao assegurar a garantia dos direitos fundamentais contra maiorias eventuais”⁷⁷⁸, definindo a sua posição substancialista.

A jurisdição constitucional, portanto, é possível concluir, tem como funções o fortalecimento da democracia, e principalmente a defesa dos direitos

⁷⁷⁴ BINENBOJM, op. cit., p.84.

⁷⁷⁵ Idem. Ibidem, p.85.

⁷⁷⁶ LEAL, op. cit., 2007, p.169.

⁷⁷⁷ “Não se trata nem de considerar o ato jurisdicional como de pura cognição passiva, nem como de pura vontade ativa. A opção do autor é por um caminho intermediário. A função da interpretação judicial, para ele, é a de racionalizar o ordenamento jurídico dado a partir da moralidade, que é dinâmica, e não estática (como se dá nas versões jusnaturalista). Por isso, o autor se torna capaz de justificar o ativismo judicial: cabe ao magistrado se orientar pela moralidade social cambiante, promovendo interminavelmente a reconstrução do ordenamento jurídico vigente com base nos princípios contemporâneos da moralidade política.” (SOUZA NETO, op. cit., p.248.)

⁷⁷⁸ LEAL, op. cit., 2007, p.170.

fundamentais, a partir da “leitura moral da constituição”, proporcionada pela incorporação de normas morais (princípios) ao sistema jurídico, proporcionando-lhe, através de um processo hermenêutico adequado para busca de “respostas corretas”, e, fundamentalmente, garantidor da *integridade* do sistema jurídico.

6.2.3. Uma Análise Crítica dos Pensamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin

Inicialmente, o pensamento de Alexy difere do de Dworkin em relação à noção de regras e princípios, notadamente quando este defende o modelo do “tudo ou nada”, pois para aquele as regras constituem razões *definitivas* “desde que presentes as condições fáticas e jurídicas para a sua aplicação, caso contrário, Alexy admitirá a introdução de uma cláusula de exceção que se sustenta em princípios e que suspenderá algumas determinações contidas na regra”⁷⁷⁹.

Analisando as duas matrizes teóricas Giovanni Saavedra⁷⁸⁰ pondera que:

As teorias de Dworkin e Alexy esclarecem a forma como o sistema jurídico organiza sua memória. Os princípios, os procedimentos, os cânones de interpretação, os precedentes e os outros elementos citados fazem com que o sistema se transforme em uma rede ordenada de comunicações ligadas através de decisões e textos jurídicos. A redundância atua no âmbito da consistência nas decisões e determina que as informações subseqüentes devem estar sempre ligadas de forma coerente às informações anteriores. Por um lado limita, e, por outro, é condição de possibilidade da argumentação jurídica.

Há, contudo, uma distância, e, portanto, divergências entre estes pensadores, talvez apenas pelo fato de que o “lugar de fala” de Dworkin é o sistema da *common Law*, enquanto Alexy, num sistema, em tese, mais próximo do brasileiro, de matriz romano-germânica⁷⁸¹.

Assim como Ronald Dworkin, Robert Alexy “comunga da preocupação fundamental (...) no sentido de se pensar alternativas à discricionariedade judicial.

⁷⁷⁹ CARNEIRO, op. cit., p.207.

⁷⁸⁰ Idem. Ibidem, p.118.

⁷⁸¹ Merece, mais uma vez, registro o fato de que contemporaneamente há uma aproximação entre os sistemas do *civil law* e do *common law*, consoante opiniões já apresentadas de René David e Mauro Cappelletti .

Também ele enfatiza a importância da pretensão de correção no raciocínio judiciário⁷⁸², todavia é inegável o maior coerência da teoria dworkiana, vez que ao final de sua teoria Alexy remete o resultado da interpretação à construção de argumentos em modelo discursivo que demanda um determinado grau de discricionariedade, o que seria mitigado para Dworkin com a assunção da existência de *respostas corretas*.

Sobre esse debate, Alexy argumenta que não há na obra de Dworkin nenhum procedimento que demonstre como se obter *respostas corretas*. Acontece que Dworkin fugiu de modelos procedimentalista, filiando-se a um padrão substancialista que se preocupará com a leitura moral da constituição. A dificuldade de se encontrar *respostas corretas* não significa a sua impossibilidade, reconhecida essa ideia pelo próprio Alexy⁷⁸³, por isso aquele autor criou uma metáfora de um juiz munido de poderes além do normal para essa tarefa: o juiz Hércules.

Alexy ao admitir mais de uma possível resposta para determinados casos concretos, então, acaba por fragilizar, em sua teoria, os direitos fundamentais.

Uma teoria que pretende concretizar *direitos fundamentais* e que, para tanto, quer se sustentar em um ambiente de tensão entre a democracia deliberativa e as regras contramajoritárias da Constituição não pode admitir que um mesmo caso prático possa, por exemplo, ser resolvido por duas decisões *diametralmente opostas*, sendo ambas *racionais e corretas* à luz dessa teoria.

Alexy, todavia, negando a busca por *respostas corretas*, ao apostar em um direito ponderado, e, portanto, na *proporcionalidade*, investe em uma “espécie de racionalidade que boa parte dos críticos da modernidade identificam como a causa para a não realização desse projeto”⁷⁸⁴. Isso se deve ao fato de a *proporcionalidade*, em sua estrutura (técnica da ponderação), conduzir “a argumentação para um campo previamente estruturado, impedindo ou, ao menos, colaborando com a alienação provocada pela *técnica*”⁷⁸⁵, se tornando incapaz e

⁷⁸² SOUZA NETO, op. cit., p.251.

⁷⁸³ Cfe. SOUZA NETO, op. cit., p.251.

⁷⁸⁴ CARNEIRO, op. cit., p.227.

⁷⁸⁵ Idem. Ibidem, p.228.

ineficaz para mediar um debate, e se tornando, portanto, imprópria para qualquer modelo dialógico, como se defende neste trabalho.⁷⁸⁶

No cerne da questão desta pesquisa, porém, ambos defendem a posição privilegiada da jurisdição constitucional para defesa e concretização de direitos fundamentais, mas utilizando-se de referencial diverso, de sorte que surge, ao fim, a seguinte questão: procedimentalismo ou substancialismo?

6.3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: SUBSTANCIALISMO OU PROCEDIMENTALISMO?

Para iniciar a análise entre os modelos substancialista e procedimentalista, após a incursão pelos modelos alexyano e dworkiano, ressaltando que o debate não se limita a esses dois referenciais, faz-se uma síntese conceitual dessas duas correntes, nos seguintes termos:

(...) os substancialista defendem a concretização dos <<Direitos Fundamentais>> constituídos e compartilhados pelos sujeitos na via do Poder Judiciário, enquanto os procedimentalista propugnam uma atuação deste na garantia da participação no processo de tomada de decisões, retomando o sentido original de soberania popular.⁷⁸⁷

Destaca-se, *prima facie*, que independente do modelo há um consenso acerca da identificação do Poder Judiciário enquanto instância estrategicamente privilegiada para a concretização de direitos fundamentais, na configuração institucional contemporânea dos países ocidentais, e, principalmente, democraticamente legitimada.

