

Carlos Alberto Simões de Tomaz

DEMOCRACIA e JURISDIÇÃO: Entre o texto e o contexto!

São Leopoldo/RS

2010

Carlos Alberto Simões de Tomaz

DEMOCRACIA e JURISDIÇÃO: Entre o texto e o contexto!

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Orientador: Prof. Pós-Doutor José Luis Bolzan de Moraes

São Leopoldo/RS

2010

T655d Tomaz, Carlos Alberto Simões de.
Democracia e jurisdição : entre o texto e o contexto! / Carlos
Alberto Simões de Tomaz. – 2010.
387 f. ; 30 cm.

Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos,
Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010.
“Orientador: Prof. Pós-Doutor José Luis Bolzan de Moraes”.

1. Democracia. 2. Jurisdição. 3. Poder judiciário e questões
políticas. 4. Hermenêutica (Direito). I. Título.

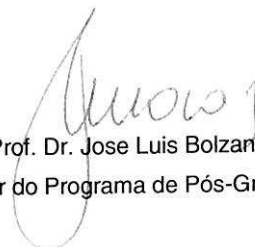
CDD 347.81012
CDU 342.56(81)

Catálogo na publicação: Bibliotecário Flávio Nunes, CRB 10/1298

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada “**DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO: Entre o texto e o contexto!**”, elaborada pelo doutorando **Carlos Alberto Simões de Tomaz**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **DOUTOR EM DIREITO**.

São Leopoldo, 21 de junho de 2010.


Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes

Membro: Dra. Gisele Guimarães Cittadino

Membro: Dr. Alexandre Bernardino Costa

Membro: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dra. Jania Maria Lopes Saldanha

RESUMO

Nesta tese o binômio *Democracia – Jurisdição* é questionado ao escopo de perquirir as possibilidades, limites e conformações do exercício da jurisdição com o princípio democrático. Com esse objetivo, a tese deságua na filosofia hermenêutica e aposta na experiência do direito como ciência cultural à guisa de ensejar respostas corretamente justificadas, porque considera que a vinculação do *texto* ao *contexto* socio-econômico-cultural expõe o repositório de “cristalizações culturais subjacentes” que vão vincular os conteúdos os mais variados (contexto cultural) aos elementos texto-estruturais. Aposta-se, assim, numa íntima imbricação do contexto cultural com as estruturas políticas, sociais e econômicas, com o objetivo de imprimir conformação à defesa da dignidade da pessoa humana como “premissa cultural antropológica”, vale dizer, interpretada como os valores fundamentais que constituem toda a principiologia da dignidade da pessoa, de tal sorte a constituir blindagens no processo jurídico decisório contra a velha e ainda presente maneira de divisar a experiência jurídica, a partir da autosuficiência do positivismo clássico, em nome da qual, o juiz se apresenta como sujeito solipsista, plenipotenciário, apto a, do recinto de seu gabinete, escolher as respostas que julga melhor convir ao direito. Por esse caminho, a tese expõe os níveis de discricionariedade e subjetividade próprios da filosofia da consciência que, de regra, as práticas jurídicas ainda revelam para, daí, privilegiar a compreensão da situação hermenêutica a partir de um matiz filosófico que conclama para a consideração da intersubjetividade na qual a totalidade do homem e a sua inserção no mundo são consideradas a partir da pré-compreensão (círculo hermenêutico), determinada pela consciência histórico-efetual que permite a abertura necessária ao acontecer da verdade que, não obstante originária, deve mostrar-se, no momento da *applicatio*, contextualizada, sobretudo, quando se considera a heterogeneidade social. É sob esse prisma que se valida a conformação da política pelo Judiciário a fim de que as promessas de modernidade vazadas nos textos constitucionais (ainda) dirigentes sejam cumpridas, quando a função garantidora de direitos reclama do Judiciário uma atuação no sentido de harmonizar as políticas públicas definidas na constituição, ao fito de ensejar inclusão, o que deve ser feito com o cuidado para não incorrer em assistencialismos, porém sem permitir omissões na definição e implemento das políticas públicas pelo Legislativo e Executivo. A tese conclama, assim, para que essa função garantidora, em nome da responsabilidade política do Judiciário, seja exercida com integridade moral e coerência de tal sorte que as conexões de sentido desveladas a partir do texto constitucional não se apresentem contramajoritárias, mas, ao contrário, revelem os valores e princípios comunitários tendo como norte o princípio dignitário. Nesse cenário, a tese aponta para as novas valências a partir das quais a experiência jurídica deve se desenvolver e reclama a arregimentação de um espaço dialógico, com a participação dos mais variados atores jurídicos e sociais, onde a decisão judicial possa ser construída sob a mediatização de um modelo de juiz, cuja atuação, voltada para imprimir conformação ao binômio *inclusão–exclusão*, torne a resposta certa tão necessária quanto a própria democracia.

Palavras-chaves: Democracia – jurisdição – texto – contexto – hermenêutica – cultura – verdade.

ABSTRACT

The thesis analyzes the relationship between democracy and jurisdiction in order to understand the legal decision-making process beyond the realm of legal positivism. To this end, this work intends to show that legal experience must take into consideration cultural aspects of rights with a decisive contribution from philosophical hermeneutics as well as the bond that should exist between legal texts and their cultural context. In order to bring about a different perspective on the principle of human dignity as a "cultural anthropological premise" the work will comment "the underlying cultural crystallizations" which binds legal texts and the cultural context. As such, contributions from philosophical hermeneutics are presented to show that every hermeneutical situation must be examined considering both intersubjectivity and man's insertion in the world according to his understanding of truth, enabling correct answers on issues of law and democracy. Thus, the thesis puts legal experience into a new paradigm by removing judicial discretion and viewing the judge as an organ of the community empowered to exercise the function of guarantor of fundamental rights in order to assure social inclusion.

Keywords: Democracy – jurisdiction – text – context – hermeneutics – culture – truth.

RESUMEN

La tesis analiza la relación entre la democracia y la jurisdicción a fin de comprender el proceso legal de adopción de decisiones más allá del reino del positivismo jurídico. Para ello, este trabajo pretende mostrar que la experiencia jurídica debe tener en cuenta los aspectos culturales de los derechos bajo de una contribución decisiva de la hermenéutica filosófica, así como el vínculo que debe existir entre los textos legales y su contexto cultural, con el fin de lograr una perspectiva diferente en el principio de la dignidad humana como una "premisa cultural antropológica" que debe considerar "las cristalizaciones culturales subyacentes" que une los textos jurídicos y el contexto cultural. Entonces, la contribución de la hermenéutica filosófica se presenta para demostrar que cada situación hermenéutica debe examinarse en relación con la intersubjetividad y la inserción del hombre en el mundo, lo que permite respuestas correctas en las cuestiones de derecho y la democracia. Así, la tesis pone la experiencia jurídica en un nuevo paradigma mediante la eliminación de la discreción judicial y ver al juez como un órgano de la comunidad con el poder de ejercer la función de garante de los derechos fundamentales con el fin de asegurar la inclusión social.

Palabras clave: Democracia - jurisdicción - texto - contexto - hermenéutica - cultura - verdad.

Dedicada a

Lenio Streck em testemunho de admiração e gratidão, e
Bolzan de Moraes, que compreende, e por isso sabe por quê...

Agradecimento

Sou grato a Suzana Beatriz Sena Teixeira Colen que teve a paciência de fazer a revisão filológica desta tese, apresentado, inclusive, aportes contitudísticos para melhor compreensão da exposição das idéias.

Não me esperem para a colheita, pois estarei sempre plantando.

Henrique Ordovás Filho

SUMÁRIO

Introdução.....	12
-----------------	----

Capítulo I - Substratos da pré-compreensão

1. Do Estado de Natureza ao Estado de Direito: libertatum, gubernaculum, iurisdictio e aequalitum.....	21
1.1 Entre gubernaculum e iurisdictio: uma relação possível.....	33
1.2 A experiência do Estado de Direito Liberal, Social e Democrático.....	52
1.2.1 Novo paradigma de legitimação: a subsidiariedade participativa nos trilhos da expansão ascendente do poder.....	71
1.2.2 Projeção externa da legitimação: o problema da falta de unidade e autonomia do direito. Centro, periferia e a sociedade global heterárquica.....	78
1.2.3 Repensando a igualdade sob o influxo da fundamentabilidade dos direitos humanos no fio condutor da Constituição Dirigente.....	90
1.3 Mais ainda sobre gubernaculum e iurisdictio. A versão contemporânea da crise: Judicialização da Política.....	115

Capítulo II – Pré-compreensão

2. Monismo, pluralismo e racionalidade.....	133
2.1 Racionalidade instrumental ou metodológica: o positivismo clássico com sua auto-suficiência metodológica sedutora.....	147
2.2 Pós-positivismo e racionalidade.....	173
2.3 Racionalidade argumentativa.....	176
2.4 Racionalidade discursiva ou comunicativa.....	184

Capítulo III - Compreensão

3. Nos trilhos da fenomenologia jurídica.....	197
3.1 A busca por respostas corretamente justificadas: o direito como ordem e hermenêutica e o direito como prática interpretativa coerente. A tese da (única) resposta certa	204
3.1.1 A ordem como um problema de vida, não apenas um objeto do pensar.....	205
3.1.2 A verdade como coerência: o direito como prática interpretativa a partir do pensamento de Dworkin.....	208
3.1.3 Em direção à verdade contextual.....	226
3.2 A hermenêutica filosófica.....	230

3.3 O “acoplamento” lingüístico-metodológico dos juristas e a decisão judicial como ato de compreensão existencial, finita e histórica, que se processa por meio da linguagem.....	237
3.4 Entre o texto e o contexto, o direito como experiência cultural a estabelecer limites ao irrompimento da compreensão, permitindo o acontecer da verdade.....	246

Capítulo IV - Pós-compreensão

4. Enfim, há resposta certa no direito? Ou de como sob uma pretensa validade de correção universal se oculta a descontextualização que impregna o discurso jurídico, no momento da <i>adjudication</i>, escamoteando a verdade como condição de possibilidade contextual....	260
4.1 A base teórico-ideal, pré-jurídica ou meta-jurídica da igualdade democrática: a homogeneidade relativa.....	265
4.2 As coisas como elas são: heterogeneidade e descontextualidade.....	270
4.3 A <i>Adjudication</i>: velamento e desvelamento da verdade nas proposições jurídicas.....	274
4.4 Validação empírica: o modelo de juiz re(velado) nas práticas judiciais	295
4.5 Nem Júpiter, nem Hércules, nem Hermes: construindo um modelo de juiz.....	334
5. Conclusão.....	350
Referências.....	371

Introdução

Em artigo publicado no final do século passado, José Hermano Saraiva se debruçava sobre o balanço do tempo. O jurista português assentava que “foi durante o nosso século que nasceu a expressão S.A. Estas duas iniciais queriam dizer, no século XIX, Sua Alteza; e passaram a significar, na nossa centúria, Sociedade Anônima. O anonimato elimina o freio moral. Uma S.A. pode fazer tudo o que nenhum dos seus acionistas aceitaria fazer.” Ele registrava que “A sociedade por “*ações*” (curioso termo!) foi o grande processo de lavagem de dinheiro e de eliminação de responsabilidades que representa um dos maiores “progressos” do nosso século... a responsabilidade não tem rosto, não tem língua, não tem olhos e é por isso que não vê as desumanidades que pratica, nem responde pelos crimes que comete.” E mostrando os males que assolam a vivência cotidiana do homem consumidor, de arsenal de valores morais esvaziado em defesa de pragmatismos tecnocratas e imperativos econômicos e por isso mesmo laicizado da fé, da esperança e da caridade (instrumento de conquista dos mercados dos pobres pelos ricos, que não obstante o crescimento do volume de bens não consegue corrigir as desigualdades), ele questiona se o balanço do século XX foi positivo ou negativo e insistindo em que a apuração do saldo é variável para cada um, ele estigmatiza a nota mais preocupante do século XX: o anonimato que, sem dúvida, afirmamos nós, introjeta-se no novo século, sobretudo pela consolidação das redes mundiais de comunicação. E o pensador português registra ao final: “ainda recentemente em Lisboa, responsáveis de alto nível proclamavam a urgência de encontrar um rosto para a Europa. Um rosto num mundo anônimo é como uma máscara num actor: serve mais para ocultar que para revelar. E o próximo século vai sentir fome e sede de verdade.”¹

Hoje, decorridos dez anos dessa colocação, ou seja, já ultrapassada a primeira década do novo século, tais questionamentos se impõem com bem mais intensidade. E recortando mais o tema, não temos dúvida de que o homem, que ultrapassa essa primeira década, tem, de fato, fome e sede de *verdade*.

¹ SARAIVA, José Hermano. “Balanço do Tempo, S.A.”. In: *Evasões*, ano 1, n. 12, abr./1999, Lisboa: Editora Volta ao Mundo, 1999, pp. 10 e 12, passim.

E, sob tal constatação, é que se avulta, afinal, perguntar como fez outrora o escritor português, mas imprimindo um maior recorte em direção à nossa ciência: Qual o rosto, a língua, os olhos do direito? Ou será que imerso numa realidade sombria de práticas objetivas o direito atravessou o século XX e caminha no século XXI anonimamente sob o influxo de *verdades* unificantes, cujo sentido uníssono não teria outro apelo senão esconder seu *verdadeiro* rosto, impedindo, desde aí, que a fala e os olhos dos excluídos nele não possam ser ouvida e vistos?

O direito que assim é experimentado encontra-se determinado por uma função nitidamente *simbólica*, onde sua autonomia e unidade estão expostas às ingerências da economia e da política, que, enfim, não impedem que ele se apresente com uma roupagem de conteúdo democrático, de fundamentabilidade dos direitos humanos e de promessas prestacionais de caráter social, quando, a bem da verdade, a vivência de tudo isso é reduzidíssima ou nulificada e, por isso, ele se tem prestado para manutenção do *status quo* social grassado por uma profunda exclusão que se acentua à medida em que os ideais neo-capitalistas liberais sufocam sua autonomia fazendo com que o Estado Social dependa dos interesses do capital.

O Estado Democrático de Direito ao imprimir arranjo às pretensões liberalizantes do capitalismo e às conquistas sociais da humanidade tenta domesticar as tensões daí decorrentes. Esse processo de domesticação passa – na experiência dos Estados periféricos, onde as conquistas sociais do mundo desenvolvido ainda não foram implementadas e constituem promessas acolhidas nas constituições –, pela consideração de que a Constituição Dirigente ainda se avulta como suporte normativo para o desenvolvimento do projeto de modernidade. Como fazer para que a Constituição deixe de ser um texto útil apenas para um direito e uma política simbólica? Nossa opção ainda é, para a modernidade periférica, a Constituição Dirigente.

Sob essa consideração, a atuação da jurisdição tem sido encarada como uma via para imprimir efetividade às políticas públicas voltadas para inclusão social. Os questionamentos que daí se apresentam vão desde a legitimação até a preparação dos juízes para tanto e, numa perspectiva radical tem-se objetado essa atuação sob o tradicional emblema da separação dos poderes ao modo montesquiano, chegando até aqueles que divisam em práticas judiciais concretizadoras um ativismo judicial defeso; seja em nome de uma combatida jurisprudência de valores que agrediria o princípio democrático manifesto na vontade da maioria ao eleger

conteúdos normativos; seja quando se divisa um decisionismo incompatível com o exercício da jurisdição e que conduziria a discricionariedades e arbitrariedades.

Esse é o ponto de partida desta tese e que revela suas razões preliminares. Dizendo de outra maneira, a elaboração do problema foi efetuada levantando e examinando as causas que conduziram, de um lado, ao fenômeno da *judicialização da política* e, de outro, à crise no Estado Democrático de Direito que pulsa de morte na árdua tarefa de domesticar a tensão entre *inclusão* e *exclusão* social, ou como com bastante propriedade afirma Bolzan, como “assegurar políticas públicas compensatórias de carências, desde que isto não signifique a negação dos fundamentos de suporte do *núcleo econômico do liberalismo* – o capitalismo – que vem recompensado com a socialização dos custos de infra-estrutura econômica, de hígidez para o trabalho e de um mercado consumidor em expansão, entre outros fatores.”².

A temática assim problematizada restou assentada, em termos de tempo e espaço, desde o conflito entre *gubernaculum* e *iurisdictio* remontando à experiência histórica das monarquias absolutistas da idade média até o aparecimento do Estado liberal burguês, seguindo-se da experiência do Estado Social até a compreensão da feição democrática onde é confrontada a experiência democrática das democracias maduras com a vivenciada pelas democracias periféricas, sobrelevando-se a experiência brasileira de modernidade tardia. O aporte de história da política foi recortado a partir, sobretudo, do pensamento de Nicola Matteucci que, inquestionavelmente, melhor retrata, em termos de literatura político-jurídica, os liames históricos para compreensão das raízes da crise *governo* (Executivo – Legislativo) e *jurisdição* ou, alargando os horizontes: *Democracia e Jurisdição*.

Impende assentar que o posicionamento das questões preliminares percorreu esse caminho ao escopo de evidenciar que a crise entre governo e jurisdição é antiga e já se projetava com a mesma feição, muito embora estivessem originalmente em causa outros direitos que não os sociais (as liberdades, desde a deambulatória de ir, vir e se deixar ficar e a liberdade de crença, sobretudo).