Acontece, todavia, que no caso brasileiro existe um dado fundamental a ser ponderado antes de se tomar uma posição (por simpatia) a essa ou aquela corrente, decorrente da identificação do modelo constitucional instaurado após 1988 com o *constitucionalismo dirigente*. Diante desse dado há

⁷⁸⁶ Deve-se destacar que em momento algum Alexy defendeu que todos os argumentos se utilizarão da *proporcionalidade*, mas essa, em relação aos direitos fundamentais e seus inevitáveis “choques” ou “conflitos”, essa preponderará.

⁷⁸⁷ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: Aportes hermenêuticos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.87.

que se concordar que o modelo procedimental é incompatível com o caráter compromissário do *dirigismo*.⁷⁸⁸

Dessa forma, há, pela própria delimitação do modelo constitucional de 1988, uma tendência, que pode até se designar de natural, à adoção do *substancialismo*, como uma forma de resgatar a busca pela implementação dos valores programaticamente dirigidos pela Constituição Federal, para a concretização de um verdadeiro Estado Social⁷⁸⁹.

Essa incorporação ideológica dos valores constitucionalmente delimitados, por outro lado, não significa um retrocesso, não caracteriza, tampouco, o “resgate de uma jurisprudência dos valores, mediante a concepção de “valores” sociais capazes de levar ao “justo”, “bem” ou “bom”, até porque o critério da justiça é externo, mas de implementação hermenêutica da Constituição”⁷⁹⁰.

Partindo da ideia de busca de concretização do projeto constitucional dirigente, ainda defendido em território brasileiro, Lenio Streck sustenta a necessidade de se desenvolver uma “Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT)”⁷⁹¹.

A ideia de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia implica uma interligação com uma teoria do Estado, visando à construção de um espaço público, apto a implementar a Constituição em sua materialidade. Dito de outro modo, uma tal teoria da Constituição dirigente não prescinde da teoria do Estado, apta a explicitar as condições de possibilidade para a implantação das políticas de desenvolvimento constantes – de forma dirigente e vinculativa – no texto da Constituição.⁷⁹²

⁷⁸⁸ Cfe. Manifestação de Lenio Streck in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.80/81.

⁷⁸⁹ “Mais do que assegurar os procedimentos da democracia – que são absolutamente relevantes –, é preciso entender a Constituição como *algo substantivo*, porque contêm valores (direitos sociais, fundamentais, coletivos *lato sensu*) que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização. Por tudo isto, há que deixar assentado que o *constitucionalismo-dirigente-compromissário não está esgotado*. A Constituição ainda deve “constituir-a-ção”, mormente porque, no Brasil, nunca constituiu. *No texto da Constituição de 1988 há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que deve ser resgatado*. O problema é que, em países como o Brasil, formou-se um “silêncio eloquente” acerca do significado da Constituição, naquilo que ela tem de “norma diretiva fundamental”. Numa palavra: sob o manto de uma “baixa constitucionalidade”, olvidou-se o constituir da Constituição; mas muito pior do que o silêncio é não prestarmos atenção nele.” (STRECK, op. cit., 2004, p.144/145.)

⁷⁹⁰ ROSA, op. cit., p.91.

⁷⁹¹ Cfe. STRECK, op. cit., 2004.

⁷⁹² Idem. Ibidem, p.135/136.

A proposta de Lenio Streck, portanto, requer que a teoria constitucional dirigente seja adaptada a um país periférico, como é o caso do Brasil, para a concretização dos direitos constitucionais fundamentais (individuais e sociais-econômicos), impondo a pauta *substancial* da constituição como deveres vinculativos para a concretização de políticas públicas garantidoras destes direitos.

A Constituição deixaria de ter uma posição meramente *negativa*, enquanto *locus* da tutela de direitos fundamentais, para ser um texto *ativo*, delimitador e direcionador do agir estatal. Lembrando da advertência do próprio Canotilho de que essa mudança requer uma abertura para o *Direito Internacional* (fruto de um acoplamento gerado entre os Estados Ocidentais pelo processo de *globalização*).

Do ponto de vista pragmático, porém, as políticas *neoliberais* e as subsequentes reformas⁷⁹³, influenciadas por essa doutrina, são completamente antitéticas ao modelo dirigente preconizado, vez que “não é difícil perceber que, enquanto o neoliberalismo aponta para a desregulamentação, a Constituição brasileira nitidamente aponta para a construção de um Estado Social de índole intervencionista, que deve pautar-se por políticas públicas distributivas”⁷⁹⁴.

Em um país no qual a violação do núcleo finalístico do Estado é perpetrada cotidianamente por aqueles que exercem funções políticas (executivo e legislativo), a proteção substancial da Constituição é uma necessidade urgente da sociedade, no intuito de conclusão prática do projeto de um Estado socialmente comprometido. O texto da *Carta Magna*, nessa perspectiva, ainda

⁷⁹³ “Ao longo dos anos 1990, propagou-se na mídia falada e escrita e nos meios políticos e intelectuais brasileiros uma avassaladora campanha em torno de reformas. A era Fernando Henrique Cardoso (FHC) foi marcada por esse mote, que já vinha de Collor, cujas características de *outsider* (ou o que vem de fora) não lhe outorgaram legitimidade política para conduzir esse processo. Tratou-se, como se pôde observar, de “reformas” orientadas para o mercado, num contexto em que os problemas no âmbito do Estado brasileiro eram apontados como causas centrais da profunda crise econômica e social vivida pelo país desde o início dos anos 1980. Reformando-se o Estado, com ênfase especial nas privatizações e na previdência social, e, acima de tudo, desprezando as conquistas de 1988 no terreno da seguridade social e outros – a carta constitucional era vista como perdulária e atrasada -, estaria aberto o caminho para o novo “projeto da modernidade”. (BEHRING, E. R. e BOSCHETTI, E. **Política social: Fundamentos e história**. São Paulo: Ed. Cortez, 2006, p.148.)

⁷⁹⁴ STRECK, op. cit., 2004, p.139.

“assume relevância como um contraponto a essa tempestade globalizante/neoliberal”⁷⁹⁵, evitando um verdadeiro estado de barbárie.