A importância da discussão sobre a *judicialização da política* veio a lume ao fito de validar a atuação da jurisdição na concreção dos direitos sociais. O recurso à jurisdição é tomado como via não exclusiva, ou seja, sem desconsiderar a atuação dos mais variados atores

² BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. “O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade”. In: *Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p.190.

sociais nesse processo inclusivo, não obstante a delimitação da tese com respeito apenas à atuação da jurisdição, deixando de lado a conformação da atuação dos outros atores sociais – o que não significa que ostentem menos importância no processo – apenas em defesa da economia da tese, que pretende se posicionar, uma vez validada a atuação da jurisdição por esse viés, sobre o caminho que se deve percorrer para esse desiderato. Colocando a questão com outras palavras, a tese busca resposta para como devem atuar os juízes nessa missão.

Enfrentada a questão a partir dessa perspectiva, chega-se ao tema central desta tese: como se alcançar respostas corretamente justificadas no Estado Democrático? O binômio *Democracia – Jurisdição* é passível de conciliação?

Nesse ponto, a tese abre espaço para por em evidência os caminhos sugeridos para a experiência jurídica palmilhar desde o positivismo jurídico com sua auto-suficiência metodológica altamente sedutora, passando pelas teorias argumentativas – crivadas, a partir do pensamento de Streck, para um segundo momento do processo de justificação porque a fundamentação não pode ser apenas racional-argumentativa, quando desde já e sempre está em causa nossa pré-compreensão – até se deparar com a tese de Dworkin segundo a qual existe uma (única) resposta certa em direito.

Conquanto empreste adesão ao pensamento de Dworkin em relação aos princípios³, porque estamos convencidos de que os direitos das pessoas decorrem não apenas dos textos jurídicos criados pelo legislador, mas igualmente dos princípios adotados pela comunidade, a tese se afasta da conclusão do autor norte-americano quando ele sustenta que em direito existe uma (única) resposta certa (*the right answer thesis*), para sustentar que a resposta certa em direito é apenas a adequada, aquela erigida a partir de uma situação hermenêutica determinada que vincula o intérprete aos efeitos da consciência histórico-efetual, que nos impele a considerar que somos determinados pelos fatos históricos que quando devidamente analisados, explicitados, numa palavra: interpretados, constituem, a alavanca da nossa compreensão, como sempre lembra Stein.⁴ O acontecer da *verdade* ocorrerá a partir do desvelamento de condição de possibilidade alçada na compreensão dos efeitos da história, na tradição, na faticidade, enfim, na

³ Dworkin traz os princípios e com eles a moral para dentro do direito. O pensamento de Streck vai para além disso quando, com aguçidade, divisa que, no caso brasileiro, a ascensão justificadora não precisa ir para além da Constituição, já que a moral coexiste com o direito no plano da Constituição brasileira de 1988, quando ela trouxe os princípios para dentro dela. Esses aspectos do pensamento desses autores, apresentados em vários momentos de suas obras, serão lembrados ao longo da tese, porque decisivos à sua compreensão.

⁴ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 76.

cotidianidade e se processa por meio da linguagem, que para além de mero meio que se interpõe entre o sujeito e a coisa, vê-se alçada à condição de possibilidade de compreensão.

Essas asserções conduzem à imediata conclusão de que a tese se ampara, nesse momento, na filosofia hermenêutica, que lhe serve de porto para evidenciar o processo de compreensão. E o faz a partir do pensamento de Heidegger, Gadamer e, sobretudo, a contextualização do pensamento desses filósofos dirigida ao direito das democracias periféricas, trazida a lume pela consolidada produção científica de Streck.

A partir desse ponto, os objetivos específicos da tese aglutinam-se para, reafirmando que a resposta não é única, sustentar que o sentido unívoco é incompatível com a realidade descontextualizada dos Estados, sobretudo dos Estados periféricos. Não há uma *homogeneidade relativa* que conduziria a igualdade à condição de virtude suprema pretendida por Dworkin, nem mesmo nos Estados de democracia madura, onde grassam níveis desejáveis de inclusão social⁵. Até mesmo nesses Estados, a policontextualidade se diz presente. Isso é facilmente visualizado quando se tem testificado, na experiência sócio-econômica de tais Estados, a chamada *periferização do centro* que tem conduzido a drásticas políticas imigratórias.

Por isso, o objetivo geral da tese sustenta que o irrompimento da compreensão, permitindo o acontecer da verdade, projeta-se entre o *textual* e o *contextual*, o que põe em evidência o direito com experiência cultural, pelo que a tese aporta no pensamento de Häberle para, elevando a experiência jurídica a uma experiência cultural, admitir que a correção das proposições jurídicas decorrem de uma compreensão contextualizada, o que aponta para a existência de uma *verdade contextual*.

Isso significa dizer que um mesmo texto pode ensejar respostas diversas quando submetido a diferentes contextos. Dito de outro modo, os sentidos que os textos jurídicos carregam devem ser desvelados sob a compreensão de uma realidade *contextualizada* de tal sorte que essa ou aquela resposta pode se avultar corretamente justificada numa situação hermenêutica considerada a partir do contexto sócio-econômico-cultural brasileiro, mas não será, quando alavancada a partir do mesmo texto, no contexto sócio-econômico-cultural norte-americano. Não

⁵ “A experiência histórica tem demonstrado níveis bastante distintos. Basta se olhar, hoje, sobretudo, para os âmbitos de promoção social na Escandinávia, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, para se observar o quanto se diferenciam. Porém, mesmo no mais exitoso deles, os elementos fundantes da economia liberal permanecem assegurados: propriedade privada, apropriação do lucro, etc. Evidencia-se que, no momento, não se mencionou o Brasil, seja pela dificuldade de classificá-lo como Estado Social, seja pela dívida histórica que necessita ser resgatada, ainda que sob os auspícios da Constituição Federal de 1988.” (BOLZAN DE MORAIS, 2008, p. 190).

é preciso, a bem da verdade, ir tão longe. Essa evidência pode, sem dúvida, ser percebida dentro de um mesmo Estado, onde, a par das gritantes desigualdades regionais, vive-se sob o pálio de heterogeneidade ou descontextualidade social.

É oportuno registrar que a validação da tese requer acentuada atenção para dois pontos. Primeiro; que não pode se entender, a partir da consideração de uma *verdade contextual*, que exista uma plurivocidade de sentidos postos à disposição do intérprete ao projetar o texto sobre o contexto. Definitivamente não se trata disso. A atribuição arbitrária de sentido e a eleição de pré-juízos inautênticos são interditados quando se considera, explica-se, esclarece-se, portanto, interpreta-se e, sobretudo, *contextualiza-se* a situação hermenêutica a partir da consciência histórico-efetual.

Se é verdade que “o homem possui a capacidade de construir linguagens com as quais se pode exprimir todo sentido (sem fazer idéia de como e do que cada palavra significa...)”, como afirma Wittgenstein, o que serviria de anteparo para a discricionariedade, é preciso, todavia, ter presente que a linguagem, que possibilita a compreensão, tem limites e esses limites, lembra igualmente Wittgenstein, constituem os limites de meu mundo⁶. Significa dizer que para uma contextualizada situação hermenêutica, não existem várias possibilidades de respostas a partir do texto considerado, mas aquela que adequadamente expressa o peso da consideração da consciência histórico-efetual. É isso que afasta a discricionariedade e não constitui óbice a que sob o mesmo texto, mas noutro contexto, outra seja a resposta certa. Não é por outro motivo que a tese recorta e põe em evidência o pensamento de Nelson Saldanha para quem “a ordem é um problema de vida, não apenas um objeto do pensar.”⁷

O segundo ponto que merece, em abono da tese, ser posto em evidência, considera que é comum em Estados de diversidade sócio-econômico-cultural tão gritante como o Brasil, uma decisão judicial proferida por um órgão judicial ser erigida a *primordial fundante* por juízes e tribunais espalhados por todo território nacional. Esse fenômeno, referenciado como objetificação do direito, imprime uma dessacralização do contextual, das especificações ou das circunstâncias e peculiaridades de fato que individualizam o caso concreto. Com a expurgação das circunstâncias de fato, o litígio se fungibiliza se comportando, sem maiores dificuldades, em

⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: EdUSP, 1993, pp. 165 e 245, passim.

⁷ SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 103.

certo precedente judicial engendrando, desde aí, a jurisprudencialização do direito sob o influxo de uma repetição de casos (supostamente) idênticos.

A tese, ao acenar o caminho para contextualização das decisões, apresenta-se em sentido contrário à reincidente questão da hipertrofia metodológica, que não raro se manifesta nos trabalhos científicos sob o influxo de um reducionismo hermenêutico de viés nitidamente quantitativo e que conduziria esta tese a simplesmente aferir decisões judiciais onde a questão hermenêutica restou colocada ou, digamos, deslocada. A questão metodológica que vamos desafiar volta-se, isso sim, para o exame da hodierna missão que a hermenêutica pode desempenhar: de um lado na contemplação teórica do direito e, de outro – e aqui reside o objetivo desta tese – na possibilidade de ensejar decisões corretamente justificadas no momento da *applicatio*.

A relevância de se continuar (sim, escrevemos deliberadamente *continuar* porque, apenas para ficar na realidade acadêmica brasileira, dezenas de teses doutorais se voltam para enfrentar o problema da verdade. Este programa de pós-graduação, aliás, testifica essa afirmação) questionando se há uma resposta certa para o direito – foi, é e será sempre – uma questão a merecer reflexão. Isso representa, desde já, uma certa limitação inteiramente condizente com o objeto pesquisado: não se pretende chegar a uma resposta certa para a indagação, queremos, ao contrário, mostrar caminhos a serem percorridos, sem nos furtarmos de eleger aquele que acreditamos melhor pode conformar a resposta corretamente justificada para o direito, porque estamos convencidos que tanto no plano teórico, quanto no prático, a resposta certa é possível e necessária no Estado Democrático

Enfim, metodologicamente, partimos da constatação de Heidegger no sentido de que nas crises dos conceitos fundamentais de uma ciência “vacila e se vê abalado o relacionamento das investigações positivas com as próprias coisas em si mesmas”. Mas resulta dessas crises tendências de colocar as pesquisas em novos caminhos, pelo que o peso, o progresso propriamente dito de uma pesquisa “não consiste tanto em acumular resultados e conservá-los em “manuais” [ou teses] mas em questionar a constituição fundamental de cada setor que, na maioria das vezes, surge reativamente do conhecimento crescente das coisas.”⁸

A crise enfrentada pelo direito nesses tempos ditos pós-modernos deve ser tratada de tal forma que, ao questionar seus fundamentos, permita guiar a sua pesquisa, a sua

⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*, vol. 1. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 35.

experiência, de modo reativo à domesticação do jurídico pelo econômico e pelo político, sem que isso implique, em sentido inverso, a domesticação pelo direito, do mundo da vida. Trata-se, na verdade, de uma conformação onde o direito assume a missão de dar centralidade regulativa aos mais variados sistemas sociais, o que faz não exclusivamente, mas ao lado, em parceria com os mais variados atores sociais, mantendo as tradicionais categorias jurídicas e introduzindo outras valências normativas em sua operacionalidade prática (*guide-line* de boas práticas, *standards* possibilitadores de controle, mecanismos de *governance* e de *accountability*, incremento à mediação, entre outros), numa perspectiva neo-institucionalista.⁹

A transposição da experiência jurídica para esse novo paradigma exige um novo modelo de fundamentação teórico-prática. É esse novo modelo que se tem em mira quando alvitramos a possibilidade de respostas corretamente justificadas a partir de uma verdade contextual pondo em evidência o direito como fenômeno cultural. A tese passa, portanto, por uma análise teórico-prática. Aqui e acolá são contextualizadas decisões judiciais¹⁰ inteiramente atravessadas por um viés metodológico crítico ao escopo de, confrontando as matrizes teóricas com as práticas jurídicas cotidianas indutivamente consideradas, chegar-se ao desejável nível de validação das proposições. A abordagem crítica é utilizada ao fito de evidenciar a necessidade de mudanças e alvitrar outra direção, outro referencial teórico que possa se mostrar útil à conformação da proposição apresentada.

A tese está alinhavada sob o enfoque da compreensão do direito. O roteiro, considerada essa circunstância, aponta que a tese se encontra estruturada em quatro partes. Na primeira, são apresentados os *substratos da pré-compreensão*, ou seja, o manancial necessário à compreensão do problema, especificamente, o detalhamento histórico do embate entre governo e jurisdição sob a perspectiva da construção do Estado de Democrático de Direito.

Na segunda parte, a *pré-compreensão* aborda os aspectos do positivismo jurídico e do pós-positivismo sob o viés das teorias da argumentação, apenas naquilo necessário a

⁹ Consultar CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da "constituição social")*. In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm.

¹⁰ Para uma melhor compreensão do confronto prático-teórico, algumas decisões, ou a contextualização delas tal qual apresentadas por alguns autores, são trazidas em nota de rodapé, o que inevitavelmente ensejou algumas notas mais extensas, pelo que desde já nos penitenciamos, mas optamos por deixá-las consignadas expressamente ao invés de deduzir apenas à simples referência por modo a ensejar um melhor exame e em proveito de uma boa contextualização, sobretudo naquelas decisões judiciais cuja publicação se resume à parte dispositiva, não se encontrando a fundamentação disponibilizada para consulta, nem mesmo pela internet, o que demandaria para o leitor o inconveniente de realizar uma consulta *in loco*.

ensejar a compreensão e conformação da tese. Na seqüência, sob o título de *compreensão*, configura-se a compreensão do direito como fenômeno. A hermenêutica filosófica a partir de Heidegger, Gadamer e Streck e de igual modo o pensamento de Dworkin em direção à tese da (única) resposta certa são analisados para, ao cabo, posicionar-se o direito como fenômeno cultural a partir do pensamento de Häberle.

Na última parte, intitulada *pós-compreensão*, a tese é contextualizada para se expor reativamente à tese dworkiniana da (única) resposta certa (*the right answer thesis*). Vários exemplos colhidos das práticas dos juízos e tribunais são examinados numa perspectiva de validação da conformação da política pelo Judiciário e também ao escopo de evidenciar o (des)velamento da verdade na *adjudication*.

Colocada como fato a conformação da política pelo Judiciário ao fito de fazer cumprir a constituição – *locus* onde de resto as políticas públicas estão definidas –, sobretudo nos países de modernidade tardia onde as promessas de modernidade se apresentam incumpridas, então, o importante, o que é decisivo, é como conformar a atuação dos juízes por esse caminho. Isso não poderia deixar de ser considerado, pelo que a tese enfrenta os modelos de juiz que a doutrina tem apresentado (Júpiter, Hércules e Hermes) e propugna pela construção de um modelo de juiz, o juiz Jasão, um juiz que se apresenta menos como órgão encarregado da função estatal e mais como órgão da comunidade, posto que com ela trabalha – a exemplo do mito (que se valeu dos argonautas) – congregando as experiências, esforços e conhecimento técnicos específicos e altamente complexos de variados atores, numa perspectiva que imprime maior legitimidade à atuação voltada, portanto, para apresentar um arranjo mais adequado ao binômio *Democracia – Jurisdição*.

Enfim, são alvitradas as conclusões de conformação com o intento desta tese: evidenciar a possibilidade de respostas corretamente justificadas para o direito a partir de uma experiência fenomenológica que aposta numa verdade contextual, como exigência da democracia.

Capítulo I - Substratos da pré-compreensão

O direito importa e é por isso que nos incomodamos com toda essa história.

Thompson

1. Do Estado de Natureza ao Estado de Direito: *libertatum, gubernaculum, iurisdictio e aequalitum*

Ressaltam Streck e Bolzan, na esteira de Macpherson¹¹, que o estado de natureza se constituiria numa *hipótese lógica negativa* no sentido de que não houve uma experiência histórica, tratando-se, portanto, de uma abstração destinada a justificar e servir de contraponto ao *estado civil* de tal modo que “se não estamos no interior da sociedade política, caímos no estado de natureza. Seria o estágio pré-político e social do homem”¹². Essa construção lógica delimita a ausência da sociedade civil, digamos, do Estado – obviamente na concepção irrompida a partir da derrocada da estrutura feudal com o advento das monarquias absolutistas, primeira expressão do Estado Moderno, o que conduz alguns autores a nomearem a experiência em sociedade antes desse átimo em que o poder não era exercido de forma racional (produto da razão), mas sobre o influxo da vontade divina, com outras nomenclaturas como *protoformas estatais*¹³ ou *formas estatais pré-modernas*¹⁴.

O estado de natureza foi teorizado no pensamento de Hobbes, Spinoza, Grotius, Puffendorf, Tomasius, Locke e Rousseau com o intuito de descortinar o aparecimento da sociedade civil sob o influxo de um pacto civil, um contrato (Teorias da origem contratual do Estado). Outros como Gumplowicz, Oppenheimer e Reclus erigem a sociedade civil sob o manto

¹¹ MACPHERSON, Crawford Brough. *A Teoria Política do Individualismo Possessivo de Hobbes até Locke*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p. 31.

¹² STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 32.

¹³ PINTO FERREIRA, Luís. *Teoria Geral do Estado*. 3ª ed., 02 vols. São Paulo: Saraiva, 1975, pp. 149 e 175.