Este pode ser o ponto nodal da discussão sobre o papel da Constituição em países periféricos como o Brasil, a partir da necessidade de se entendê-la como explicitação do contrato social, enfim, da refundação do pacto social. O papel institucional da Justiça Constitucional assume relevância nessa temática – *sem descuidar da importância das lutas políticas, através de movimentos sociais e mobilizações da sociedade, porque o Judiciário ainda possui um alto grau de comprometimento com a manutenção do status quo* -, entendendo-se o Direito a partir do viés transformador que lhe foi dado pelo Estado Democrático de Direito, mediante mudanças *qualitativas* e *quantitativas* que podem ser produzidas na sociedade.⁷⁹⁶

Diante do cenário apresentado, defende-se a tese *substancialista* como a mais apta, em detrimento do *procedimentalismo*⁷⁹⁷, no caso brasileiro, para sustentar e fundamentar uma mudança paradigmática, no contexto pragmático do Estado, enfrentando os interesses político-econômicos de grupos hegemônicos⁷⁹⁸, em prol de uma sociedade livre⁷⁹⁹.

O *substancialismo*, por sua vez, em total consonância com o que foi apresentado neste trabalho, parte da premissa de que “a justiça constitucional deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absenteísta própria

⁷⁹⁵ Idem. Ibidem, p.143.

⁷⁹⁶ Idem. Ibidem, p.143/144.

⁷⁹⁷ “Os bloqueios à concretização normativa da Constituição atingem os procedimentos típicos do Estado Democrático de Direito: o eleitoral, mobilizador das mais diversas forças políticas em luta pelo poder; o legislativo-parlamentar, construído pela discussão livre entre oposição e situação; o jurisdicional, baseado no *due processo f law*; o político-administrativo, orientado por critérios de constitucionalidade e legalidade. Assim sendo, não se pode falar em uma esfera pública pluralista construída com base na intermediação de dissenso conteudístico e consenso procedimental. O Estado Democrático de Direito não se realiza pela simples declaração constitucional dos procedimentos legitimadores. A concretização constitucional deles é imprescindível, mas depende de um conjunto de variáveis complexas, sobretudo de fatores socioeconômicos e culturais que possam viabilizar a desprivatização do Estado e a superação das relações de subintegração e sobreintegração. Impõe-se assim enfrentar conseqüentemente a a conexão paradoxal de legalismo e impunidade, no sentido da construção de um espaço público de legalidade e constitucionalidade, como também na perspectiva da generalização da cidadania.” (NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.257/258.)

⁷⁹⁸ “No lugar da legitimação por procedimentos democráticos, em torno dos quais se estruturaria uma esfera pública pluralista, verifica-se uma tendência à “privatização” do estado. Em ampla medida, ela torna-se palco em que interesses particularistas conflitantes procuram impor-se à margem dos procedimentos constitucionais. Portanto, as relações de dependência e a “privatização” do estado contrapõem-se restritivamente à concretização constitucional dos “direitos humanos” e da “soberania do povo como procedimento.” (Idem. Ibidem, p.247.)

⁷⁹⁹ “(...) liberdade não é a liberdade de fazer aquilo que se quer; é liberdade de fazer o que se quer na medida em que se respeitem os direitos morais devidamente compreendidos, das outras pessoas.” (DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.159/160.)

do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira⁸⁰⁰.

Esse intervencionismo, porém, não deve ser confundido com uma atuação pautada no *livre-arbítrio*, a ideia de *ativismo* aqui desenvolvida é da atuação de uma *justiça constitucional* que atue positivamente na defesa dos direitos e garantias fundamentais, na concretização do projeto dirigente de Estado, mas nos termos e limites delimitados pelo sistema jurídico, principalmente pela Constituição.

Ao delimitar as suas teses de *respostas corretas, integridade e coerência* do sistema jurídico, portanto, Ronald Dworkin conseguiu estabelecer parâmetros, limites, para essa atuação da *jurisdição constitucional*, de sorte que o seu modelo substancial é totalmente adequado para a defesa de um modelo *substancialista de justiça constitucional*.

Acrescenta-se, todavia, a necessidade da adoção de um modelo hermenêutico dialógico, e de fundamentação filosófica, capaz de valer-se de um método fenomenológico para concretização de direitos fundamentais.

Acontece que, como foi feito em diversas etapas dessa pesquisa, com o escopo de não aceitar respostas pautadas em questões binárias (substancialismo ou procedimentalismo), por natureza excludente, pergunta-se o seguinte: é possível compatibilizar o *substancialismo* com o *procedimentalismo*?

Se por um lado a valorização do aspecto *substancial* apresenta uma adequação ao propósito de defender e garantir direitos fundamentais, isso não exclui a necessária “observância a procedimentos, como forma de oposição ao poder arbitrário”⁸⁰¹.

Reforçando a vinculação entre estes dois aspectos, tem-se, ainda, que o próprio exercício de procedimentos e competências demanda uma leitura material e valorativa, a partir do momento em que os conceitos para a operacionalização destes elementos somente existem se lidos a partir de algum lugar. Em um tal contexto, a noção de participação política e de representação, por exemplo, assim como a própria noção de democracia, somente pode ser compreendida ou operada se se tiverem claros os seus pressupostos. Todos estes elementos a que nos referimos residem, por sua vez, em um âmbito de caráter eminentemente

⁸⁰⁰ STRECK, op. cit., 2004, p.185.

⁸⁰¹ LEAL, op. cit., 2007, p.202.

substantivo, o que revela a indissociabilidade de ambos os aspectos, conforme sustentado.⁸⁰²

Em termos constitucionais, a materialização do *procedimentalismo* no texto da Carta Política de 1988, se consubstancia “nas exigências do princípio da democracia participativa e pluralista de implementação de procedimentos para a tomada de decisões públicas que promovam a maior participação popular possível e assegurem a convivência social pacífica”⁸⁰³.

Não se esgota, porém, apenas nesse aspecto da democracia participativa, mas também pelo fato de possuir uma “estrutura materialmente aberta, para o que se requer a intermediação de procedimentos (...). O segundo consiste em que ela também assume uma forma de lei processual, ao estabelecer o estatuto organizativo do Estado”⁸⁰⁴.

De sorte, que é inegável a existência de uma dimensão *procedimental* na Constituição Federal de 1988, o que por si só demanda a sua conformação com o aspecto *substancial*, que, todavia, prevalece, até porque é o responsável pela delimitação do aspecto *procedimental*. No momento em que se entender essa necessidade de acoplamento, se fortalecerá, por sua vez, o fomento de um modelo dialógico.

Deve-se ter cuidado, contudo, com o déficit *procedimental* vivenciado pela realidade brasileira, exemplificado por uma democracia participativa “tímida” (para não dizer inexistente); na estruturação de um desenho institucional pautado em interesses particulares ou particularizado; e, por último, na conformação de decisões judiciais, por vezes, arbitrárias e descompromissadas com os valores morais da Constituição.⁸⁰⁵

Apenas com o intuito de ilustrar o debate é interessante analisar o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº

⁸⁰² Idem. Ibidem, p.202.

⁸⁰³ ESPINOZA, op. cit., p.162.

⁸⁰⁴ Idem. Ibidem, p.163.

⁸⁰⁵ “Nas situações de constitucionalismo simbólico, ao contrário, a práxis dos órgãos estatais é orientada não apenas no sentido de “socavar” a Constituição (evasão ou desvio de finalidade), mas também no sentido de violá-la contínua e casuisticamente. Dessa maneira, ao texto constitucional includente contrapõe-se uma realidade constitucional excludente do “público”, não surgindo, portanto, a respectiva normatividade constitucional; ou, no mínimo, cabe falar de uma normatividade constitucional restrita, não generalizada nas dimensões temporal, social e material.” (NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.94.)

54⁸⁰⁶. Os temas discutidos nesta ação constitucional são basicamente os seguintes: 1) a violação da dignidade da pessoa humana da mulher que é obrigada a gestar um feto diagnosticado como anencefálico; 2) a violação da liberdade da mulher para autodeterminar o fim da gravidez; 3) violação do direito à saúde, de forma genérica, vez que a antecipação do parto seria, em tese, o único tratamento adequado.

A questão fulcral a se discutir, para a presente dissertação, refere-se ao fato de que ao julgar procedente a ação, o Supremo Tribunal Federal invadiria a esfera de competência do Congresso Nacional, criando uma excludente de antijuridicidade não prevista pela legislação penal vigente. A competência para determinar essas causas, por designação constitucional, é o Congresso Nacional.

O Supremo Tribunal Federal julgou da seguinte forma, conforme extrato da ementa abaixo transcrita:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para **declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal**, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli.⁸⁰⁷ (grifo não autêntico)

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal fez exatamente aquilo que os críticos do *ativismo judicial* temiam, adentrou em competência do Congresso Nacional. Reforçou este argumento o fato do Ministro Ricardo Lewandowski ter se pronunciado exatamente neste sentido, sustentando que o objeto da ADPF seria de competência do Poder Legislativo. Em momento extremo do seu voto chega a afirmar que:

(...) sem lei devidamente aprovada pelo Parlamento, que regule o tema com minúcias, precedida pelo amplo debate público, retrocederíamos

⁸⁰⁶ A referida ação foi interposta pela Confederação nacional dos Trabalhadores em Saúde, na data de 17 de agosto de 2004. Patrocinou a causa como advogado do impetrante o Prof. Luís Roberto Barroso, postulando a possibilidade de antecipação terapêutica de parto para as gestantes de fetos anencefálicos, sem que esse fato fosse considerado como criminoso, ante a existência de tipo penal específico.

⁸⁰⁷ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>. Acesso em 27/07/2012.

aos tempos dos antigos romanos, em que se lançavam para a morte, do alto da rocha Tarpéia, ao arbítrio de alguns, as crianças consideradas fracas ou debilitadas.

Percebe-se, nas entrelinhas, que ao mesmo tempo em que *procedimentalmente*, negando o caráter *substancialista* da decisão, invoca o Ministro a competência constitucional do Parlamento, ele cita um exemplo que, no mérito, “lamenta” o sacrifício de crianças. De toda sorte, o distanciamento do caso concreto e o julgamento em abstrato, ou em tese, acaba por prejudicar uma análise mais condizente com o modelo problemático enaltecido nessa pesquisa.

O problema, porém, é a ausência de posição do STF, que em outros momentos adotou postura totalmente procedimental, quando no julgamento do Mandado de Injunção nº 670, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, interposto pelo Sindicato dos servidores Policiais do Espírito santo (SINDIPOL), para autorizar o imediato exercício do direito de greve, ante a ausência de regulamentação do art. 37, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, entendeu que “não poderia, nos limites do mandado de injunção, garantir ao impetrante o direito de greve, substituindo-se ao legislador ordinário”⁸⁰⁸.

Inobstante essa diversidade de opiniões, o caminho hoje é, sem dúvida o fortalecimento da *jurisdição constitucional*.

A adoção de um modelo ideológico *substancialista*, com o fortalecimento da *jurisdição constitucional* para promover a defesa e a concretização dos *direitos fundamentais*, por intermédio de mecanismos *hermenêuticos dialógicos*, com o aprimoramento, portanto, da *decisão judicial*, que será direcionada para os problemas sociais, é uma das formas de se dar efetividade ao modelo democrático adotado pela Constituição Federal de 1988, concretizando o tão sonhado Estado Democrático de Direito no Brasil.

⁸⁰⁸ HÜBNER MENDES, op. cit., p.226/227.

CONCLUSÃO

Duas preocupações centrais se destacam nessa pesquisa: 1) a falta de efetividade dos direitos fundamentais e 2) a delimitação da instância estatal para concretização desta categoria de direitos. A partir desses dois problemas buscou-se identificar três questões: a) o que são direitos fundamentais?; b) qual o modelo hermenêutico para busca de efetivação destes direitos?; e c) qual a instância democrática ideal para esta tarefa?

A pesquisa, então, desenvolveu em seis capítulos a investigação dessas questões norteadoras, com o objetivo de demonstrar que no século XXI a *jurisdição constitucional* representa a instância ideal, sem vícios na sua legitimação democrática, para a efetivação dos direitos fundamentais, e apresentou as seguintes conclusões:

1. O sentido conferido hodiernamente a Constituição, a partir de uma perspectiva crítica, deve, obrigatoriamente, levar em consideração a relação estabelecida entre o jurídico, o social, o político e o econômico. A sua compreensão, por sua vez, deve partir de reflexões filosóficas e hermenêuticas, desvelando, assim, o seu verdadeiro conteúdo normativo, para delimitar o seu conteúdo ideológico.
2. A Constituição é o “marco” de definição dos direitos fundamentais dentro de um Estado Democrático de Direito. Acontece que não se pode mais defender, todavia, o modelo *positivista* que reduz a delimitação dos direitos fundamentais exclusivamente ao texto positivado de uma Carta Política. O próprio texto da Constituição Federal de 1988 possui uma cláusula de abertura (art. 5º, §2º) admitindo direitos fundamentais além dos dispositivos inscritos na Carta Magna, seja pelo fato de resultarem do regime e dos princípios que adota, seja em razão de decorrerem dos tratados internacionais.
3. Os direitos fundamentais, por sua vez, têm como finalidade precípua a proteção da liberdade (*lato sensu*), proteção essa que, por sua vez, é juridicamente mediada pelo Estado Democrático de Direito (Constitucional). A Constituição, nesse paradigma, constitui premissa basilar para a existência e garantia das liberdades, o que condiciona o Estado Democrático de Direito como garantidor

dos direitos fundamentais, vez que estes têm como, uma de suas funções, expressar os fins últimos que norteiam o moderno Estado constitucional de Direito.