¹⁴ STRECK e BOLZAN, op. cit. p. 20.

da dominação, da violência (Teorias da origem violenta do Estado)¹⁵. Outra corrente transpõe o estado de natureza sob a égide do direito de propriedade, ou seja, a partir do momento em que começa a se estruturar o regime da propriedade privada e conduzem a uma visão negativa do Estado na medida em que sustentam o seu desaparecimento, o que ocorreria com o desaparecimento das classes sociais após a revolução proletária, na esteira do pensamento de Engels e Marx.¹⁶

A superação do estado de natureza pelo contrato social vem sendo teorizada desde a antiguidade clássica. Pensadores como Aristóteles e Tomás de Aquino já haviam revelado a influência do consentimento ou da vontade na origem do Estado. Porém, o pensamento político foi marcadamente influenciado pelas concepções renascentistas que basicamente pretendiam que o pacto derivaria ou de uma situação de barbárie, onde os homens se encontravam em conflito uns com os outros (Hobbes e Puffendorf e.g), voltando-se Hobbes para a concepção de um poder absoluto, identificando o Estado com o o Leviatã, um deus moral que a todos tiranizava; ou de uma vontade untada na simpatia humana ou no amor nacional (Grotius e Tomasius), enquanto Locke e Rousseau alçavam um contrato político destinado a garantir a justiça e as liberdades¹⁷.

¹⁵ A origem violenta é sustentada, como regra, por muitos sociólogos. Entre eles, Reclus assim expressa seu pensamento: “Um atrevido, homem de idéias e de punhos, descobre um rochedo que domina um desfiladeiro entre dois vales férteis; aí se instala e se fortifica. Assalta os transeuntes, assassinando alguns e roubando o maior número. Possui a força; tem, portanto, o direito. Os viajantes, temendo a rapinagem, ficam em casa ou fazem uma volta. O bandido então reflete que morrerá de fome, se não fizer um pacto. Proclama que os viandantes lhe reconheçam o direito sobre a estrada pública e lhe paguem pedágio, podendo depois passar em paz. O pacto é concluído, e o astuto enriquece. Eis que um segundo herói, achando bom o negócio, esgarrancha-se no rochedo fronteiriço. Ele também mata e saqueia, estabelece “seus direitos”. Diminui assim as rendas do colega, que franze o cenho resmungando na sua fumaça, mas considera que o recém-vindo tem fortes punhos. Resigna-se ao que não poderia impedir; entra em combinação. Os viajantes pagavam um, terão agora que pagar dois: é preciso que todos vivam! Aparece um terceiro salteador, que se instala numa curva da estrada. Os dois veteranos compreendem que abrirão falência se forem pedir três soldos aos passantes, que, só tendo dois para dar, ficarão em casa, em vez de arriscar suas pessoas e bens. Arremessam-se sobre o intruso, que desancado e machucado, foge campo afora. Depois, reclama dos viajantes dois viténs suplementares em remuneração pelo trabalho de expulsar o espoliador e pelo cuidado em não deixar que ele volte. Os dois peraltas, mais ricos e poderosos que antes, intitulam-se agora “Senhores dos desfiladeiros”, “Protetores das estradas nacionais”, “Defensores da indústria”, “Pais da agricultura”, títulos que o povo ingênuo repete com prazer, pois agrada-lhe ser onerado sob o pretexto de ser protegido. Assim – admirai o engenho humano! – o banditismo se regulariza, se desenvolve e se transforma em ordem pública. A instituição de roubo, que não é o que o vulgo pensa, fez nascer a polícia. A autoridade política, que ainda nos diziam ser emanação do direito divino e benefício da Providência, constituiu-se a pouco e pouco pelos cuidados de salteadores patenteados, pelos esforços sistemáticos de malandrins, homens de experiência...” (RECLUS, Miguel Elias. *Les Primitifs*, citado por Azambuja a partir de PICARD, E. *Le Droit Pur*, p. 288. (AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 32ª ed. Porto Alegre: Globo, 1994, pp. 103 – 104).

¹⁶ Conferir PINTO FERREIRA, op. cit. p. 143- 144 e STRECK e BOLZAN, op. cit. p. 41 – 44.

¹⁷ PINTO FERREIRA, op. cit. pp. 140 – 141, passim.

A concepção contratualista de Hobbes, conquanto parta do pressuposto de que os homens são iguais por natureza, concebe esse estado natural balizado por egoísmo, paixões, insegurança e medo, desconfiança e discórdia, perigo e violência. Não há “um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra. Uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens (...) Tudo aquilo, portanto, que é válido para um tempo de guerra, em que todo homem é inimigo de todo homem, também é válido para o tempo durante o qual os homens vivem sem outra segurança senão a que lhes pode ser oferecida por sua própria força e sua própria invenção.”¹⁸

Nessa contextura¹⁹, as leis naturais voltar-se-iam para assegurar ao homem aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meio adequado à sua preservação. Decorreria daí a liberdade que permitiria ao homem renunciar direitos (privar-se da liberdade) em favor de outro ou outros para procurar a paz, donde emergiria o contrato que, na moldagem de Hobbes conferiria poder absoluto ao monarca.²⁰

Para Locke²¹, a passagem do estado de natureza para a sociedade civil decorreu, igualmente, dos percalços²² a que se expõe o exercício irregular e aleatório do poder próprio do

¹⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 98.

¹⁹ Hobbes prossegue delineando a situação do *Estado de Natureza* onde “não há lugar para a indústria, pois seu fruto é incerto. Seguramente não há cultivo de terra, nem navegação, nem uso das mercadorias que podem ser importadas pelo mar. Não há construções confortáveis, nem instrumentos para mover e remover as coisas que precisam de grande força. Não há reconhecimento da face da Terra, nem cômputo do tempo, nem artes, nem letras. Não há sociedade. E o pior do que tudo, há um constante temor e perigo de morte violenta. A vida do homem é solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta.” (Idem, *ibidem*).

²⁰ “A única forma de constituir um poder comum, capaz de defender a comunidade das invasões dos estrangeiros e das injúrias dos próprios comuneiros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente pra que, mediante seu próprio trabalho e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. Isso equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como representante deles próprios, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que os representa praticar ou vier a realizar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns. Todos devem submeter suas vontades à vontade do representante e suas decisões à sua decisão. Isso é mais do que consentimento ou concórdia, pois resume-se numa verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: “Cedo e transfiro meu direito de governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de que transfiras a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações”. Feito isso, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim *civitas*. Esta é a geração daquele enorme *Leviatã* [o monstro bíblico retratado em Jó, 3:8, 40 e 41], ou antes – com toda reverência – daquele deus mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa.” (Idem, pp. 130 – 131).

²¹ LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2004, pp. 92-94, *passim*.

²² Estes percalços, segundo Locke decorreriam da “falta de uma lei estabelecida, firmada e reconhecida pelo consentimento comum, que defina o que é justo e injusto e a medida comum para resolver controvérsias entre os homens” e da “falta de um juiz equânime e indiferente como autoridade reconhecida para ajuizar sobre as controvérsias de acordo com a lei estabelecida.” (op. cit, pp. 92 – 93).

homem que, na sua condição de liberdade – própria do estado de natureza – é livre e senhor de sua própria pessoa e de suas posses e a ninguém sujeito, de tal sorte que a abdicação de sua liberdade para se submeter a um governo decorreria da necessidade de manter sua própria vida e suas propriedades. O estado de natureza não constituiria em si um problema, pois existem leis – leis naturais – que devem ser respeitadas por todos. A desobediência é que geraria a situação patológica do estado de guerra permitindo que o lesado fizesse justiça com as próprias mãos à ausência de um juiz imparcial, decorrendo, daí, a necessidade do pacto que conduzisse à formação do governo civil que, monopolizando a justiça, acabaria com a justiça privada.

Rousseau conduziu o contrato social a um nível de teorização excepcional partindo de um acordo voluntário dos homens, os quais, ao contrário do defendido por Hobbes, eram por natureza bons sendo corrompidos pela vida social²³. Tendo como pressuposto que o interesse do homem será sempre o interesse privado, ele concebe um arranjo para projetar a privação da liberdade²⁴ em defesa de um pacto em nome do interesse geral. A cláusula funcionaria sob o seguinte influxo: se eu contribuo para a formação da autoridade permaneço livre, de tal sorte que a liberdade encontra-se inerente na lei livremente aceita: “o povo submetido às leis, deve ser o autor das mesmas”²⁵. As leis adviriam do acordo dessa vontade geral²⁶ que “é sempre reta; mas o julgamento que a dirige nem sempre é esclarecido”, pelo que Rousseau propugna por um legislador extraordinário que “ousando empreender a instituição de um povo deve sentir-se com capacidade de, por assim dizer, mudar a natureza humana”²⁷.