4. Para compreender, porém, o real significado dos direitos fundamentais é preciso entender a sua evolução ideológica-histórica, observando inicialmente as ideias construídas desde a Antiguidade Clássica, e relaciona-las com as principais construções filosóficas construídas historicamente, para avaliar como isso impactano Direito e no Estado.

5. A incursão nesse “universo” constatou a origem dos *direitos humanos* a partir de contribuições greco-romanas, até alcançar a influência do catolicismo, passando pela Idade Média, chegando ao “marco” da modernidade. O traço comum de todo esse período, por sua vez, é a identidade de características com a corrente *jusfilosófica* denominada de *jusnaturalismo*.

6. O *jusnaturalismo*, como corrente *jusfilosófica* que defendia, como ponto central, um reconhecimento entre o direito e a moral, marcou a história do ser humano até o advento da modernidade, determinando as marcas características do reconhecimento do homem como titular de direitos, pela sua própria natureza, já em uma vertente moderna. Após a decadência desta construção teórica, com o advento de um novo paradigma, o *juspositivismo*, modifica-se a base jurídica e filosófica dos direitos humanos/fundamentais.

7. Esse novo paradigma surge com o advento do Estado da modernidade, caracterizado pela sedimentação de uma espécie de modelo “monista” de Estado, que concentra em si todos os poderes, especialmente o de “criar” o direito. Um dos objetivos dessa mudança era estabelecer uma Ciência do Direito “neutral”, que tinha como principais características ser avaliativa, estatal e legalista, na busca de segurança jurídica, em detrimento das incertezas geradas pelo *jusnaturalismo*.

8. Os positivistas pretendiam sustentar uma Ciência do Direito fundada metodologicamente na técnica, objetivada na legislação e supostamente segura, blindada contra o subjetivismo característico do *jusnaturalismo*, o que não foi, todavia, galgado, pois o *positivismo jurídico* padecia do mesmo mal, ao se

sustentar na técnica, recai no mesmo vício metodológico, e no seu arcabouço teórico acaba permitindo que o intérprete do direito seja tão subjetivista quanto aquele que fundamentava suas decisões nos dogmas *jusnaturalistas*. Não há a superação da subjetividade da relação sujeito-objeto (intérprete-lei), que caracteriza a filosofia da consciência, ainda reinante, portanto.

9. As incertezas e a insegurança que antecederam o século XIX, notadamente na garantia de *direitos humanos*, mesmo que reconhecidos como *fundamentais*, gerada pela própria estrutura dos *direitos naturais*, coordenado simultaneamente ao próprio florescimento do modelo *positivista*, todavia, requer do Direito uma nova “estrutura” para o acoplamento dos *direitos humanos* ao sistema jurídico.

10. Os *direitos fundamentais*, então, para essa nova acoplagem, passam a ser determinados na medida em que estejam previstos em um rol descritivo inserido em um texto constitucional de determinado Estado. Somente assim podem, agora, gerar consequências jurídicas. Este momento reifica a “nova” nomenclatura, agora, inclusive, alçada à categoria de conceito jurídico: *direitos fundamentais*.

11. Apregoava o modelo positivista uma independência ideológica, dissociando direito e moral, o que por si só já determina a sua própria *ideologia*, que se adequa integralmente ao modelo liberal burguês. Inobstante o fundamento político e ideológico que impôs a positivação dos *direitos fundamentais/direitos humanos* em textos constitucionais, notadamente a partir do constitucionalismo liberal burguês, existem análises especificamente jurídicas sobre como restou configurado o sistema jurídico, ou seja, qual a consequência normativa deste processo. Assim, ao ser consagrada como uma teoria do direito positivo, de um determinado sistema jurídico, uma teoria dos direitos fundamentais é, também, uma teoria dogmática

12. Os motivos que identificam a ineficácia do *positivismo jurídico* são: a) do ponto de vista ideológico a necessidade transcender o modelo liberal burguês, ou minimamente enfrentá-lo; b) do ponto de vista dogmático, pelo fato de, imprescindivelmente, ter que lidar com categorias e institutos que o *positivismo* nega, como o de *juízos de valor*; e, por último c) a necessária reaproximação

entre o direito e a moral, principalmente para compreender os núcleos de valores inscritos nas constituições do segundo pós-guerra.

13. Este é exatamente um dos embates centrais deste trabalho, superar a influência positivista sobre os direitos fundamentais, tentando encontrar um modelo que suplante o subjetivismo do *positivismo jurídico* (que já existia também no *jusnaturalismo*), que prejuízo vem gerando na efetivação e concretização desta categoria jurídica.

14. O primeiro problema a ser enfrentado é a demanda pela reestruturação da Teoria do Direito, perpassando necessariamente pela reformulação da teoria das normas e das fontes, permitindo o acoplamento moral ao universo jurídico. Sem deixar de observar que a delimitação valorativa (moral) do direito irá impactar em uma redefinição dos conceitos jurídicos, de maneira geral, a partir desta opção axiológica.

15. O segundo problema a ser enfrentado, diz respeito à discricionariedade decisória fomentada pelas teorias positivistas do direito. A discricionariedade é considerada como o produto daquilo que proporcionou a sua institucionalização: o positivismo jurídico e suas diversas facetas, que sempre abstraíram a situação concreta no ato de aplicação do direito.

16. Assim, resta identificado que o modelo hermenêutico positivista, focado eminentemente na identificação de sentido da norma (leia-se lei), para então supor (ato subjetivo de adivinhação) se ela é ou não aplicável ao caso concreto, não atende às necessidades hodiernas da afirmação dos direitos fundamentais, sendo, em determinada medida, o direito positivista, portanto, *contrafático*.

17. O pós-positivismo, por sua vez, demonstra que, em verdade, o principal é o caso concreto que demanda uma solução jurídica, invertendo a ordem reificada pelo positivismo jurídico, mostrando uma nova realidade, agora *contratextual*, que valoriza a problematização proporcionada pelos casos concretos que demandam soluções de natureza jurídica.

18. O rompimento do positivismo, então, carece da adoção de um modelo hermenêutico capaz de enfrentar o subjetivismo discricionário, capaz de trabalhar com a *intersubjetividade*, ou seja, busca-se um modelo jurídico para a *alteridade*, o

reconhecimento moral e político dos valores da comunidade, para além da dominação executada por intermédio do *positivismo jurídico*, além de um redirecionamento do processo interpretativo que inverte sua tradicional ordem da lei para o caso concreto.