Contemporaneamente, a Teoria do Estado tem revisitado estes clássicos ao escopo declarado de melhor compreender as metamorfoses por que passa o Estado contemporâneo e divisar os caminhos a serem trilhados na sociedade globalizada. Autores como

²³ A tese do “bom selvagem” foi amplamente desenvolvida no *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*.

²⁴ “O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o tenta e pode alcançar; o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. Para que não haja engano em suas compensações, é necessário distinguir a liberdade natural, limitada pelas forças do indivíduo, da liberdade civil que é limitada pela liberdade geral (...) Poder-se-ia, em prosseguimento do precedente, acrescentar à aquisição do estado civil a liberdade moral, a única que torna o homem verdadeiramente senhor de si mesmo, posto que o impulso apenas do apetite constitui a escravidão, e a obediência à lei a si mesmo prescrita é a liberdade” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e outros escritos*. São Paulo: Cultrix, [?] p. 34).

²⁵ Idem, p. 49.

²⁶ “Quando digo que o objeto das leis é sempre geral, entendo que a lei considera os vassalos em corpo e as ações como sendo abstratas, jamais um homem como indivíduo, nem uma ação particular.” (ROUSSEAU, op. cit, p. 48).

²⁷ Idem, pp. 49 – 51, passim.

Crawford Brough Macpherson²⁸, Renato Janine Ribeiro²⁹, João Paulo Monteiro³⁰ e Norberto Bobbio desenvolvem interessantes ponderações sobre o pensamento de Hobbes muito bem sintetizadas por Guilherme Merolli³¹, onde se destacam a similitude do estado de natureza com o modelo de sociedade de mercado possessivo, sustentada por Macpherson e contrariada por R.J. Ribeiro, sobretudo pelo argumento de que o direito à propriedade não foi considerado como um direito natural por Hobbes; a identificação do homem natural de Hobbes com o homem burguês, na visão ideológica de J. P Monteiro.

Bobbio³² que considera Hobbes não um liberal, mas um conservador, na medida em que não encampava o movimento liberal comandado pelos *whigs*, mas se alinhava aos *tories*, partido conservador, que albergava os interesses da alta nobreza inglesa, como os da família Cavendish, sob cujo abrigo vivia Hobbes. Daí, sustenta Bobbio que para Hobbes, o direito à propriedade privada é constituído pelo soberano, não existindo no estado natural, do mesmo modo que, defendendo o poder soberano, forte, indivisível, capaz de resolver os conflitos e estabelecer o que pertence a cada um, estabelece uma desigualdade ineliminável entre o monarca e os súditos, que se submetiam ao poder na sociedade civil para suprimir a igualdade da insegurança³³, que seria a igualdade entre os homens vigente no estado de natureza.

A releitura do pensamento de Locke tem sido divisada a fim de aquilatar *o individualismo proprietário entre o público e o privado*³⁴. A questão centra-se modernamente em

²⁸ Vide nota nº 11.

²⁹ Vide RIBEIRO, Renato Janine. *Ao Leitor sem Medo: Hobbes Escrevendo o seu Tempo*. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

³⁰ Vide MONTEIRO, João Paulo. Prefácio. In: HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. 2ª ed. Lisboa: INCM (Estudos Gerais – Série Universitária – Clássicos da Filosofia).

³¹ MEROLLI, Guilherme. “A Interpretação do Pensamento Político de Thomas Hobbes”. In: FONSECA, Marcelo Ricardo (Org). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp 47 - 64.

³² Vide BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

³³ Outra releitura do pensamento de Hobbes tem sido tomada no âmbito das relações internacionais. Considera-se a insegurança das relações no estado de natureza como ponto de partida para o enfrentamento dos riscos na *sociedade anárquica* (vide BULL, Hedley. *A Sociedade Anárquica. Um estudo da ordem na política mundial*. São Paulo: IOE/UNB/IPRI, 2002) a partir do realismo político, procurando equacionar estes riscos sob uma perspectiva teórica que esboce “os contornos de uma sociedade internacional fundada em normas e instituições” (Cfe. SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de. *Hobbes e a Segurança Global num ambiente internacional de anarquia*. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz e ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Porto Alegre, 2006, pp. 77 – 90).

³⁴ Conferir, nesse sentido – e a expressão foi por ele tomada a partir do pensamento de BARCELONA, Pietro. *El Individualismo Proprietário*. Madrid: Trotta, 1996, e RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. “Locke e a Formação da Racionalidade do Estado Moderno: o Individualismo Proprietário entre o Público e o Privado”. In: FONSECA, Marcelo Ricardo (Org). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp. 65 – 78.

precisar os limites entre o espaço de liberdade (privado, de autonomia da vontade) e o público. Tem-se concebido em Locke a propriedade sobre os bens como uma forma de assegurar a manutenção da vida e da liberdade³⁵ e “a espacialidade privada, segundo essa racionalidade, se coloca no âmbito da propriedade e, mais amplamente, na liberdade para acumulação de capital. O público, a seu turno, se coloca externamente a esse espaço de liberdade, como meio assecuratório dessa acumulação”. A função do Estado, a partir daí, seria a de garantidor das “propriedades” contra a ingerência alheia.

Projetada contemporaneamente, a clivagem entre o público e o privado resultaria em tutelar uma igualdade formal onde o Estado assegura a titularidade – agora aos cidadãos – mas o acesso é tolhido pelos livres. Atento a isso, Bolzan indaga se “a alternativa ao projeto civilizatório do Estado apresenta-se como a reinstauração da fragmentação feudal ou a barbárie natural hobbesiana (?)”³⁶

Ruzik alerta para a experiência contemporânea que “ao mesmo tempo em que coloca como autônomo, o sistema acaba por levar a liberdade do homem a um nível extremo: ele não é mais obrigado a produzir normas, construir civilização”. E revela o paradoxo dessa liberdade na medida em que “é um espaço em que só resta ao homem ocupar-se de si mesmo. Fora desse estreito espaço, a liberdade do homem é engessada, uma vez que, conforme afirma o autor (ele refere-se a Pietro Barcelona³⁷), “ninguém mais pode ditar regras”” e o homem se torna um sujeito débil “que se deixa arrastar passivamente pelo mar da mobilidade social”, que conduz à abstração do público “que não se legitima por uma efetiva liberdade política, como condição de cidadania, mas por uma simples repetição de procedimentos, que se autolegitimam por uma racionalidade sistêmica que reproduz a si própria. A tal ponto de o consumo se confundir com cidadania.”³⁸ Isso conduz ao acerto da afirmação de Saldanha no sentido de que “muita gente parece pensar que a democracia significa a igualitarização no plano privado, quando no plano público é que a igualdade democrática se situa basicamente (alguns parecem chegar a crer que a

³⁵ Ruzik chama a atenção para a circunstância de que “Locke designa as liberdades que se colocam no estado de natureza como “propriedades”. Assim, a vida, a liberdade e a propriedade sobre bens se colocam como espécies do gênero propriedade.” (RUZIK, op. cit. p. 70).

³⁶ BOLZAN DE MORAIS, 2008, p. 189.

³⁷ Vide nota nº 34.

³⁸ Cfe. RUZIK, op. cit. pp. 72 e 75, passim.

igualdade “democrática” significa todo mundo de calças jeans e sandálias de borracha, e de preferência os homens com barba para ninguém parecer diferente).”³⁹

Já em relação a Rousseau a atenção contemporânea⁴⁰ se volta, entre outros temas, para a questão da representatividade em face do conceito de vontade geral atrelada no seu pensamento a uma prática empírica de vontade da maioria⁴¹. O problema hodiernamente descortina sobre o caráter ético que se deve projetar na vontade geral, que restaria aquiescida não apenas em dimensão quantitativa⁴², mas na qualidade com que ela se alavanca. Isso, conquanto implique em distinguir como fez Rousseau a *vontade de todos* da *vontade geral*⁴³, deita profundos questionamentos sobre como o conceito de vontade geral teorizado por Rousseau tem

³⁹ SALDANHA, Nelson. *O Jardim e a Praça. Ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 28.

⁴⁰ Ressalta Bonavides que “A imensa bibliografia dos intérpretes, que daria para compor toda uma biblioteca, pode, contudo, reduzir-se do ponto de vista ideológico, a três posições fundamentais: a posição direitista, que vê na *volonté générale* a idéia de integração política, de onde se parte para o Estado totalitário das modernas variantes conservadoras e reacionárias; a posição centrista, dos autores que exprimem seu desengano com o filósofo que se lhes afigura, em grande parte, destituído de coerência, nexos e unidade lógica, e estar, aqui e ali, assinalado por contradições inevitáveis, ou que aceitam, sem mais debate, a teoria democrática como produto acabado, que esta apenas vincula ao liberalismo, à maneira do que fizeram com os seus artefatos constitucionais os publicistas do século XVIII e particularmente os da primeira metade do século XIX; e por último, a posição esquerdista dos que associam dialeticamente a doutrina de Rousseau à evolução do moderno pensamento político e, tanto quanto os primeiros, mas de modo distinto destes, percebem a admirável linha de unidade a que se prestam, para uma construção doutrinária mais firme, os princípios políticos versados nas obras capitais do pensador.” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p.166.)

⁴¹ ROUSSEAU, op. cit. pp. 41, 103 – 105.

⁴² No dizer de Quintana “a vontade geral não surge da imposição da vontade da maioria sobre a vontade da minoria, e sim de um resultado proporcional entre os interesses de ambas.” (QUINTANA, Fernando. “ROUSSEAU, Jean-Jacques”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006, p. 750.

⁴³ Rousseau distingue a vontade geral dirigida ao interesse comum, da vontade de todos vinculada ao interesse privado escrevendo que “enquanto numerosos homens reunidos se consideram como um corpo único, sua vontade também é única e se relaciona com a comum conservação e o bem-estar geral (...) Mas, quanto o vínculo social começa a afrouxar e o Estado a enfraquecer, quando os interesses particulares principiam a fazer-se sentir e as pequenas sociedades a influir sobre a grande, o interesse comum se altera e encontra opositores; a Humanidade não reina mais nos votos; a vontade geral deixa de ser vontade de todos (...) então a vontade geral emudece, todos guiados por motivos secretos, deixam de opinar como cidadãos, como se o Estado jamais houvesse existido, e são aprovados falsamente, a título de leis, decretos iníquos cujo único fim é o interesse particular. Segue-se, daí, que a vontade geral esteja debilitada ou corrompida? Não; ela é sempre constante, inalterável e pura; mas está subordinada a outras que a subjagam. Cada qual destacando o seu próprio interesse do interesse comum, percebe que os não pode dividir completamente; mas parece-lhe insignificante sua parte do mal público perto do bem exclusivo de que deseja apropriar-se. Excetuado esse bem particular, cada qual pretende o bem geral em seu próprio interesse, nisso empregando o mesmo ardor que os demais. Mesmo vendendo o sufrágio a peso de ouro, não extingue em si a vontade geral, engana-a. O crime que comete está em mudar o estado do problema e em responder outra coisa que não a que se lhe pergunta; de sorte que, ao invés de dizer, no concernente ao seu sufrágio, *é vantajoso ao Estado*, diz: *é vantajoso a tal homem, a tal partido* (...) *que seja aprovada esta ou aquela opinião*.” (ROUSSEAU, op. cit. p. 104).

sido recepcionado na tradição da democracia constitucional, conforme assentua Testoni⁴⁴, sobretudo quando se divisam perigos para a autonomia da vontade e a vivência dos direitos humanos em face da tomada de decisões político-jurídicas amplamente questionáveis por setores os mais diversos interessados em salvaguardar não a vontade geral, voltada para o interesse comum, mas a vontade de grupos, associações, corporações, etc. Essa questão se avultará, adiante, relevante para considerarmos a atuação da magistratura no Estado Democrático de Direito.

Enfim, a obra de Rousseau, alavancada a partir de um pessimismo da corrupção do bom selvagem que *nasceu livre e se encontra escravizado por toda parte*⁴⁵, dirige-se ao otimismo da vontade geral que redime o homem, nas palavras de Bonavides “se há em sua dor as lamentações da liberdade perdida, do estado natural de bondade e ventura, a sociedade, ao recompor-se nas bases ideadas por Rousseau devolve ao homem a liberdade que ele já não possui, a liberdade pela qual se batera angustiosamente e que lhe pertence como um direito.” Mas não se trata apenas de uma liberdade tal qual a concebida nos moldes de Hobbes e Locke (profundamente erigida sob o influxo de um individualismo voltado para garantir a segurança e a propriedade). A liberdade é devolvida por meio de uma vontade geral que ajuda a concretizar. Daí porque prossegue Bonavides afirmando que “Esse homem não existe, porém, no particular, senão no geral; é social e não individual. Foi isso o que Hegel viu de assombroso em Rousseau, o único que teria enxergado claro, já no século XVIII, a essência da liberdade.”⁴⁶

Sob essa perspectiva, a história da pugna entre *autoridade x liberdade* que desembocará, no Estado Democrático de Direito, no crucial problema dos limites ao exercício da jurisdição, estava apenas começando...

Com efeito, no espaço democrático hodierno, se de um lado, as *regras do jogo* estão estabelecidas em um amplo pacto político originário do contratualismo, onde essas regras são definidas

não para impedir que este [o jogo] se estabeleça e desenvolva, mas para assegurar que serão os próprios jogadores os titulares da ação de jogar, sabedores das circunstâncias, das garantias e dos riscos que envolvem tal ato,

⁴⁴ TESTONI, Saffo. “Vontade Geral”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, vol. 1. Brasília: UNB, 2007, pp. 1298 – 1299, passim.

⁴⁵ Tradução livre nossa da expressão etimológica: *L’homme est né libre, et partout il est dans les fers*, que abre o Título I do Livro I do *Contrato Social*.

⁴⁶ BONAVIDES, 1993, pp. 166 -167, passim.

não ficando à mercê de eventuais poderosos, ou mesmo de maiorias constituídas aleatoriamente com a utilização de instrumentos político-midiáticos ou financeiros, bem como para desenhar uma *pauta mínima de conteúdos* que expressem valores básicos a orientar uma sociedade justa e solidária.⁴⁷

De outro lado encontra-se o *jogo das regras*. Na verdade, o confronto das *regras do jogo x o jogo das regras* tem conduzido, hodiernamente, a uma supremacia do *jogo das regras* onde agentes os mais variados – no afã de satisfação de interesses absolutamente individuais – tentam (o pior é que têm conseguido) deturpar, vilipendiar ou mesmo suprimir as *regras do jogo*. É o jogo desleal da imprensa. É o jogo desleal de internautas. É o jogo desleal de políticos. É o jogo desleal do neo-capitalismo-liberal. É o jogo desleal de delegados de polícia, de membros do ministério público e de magistrados. É, enfim, o jogo desleal de nós mesmos conquanto cidadãos, quando fazemos uso das *regras do jogo* tredestinando suas finalidades. Aí o Direito padece. A Justiça fica enferma. E quem sai vitorioso e fortalecido é um individualismo exacerbado que se volta para incutir e conduzir uma supremacia não prevista pelas *regras do jogo* ao princípio da liberdade de expressão e da livre iniciativa.

A bandeira da *autonomia da vontade* nunca foi tão longe içada e nunca serviu de máscara para fertilidade do neo-capitalismo atroz que abarca os interesses de grupos os mais variados que vão desde os detentores dos meios de comunicação aos multiplicadores de capital. O cenário em que vivemos permite, sem dúvida, questionar se não estaríamos diante de um retorno ao estado de natureza, onde as leis naturais voltar-se-iam para assegurar ao homem aquilo que seu próprio julgamento e razão (*autonomia da vontade*) lhe indiquem como meio adequado de viver e portanto à sua preservação. Olvida-se que a passagem do estado de natureza para a sociedade civil decorreu exatamente do fracasso do individualismo exarcebado,

No *individualismo extremo* que hoje se propaga em defesa da *autonomia da vontade*, o indivíduo aparece como o *melhor juiz de seus próprios interesses*⁴⁸. A figura de Narciso é sua identidade contemporânea. No dizer de Lipovetsky:

Instala-se um novo estágio de individualismo: o narcisismo designa o surgimento de um perfil inédito do indivíduo nas suas relações consigo mesmo e com o seu corpo, com os outros, com o mundo e com o tempo no momento em que o “capitalismo” autoritário cede lugar a um capitalismo hedonista e

⁴⁷ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 68.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política – a filosofia política e a lição dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 417.

permissivo. A idade de ouro do individualismo, concorrente no nível econômico, sentimental no nível doméstico, revolucionária nos níveis político e artístico, chega ao fim e um individualismo puro se desenvolve, desembaraçado dos últimos valores sociais e morais que ainda coexistiam com o reino glorioso do *homo oeconomicus*, da família, da revolução e da arte; emancipada de qualquer enquadramento transcendental, a própria esfera muda de sentido, uma vez entregue aos desejos variáveis dos indivíduos. Se a modernidade se identifica com o espírito do empreendimento e com a esperança futurista, é claro que, devido à sua indiferença histórica o narcisismo inaugura a pós-modernidade, a última fase do *homo aequalis*.⁴⁹