19. Como proposta de modelo pós-positivista, para tentar superar o *positivismo jurídico*, promovendo uma verdadeira ruptura, e simultaneamente buscando concretizar a existência de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, garantido por um novo constitucionalismo compromissório e transformador social, surge o modelo que recebeu a designação de *neoconstitucionalismo*.

20. O marco histórico do *neoconstitucionalismo* desenvolve-se, inicialmente, na Europa do pós 2ª Guerra, especificamente com a Constituição da Itália de 1947 e Lei Fundamental de Bonn, Constituição Alemã de 1949. No Brasil o marco foi a Constituição de 1988. Como teoria pós-positivista incorpora no seu conteúdo teórico as questões: a reaproximação material entre Direito e da Moral e o combate ao subjetivismo/discrecionalidade decisória, que sempre caracterizou a Ciência Jurídica.

21. No plano ideológico a preocupação sublinha a importância dos mecanismos institucionais e a tutela dos direitos fundamentais, no fortalecimento do Estado Democrático de Direito, atribuindo essa função aos Poderes Legislativo e Judiciário. Já no plano metodológico, sustenta, em oposição ao modelo metodológico assentado pelo *positivismo jurídico*, ao menos em relação aos princípios constitucionais e os direitos fundamentais, que constituem a ponte entre o Direito e a Moral, a tese da conexão interpretativa necessária, identificadora e/ou justificadora, entre Direito e Moral.

22. Por último, no plano teórico o *neoconstitucionalismo* assumiu o papel de representar a Teoria do Direito, ratificando o sucesso na contemporaneidade do processo de constitucionalização. O modelo jurídico caracterizado pela consolidação deste processo destaca a existência de uma Constituição “invasora”, no sentido de haver a positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela presença na constituição de um conjunto de princípios e regras, representando a nova teoria das normas jurídicas, e, principalmente, pelo desenvolvimento de peculiaridades típicas da interpretação constitucional em detrimento do modelo vigente de interpretação aplicável às demais leis integrantes do sistema jurídico.

23. A partir da matriz neoconstitucional, com a respectiva delimitação dos direitos fundamentais enquanto questão moral e da constatação da sua necessária ontologização, como condição de compreensão dos valores essenciais aos seres humanos, exsurge o entendimento de que a compreensão efetiva dos valores morais fundamentais demanda um desvelamento somente proporcionado a partir do “mundo vivido” pelos seres humanos.

24. Todavia, é necessário que o ser humano se autocompreenda enquanto tal, e isso somente será possível a partir de um novo modelo hermenêutico adequado às vicissitudes dos dias atuais, e principalmente capaz de dialogar com o conhecimento filosófico e da antropologia filosófica, na tarefa de delimitar a fundamentalidade do ser humano que o torna destinatário de direitos fundamentais.

25. Esse modelo hermenêutico proposto, por sua vez, deverá proporcionar, ontologicamente, a compreensão do *ser-no-mundo*, pois é dessa forma que a vida do ser humano, enquanto existência, ultrapassa a ideia da natureza humana apenas como um dado.

26. A proposta de um novo modelo hermenêutico tem como um dos seus objetivos centrais exatamente a superação do modelo positivista de pensar e interpretar o direito, a partir, principalmente, de matrizes filosóficas, fundada especificamente nos pensamentos heideggeriano e gadameriano. Uma hermenêutica jurídica de cariz filosófico.

27. A *linguagem*, neste novo contexto hermenêutico, assume papel de destaque, dentro do movimento denominado de *linguistic turn* (giro ou virada linguística). Neste cenário, a linguagem deixa de ser instrumento e/ou veículo conceitual, para representar o *médium* que representa a própria condição de possibilidade da manifestação de sentido no mundo.

28. A linguagem, por sua vez demanda o diálogo, que a partir da concepção gadameriana ocorrerá dentro da metáfora do *jogo*. Esse *jogo* serve para delimitação dos conflitos intersubjetivos que demandam solução jurídica. O *jogo* (jurídico), então, por sua vez, tem que ser *jogado*, isso significa que as coisas não estão pré-definidas, somente no *jogo* é que compreenderemos, principalmente

diante do *outro* que também faz parte dele, para isso clama-se por um modelo jurídico hermenêutico novo, dialógico, intersubjetivo, e, principalmente, direcionado para o *problema*, de forma contratextual, pois direcionado ontologicamente para o problema (casos concretos).

29. Após a redução problemática possibilitada pelo *jogo*, e permitida por uma dimensão reflexiva, extraída necessariamente do problema, é que se perguntará ao texto: *quid juris?* Isso não põe fim ao diálogo com o Direito, mas sim, inicia-o. Deve-se, então procurar a construção de teorias hermenêuticas dialógicas que possibilitem a valorização da intersubjetividade contra o modelo individualista discricionário sustentado pelo *jusnaturalismo* e pelo *juspositivismo*, como por exemplo o *Transconstitucionalismo* (Marcelo Neves) e a *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva* (Wálber Carneiro).

30. É necessário, todavia, identificar qual instância estatal é adequada para reconhecer e dar efetividade aos direitos fundamentais, e, assim, delimitar o *locus* institucionalizado para a realização do *jogo dialógico*, capaz de tornar efetivo um direito intersubjetivo, e propiciar o desvelamento e a concretização destes direitos.

31. Mesmo reconhecendo historicamente a importância do Poder Legislativo, desde o momento que se reconheceu metodologicamente a necessidade de divisão das funções estatais em três poderes, na contemporaneidade constata-se que a sua função está internamente corrompida, de sorte que ele vem pragmaticamente perdendo a sua funcionalidade assumida no Estado Liberal.

32. Deve-se registrar que a regra da maioria, que sempre foi um dos argumentos que sustentou a sua legitimidade democrática, não funciona. Não se dispensa com isso a sua existência e de sua função precípua, mas não deve caber a esse poder estatal a última palavra em matéria de direitos fundamentais.

33. Desenvolve-se, então, com força, na contemporaneidade a construção teórica de que a função de salvaguarda dos direitos fundamentais, na busca de sua eficácia, seria mais bem encarnada pelo Poder Judiciário, no exercício de sua função *mater*, qual seja a função jurisdicional.

34. A superação do “velho” modelo liberal de Estado, a complexidade das relações que se instauram na sociedade pós-moderna e a própria reestruturação da teoria do direito, em bases pós-positivista(s) (neoconstitucional), indica a suplantação da “supremacia legislativa” dos direitos fundamentais, indicando, doravante, um papel de destaque para o Poder Judiciário.

35. No Brasil, seguindo este cenário desenhado, o Supremo Tribunal Federal se apresenta como instância apta a defender os direitos fundamentais. Possuem os magistrados que compõem esta Corte capacidade decisória suficiente para defender o regime democrático, e simultaneamente solucionar os problemas sociais, cumprindo, portanto, sua função constitucional.

36. O problema a ser enfrentado, neste contexto, é a discricionariedade de alguns julgados que acabam por depender de um julgador individual(ista), e suas opiniões e sentimentos pessoais, sem suplantarem, portanto, o paradigma positivista.

37. Assume, assim, papel central a interpretação e sua questão metodológica, em relação à elucidação do espaço a ser “preenchido” pelo juiz constitucional, e, portanto, a delimitação do *ativismo* na garantia dos direitos fundamentais, impedindo, assim, questionamentos acerca da legitimidade da atuação da *jurisdição constitucional* e sedimentando, conseqüentemente, o seu papel.

38. Inobstante a maior adequação do Poder Judiciário para a função de concretização dos direitos fundamentais, é preciso caminhar para o amadurecimento de um canal dialógico (endógeno ou exógeno) entre os Poderes do Estado, para aprimorar o grau de legitimidade democrática na busca pela concretização destes direitos, promovendo um diálogo institucional capaz de aprimorar cada vez mais a democracia e efetivando, portanto, um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

39. Dentro dessa perspectiva, surge a premência de se determinar uma matriz ideológica que possibilite a adoção do novo modelo hermenêutico jurídico proposto, e, portanto, a respectiva utilização do método fenomenológico, para o desvelamento e garantia dos direitos fundamentais.

40. Entre as teorias pós-positivistas apresentam-se o procedimentalismo e o substancialismo como possibilidades para essa tarefa. A corrente procedimental apresenta uma crítica ao intervencionismo constitucional na regulamentação dos diversos âmbitos da vida social, como também à atuação jurisdicional interventiva, sob a justificativa de que este comportamento distancia a sociedade, e por óbvio o Estado, do campo decisório adequado, qual seja o político, exercido por representantes eleitos.

41. Entre os substancialista destaca-se a defesa da democracia e dos direitos fundamentais, estabelecidos através de limites constitucionais impostos contra a regra majoritária, equivocadamente ainda defendida no mundo Ocidental, corrigindo e prevenindo contra os desvios perpetrados pelo jogo representativo, prevalente nas democracias ocidentais, como é o caso do Brasil.

42. Nesse contexto, assume papel primordial o Poder Judiciário para a garantia e efetivação dos direitos fundamentais, inclusive, e principalmente, daqueles direitos prestacionais básicos, que caracterizam os Estados Sociais, colimados dentro de um modelo constitucional dirigente, que dependem de ações políticas específicas para sua concretização. A ausência desse agir estratégico estatal gera um déficit democrático, que requer reparo por meio de uma atuação jurisdicional para concretização desses direitos fundamentais (como por exemplo, saúde, educação, etc.).

43. O substancialismo, então, ao garantir a pauta de direitos elencada na constituição como deveres vinculativos para a concretização de políticas públicas, garantidoras destes direitos fundamentais, deixaria de ter uma posição meramente *negativa*, enquanto *locus* da tutela de direitos fundamentais, para ser um texto *ativo*, delimitador e direcionador do agir estatal.

44. Requer para isso, todavia, o desenvolvimento de uma Teoria Constitucional adequada ao modelo brasileiro, evitando, portanto a mera transcrição acrítica de teses alienígenas, para garantir a efetividade da Carta Política de 1988.

45. Diante do cenário apresentado, então, defende-se a tese *substancialista* como a mais apta, em detrimento do *procedimentalismo*, no caso brasileiro, para sustentar e fundamentar uma mudança paradigmática, no contexto pragmático do

Estado, enfrentando os interesses político-econômicos de grupos hegemônicos, em prol de uma sociedade livre.

46. Não se pode negar, porém, a existência de uma dimensão *procedimental* na Constituição Federal de 1988, o que por si só demanda a sua conformação com o aspecto *substancial*, que, todavia, prevalece, até porque é o responsável pela delimitação do aspecto *procedimental*. No momento em que se entender essa necessidade de acoplamento, entre esses modelos, se fortalecerá o fomento de um modelo dialógico como objetivo maior de um novo modelo jurídico capaz de promover a concretização dos direitos fundamentais no Brasil.

Diante de tudo que foi discutido nessa pesquisa, defende-se que a adoção de um modelo *substancialista* irá fortalecer a *jurisdição constitucional*, com o escopo de promover a efetivação e concretização dos *direitos fundamentais*, com o auxílio de mecanismos *hermenêuticos dialógicos*, e com o aprimoramento, portanto, das *decisões judiciais*, que serão direcionadas para os problemas sociais concretos da sociedade brasileira. Essa seria, indubitavelmente, uma maneira de se dar efetividade ao modelo democrático e dirigente adotado pela Constituição Federal de 1988, concretizando o tão sonhado Estado Democrático de Direito no Brasil.

BIBLIOGRAFIA:

ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional: Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Filosofia do Direito: Uma crítica à verdade na ética e na ciência.** São Paulo: Saraiva, 2008.

ALEXY, Robert. **Derechos Fundamentales Y Estado Constitucional Democrático.** In CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica.** São Paulo: Landy, 2005.

_____. **Constitucionalismo Discursivo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana.** 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. **Crises da República.** 2^a ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: Teorias da argumentação jurídica.** 3^a ed. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito.** in **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** n.58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.129-173.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em <http://renatobernardi.files.wordpress.com/2011/03/ativismo-barroso.pdf>. Acesso em 20/07/2012.

BATISTA NEVES, André. **Introdução ao controle de constitucionalidade.** Salvador: Ed. Juspodivm, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Intérpretes.** Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BEHRING, E. R. e BOSCHETTI, E. **Política social: Fundamentos e história.** São Paulo: Ed. Cortez, 2006.

BELLO, Enzo. **Cidadania, Alienação e Fetichismo Constitucional.** p.7-33 *In* LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto Lima e BELLO, Enzo (orgs.). **Direito e Marxismo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia Política.** 3ª ed. São Paulo, Atlas, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito.** São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLZAN DE MORAIS, José Luiz e NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e Cidadania: Por uma jurisdição constitucional democrática.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Ciência Política.** 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas.** São Paulo: Saraiva, 2010.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como categoria constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CALSAMIGLIA, Albert. **Postpositivismo**. Disponível em DOXA: http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/23582844322570740087891/cuaderno21/voll/Doxa21_12.pdf?portal=4. Acesso em 20 de março de 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. **“Brançosos” e a interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999a.

_____. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999b.

CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma teoria dialógica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros – volume 1º**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CHÂTELET, François, DUHAMEL, Olivier e PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das Idéias Políticas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico**. in CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.75-98.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno.** São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. **Fundamento dos Direitos Humanos.** São Paulo: IEA USP, 1997. Disponível em IEA/USP: <http://www.iea.usp.br/iea/textos/comparatofundamento.pdf>. Acesso em 02 de abril de 2012.

COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América.** Campinas/SP: Russel, 2002.

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

COSSIO, Carlos. **La Teoria Egologica Del Derecho y el Concepto Juridico de Libertad.** 2ª ed. Buenos Ayres: Abeledo-Perrot, 1964.

COSTA, Alexandre Araújo. **Hermenêutica Filosófica.** Disponível em <http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-filosofica/>. Acesso em 23 de maio de 2012.

COSTA, Elcias Ferreira da. **A essência trinitária do Direito.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do Poder Público.** São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática.** Salvador: Ed. Juspodivm, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juizes.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade.** São Paulo: Saraiva, 2009.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DIDIER JR., Fredie. **Direito Processual Civil – Volume I.** 5ª ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2005.

DIP, Ricardo. **Los derechos humanos y el derecho natural: De como el hombre *imago Dei* se torno *imago hominis*.** Madrid: Marcial Pons, 2009.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. **Entre substancialismo e procedimentalismo: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada**. Maceió: EDUFAL, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRY, Luc e VINCENT, Jean-Didier. **O que é o ser humano? Sobre os princípios fundamentais da filosofia e da biologia**. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.

FUNARI, Pedro Paulo. **A cidadania entre os romanos**. *in* PINSKY, Jaime e PINSKY, Carla Bassenzi. **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2005, p.49-79.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. 5ª ed. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2003.

_____. **Hermenêutica em Retrospectiva**. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2009.

GALUPPO, Marcelo Campos. **A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo**. *In* **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – nº 3 – Crítica à Dogmática: Dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais**. Porto Alegre: IHJ, 2005, p.195-206.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003a.

_____. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003b.

GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica.** São Leopoldo/RS: Ed. Unisinos, 1999.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade I.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **O Futuro da Natureza Humana.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Pensamento Pós-Metafísico: estudos filosóficos.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. **O Federalista.** Campinas/SP: Russel, 2005.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Marcas do caminho.** Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2008.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã.** Disponível no site: http://search.4shared.com/postDownload/Fvs2xFe1/thomas-hobbesO_Leviat.html. Acesso em 03/07/2012.

HÜBNER MENDES, Conrado. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011.

HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma Fenomenologia Pura e para uma Filosofia Fenomenológica: Introdução geral à fenomenologia pura.** Aparecida/SP: Idéias e Letras, 2006.

INDA, Andrés García. **Cinco apuntes sobre Derecho y Postmodernidad.** Disponível em DOXA: http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01372719768028837422_802/doxa24/doxa24_10.pdf?portal=4. Acesso em 20 de março de 2012.

JASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico.** 15ª ed. São Paulo: Cultrix, 2010.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Tribunal Constitucional: Exigência democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática.** São Paulo: Martin Claret, 2004a.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** São Paulo: Martin Claret, 2004b.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KHUN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas.** 10ª ed. São Paulo Perspectiva, 2011.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos.** Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição constitucional na ordem democrática.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre Nós: ensaios sobre a alteridade.** 5ª ed. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2010.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo.** São Paulo: Martin Claret, 2003.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica.** Volume 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas.** 2ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2010.

MACHADO NETO, A. L.. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

_____. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito: conceito, objeto, método**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MAUS, Ingeborg. **Separação dos Poderes e Função Judiciária: Uma perspectiva teórico democrática**. In BIGONHA, Antonio Carlos e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MONDIN, Battista. **Os Valores Fundamentais**. Bauru/SP: EDUSC, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Poder, Direito e Estado: O Direito Administrativo em tempos de Globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MURICY, Marília. **Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico**. in BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigues (orgs.). **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **A constitucionalização simbólica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

PAES, João Hélio Ferreira. **A Constitucionalização de Direitos Humanos Elencados em Tratados**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa/Portugal: Edições 70, 2006.

PAULA, Felipe de. **A (De)Limitação dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PÊPE, Albano Marcos Bastos. **O Jusnaturalismo e o Juspositivismo Moderno**. In COPETTI SANTOS, André Leonardo; STRECK, Lenio Luiz e ROCHA, Leonel Severo. **Constituição, sistemas Sociais e Hermenêutica**. n.3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.9-26.

PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los Derechos Fundamentales**. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2007.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

QUINTANA, Eduardo Martín. **Notas sobre el derecho en el iusnaturalismo**. Buenos Aires: EDUCA, 2008.

RAMÍREZ, Martín Agudelo. **El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos**. Bogotá: Editorial Temis, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REQUIÃO, Maurício. **Normas de Textura Aberta e Interpretação: Uma análise no adimplemento das obrigações**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica**. São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: Aportes hermenêuticos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, s/a.

_____. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e Democracia: Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite . **Teorias Constitucionais em Perspectiva: Em busca de uma constituição pluridimensional**. In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Crises e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTIAGO NINO, Carlos. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de Filosofia Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermenêutica: Arte e técnica da interpretação**. 8ª ed. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2010.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SIEYÈS, Joseph Emmanuel. **A Constituinte Burguesa**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Um pouco de Direito Constitucional comparado**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico.** in SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005, p.115-143.

_____. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da e HÜBNER MENDES, Conrado. **Habermas e a Jurisdição Constitucional.** in NOBRE, Marcos e TERRA, Ricardo. **Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas.** São Paulo: Malheiros, 2008, p.199-222.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva, 2010a.

_____. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2010b.

STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à Filosofia.** 2ª ed. Ijuí/RS: Editora Unijuí, 2005.

_____. **Antropologia Filosófica: Questões epistemológicas.** Ijuí/RS: Editora Unijuí, 2009.

_____. **Aproximações sobre Hermenêutica.** Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

_____. **Compreensão e Finitude: Estrutura e movimento da interrogação Heideggeriana.** Ijuí/RS: Editora Unijuí, 2001.

_____. **Mundo Vivido: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia.** Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

_____. **Diferença e Metafísica: Ensaio sobre a desconstrução.** Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

_____. **Gadamer e a Consumação da Hermenêutica.** in STEIN, Ernildo e STRECK, Lenio (orgs.). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

_____. **Pensar e Errar: um ajuste com Heidegger.** Ijuí: Ed. Unijuí, 2011b.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da Construção do Direito.** 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas.** *in.* STRECK, Lenio e STEIN, Ernildo (orgs.). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNSTEIN, Cass R.. **A Constituição Parcial.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Tribunal e Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

_____. **Paradigmas do judicialismo constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. **Introdução Geral ao Direito: A epistemologia jurídica da modernidade.** v. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigaciones Filosóficas.** Barcelona/Espanha: Altaya, 1999.