A apatia pelo público conduz ao hiperinvestimento do espaço individual ensejando uma visão hedonista da vida onde, desvela Lipovetsky:

viver o presente, nada mais do que o presente, não mais em função do passado e do futuro: é esta “perda de sentido da continuidade histórica” (sobretudo) quando o futuro aparece ameaçador e incerto, resta debruçar-se sobre o presente, que não paramos de proteger, arrumar e reciclar, permanecendo em uma juventude sem fim. Ao mesmo tempo em que coloca o futuro entre parênteses, o sistema procede à “desvalorização do passado”, em razão de sua avidez de soltar-se das tradições e das limitações arcaicas, de instituir uma sociedade sem amarras e sem opacidade; com essa indiferença pelo tempo histórico instala-se o “narcisismo coletivo”, sintoma social da crise generalizada das sociedades burguesas, incapazes de enfrentar o futuro de outro modo, a não ser com desespero. E sob a aparência de modernidade, o essencial não está escapando por entre os nossos dedos?⁵⁰

Nesse quadro cada um pode fazer o que bem entender e ser o que bem quiser, mas, lembra com precisão Machado Silva a lição de Lipovetsky: é quase impossível encontrar uma mulher que queira ser gorda! Em outras palavras, prossegue o sociólogo gaúcho na esteira do filósofo francês, afirmando que:

a sociedade hipermoderna cria novas imposições e cobra novas posturas. A liberdade pode ter um preço muito alto: a frustração (...) A única forma de não perder, no entanto, é não participar do jogo. Nos tempos modernos, jogar faz parte da regra. Afinal, só a vitória pessoal interessa. Jogar significa estar conectado. Estar no jogo significa existir. Só há existência na tela dos acontecimentos. Todo acontecimento representa uma novidade. Não há verdadeira novidade sem moda. Entramos num presente perpétuo. Não. Deixamos de cultivar o futuro, mas não paramos de saquear o passado.⁵¹

⁴⁹ LIPOVETSKY, Gilles. *A Era do Vazio. Ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Barueri, SP: Manole, 2006, p. 32.

⁵⁰ Idem, p. 33, passim.

⁵¹ MACHADO DA SILVA, Juremir. “A Sociedade da (in)comunicação e da (in)diferença”. In: LIPOVETSKY, Gilles. *A Sociedade da Decepção*. Barueri, SP: Manole, 2007, Apresentação, p. xix.

Na sociedade hipermoderna, segundo Lipovetsky, há uma onda de decepção que não é tanto falta de conforto pessoal, mas a desagradável sensação de desconforto público e a constatação de conforto alheio⁵². E para fazer face à decepção, “os indivíduos já não dispõem dos hábitos de vida de piedade ou das convicções “prontas e acabadas”, que costumavam atenuar suas dores e mágoas. De agora em diante, compete a cada pessoa procurar as próprias tábuas de salvação, cada vez com menos suporte e alívio provenientes da esfera do sagrado. A sociedade hipermoderna é propriamente aquela que multiplica ao infinito as ocasiões de experiências frustrantes...”⁵³, mas, ao mesmo tempo, coloca em jogo as múltiplas possibilidades de reação consubstanciadas em circunstâncias propícias à recreação e ao gozo.⁵⁴

A engenhosidade dos que comandam a sociedade hiperconsumista de matiz nitidamente neo-capitalista-liberal aposta nesse individualismo, na indiferença pelo público, e se ocupa de infundir e difundir os meios que, consabidamente, causem frustração de maneira a garantir o consumo dos paliativos pingados gota a gota, cuja procura e aquisição mantenham a circularidade do sistema a partir da hegemonia do código binário *ter/não-ter* e assegure a racionalidade inerente ao próprio sistema onde o indivíduo é relegado a um ser supérfluo perante o universo tecnológico. Não é por outro motivo que Pietro Barcelona registra que:

No triunfo da indiferença tudo é “particular”, insuscetível de generalização (positiva ou negativa): a guerra não é total, a transgressão não é revolução; a

⁵² “não é difícil imaginar o grau de amargura e ressentimento experimentado pelos jovens que permanecem inativos anos e anos a fio, valendo-se de pequenos trabalhos temporários, estágios e outros expedientes, sem garantir seu acesso à sociedade hiperconsumista e, decididamente, impedidos de ter qualquer espécie de auto-estima. No outro lado do pêndulo da vida, em razão do insanável desemprego das pessoas com mais de 50 anos, observamos também uma situação não menos decepcionante. De fato, como poderia um indivíduo não sentir irritação quando se perceber “abandonado após ter sido sugado”, “inaproveitável” para todos os efeitos, considerado inútil aos olhos da sociedade? Diante disso, essas pessoas passam por uma sensação de humilhação e de derrocada pessoal, quando, noutros tempos, situações do gênero eram vistas como decorrência natural do próprio estado de vida. Agora, pelo contrário, êxito ou fracasso profissional são atribuídos à responsabilidade exclusiva de cada um. De repente, é a vida em seu conjunto que assume o aspecto de uma grande confusão, inclusive com o sofrimento moral de não estar em condições de prover a si mesmo, ou de construir o próprio edifício da felicidade. Em suma, mesmo os que exercem algum trabalho não estão isentos por completo da crise da desilusão. Inumeráveis estudos descrevem agora gerentes acometidos de estresse, ceticismo, descontentamento, indiferença: são os novos desiludidos da empresa. Aqueles que obtêm diplomas e títulos de pós-graduação estão muito distantes de ascender a cargos condizentes com seus anseios e habilitações. Ao mesmo tempo, os assalariados cada vez mais se queixam de não serem bem aproveitados pelo superior hierárquico, além de não receberem o devido apreço dos demais funcionários ou dos clientes. A escala da decepção não é, única e exclusivamente, consequência das demissões, das transferências de pessoal ou da gestão causadora de angústia em relação às potencialidades de cada um. Tem raízes também nos ideais individualistas de satisfação pessoal, veiculados em grande escala pela sociedade hiperconsumista. O ideal de bem-estar já não é meramente de teor material: interpenetrou na própria vida profissional, que deve corresponder agora a uma realização pessoal.” (LIPOVETSKY, Gilles. *A Sociedade da Decepção*. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 15.).

⁵³ Idem, p. 7.

⁵⁴ Idem, ibidem.

anomalia não é irrecuperável. Tudo é consentido em pequenas doses, tal como o veneno usado como vacina. Caso e lei parecem ter-se encontrado em estranho equilíbrio sem mediação. Na realidade, esta sociedade que paradoxalmente mantém junto uma indiferença extrema e o culto do particular, que não reconhece qualquer tensão entre individualidade e universalidade, entre sujeito e objeto, encontrou o seu mais eficaz mediador que a história conheceu: a mediação do “espelho prismático”, capaz de refletir todas as figuras, os desejos, as paixões, e de restituí-las ao destinatário como uma imagem personalizada e ao mesmo tempo múltipla.⁵⁵

Efetivamente, a pergunta pelo lugar, forma e conteúdo da decisão – desde a decisão pessoal àquela que constitui o objeto de nossa preocupação nesta tese: a decisão judicial – na sociedade hipercomplexa, impõe a consideração da mediação prismática que se apresenta tendo como substrato a complexidade, pois é exatamente aí, isto é, na complexidade social, que a funcionalidade do sistema social torna possível ou afasta as representações que não correspondam às diversas faces do prisma, tudo guiado sob o influxo de programas de informática inteiramente hábeis a dispensar a intermediação pessoal ao colocar o homem em contato com a informação, de tal sorte que ele se apresenta paradoxalmente isolado e conectado a uma sociabilidade adrede programada ciberneticamente.⁵⁶

⁵⁵ BARCELONA, Pietro. *O Egoísmo Maduro e a Insensatez do Capital*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 17.

⁵⁶ Explicando a “mediação prismática” e os seus efeitos Pietro Barcelona registra: “A mediação prismática é uma mediação ao mesmo tempo “totalizante” – porque todas as imagens são refletidas e nenhum ângulo pode afastar a “rapacidade” do prisma – e estraçalhada, já que nenhum ponto está em condições de “representar” a unidade do objeto-sujeito. Paradoxalmente, a mediação prismática dissolve as precedentes mediações e a relativa duplicidade (sujeito-objeto, particular-geral, finito-infinito), mas não produz realmente a imediatez de uma percepção procurada na informação simbiótica entre o eu e o mundo – entre o “ego” e o “alter” – e nem a consciência da intransbordável distância entre o “si mesmo” e o “outro” (representáveis apenas pelo simbolismo da idealização). Multiplicada ao infinito a mediação da reflexividade, pelo prisma da polifuncionalidade sistêmica, tornando impossível todas as outras “representações” que não correspondam às diversas faces do mesmo prisma. A mediação prismática recolhe a quebradeira e a organiza na geometria do prisma. O prisma é o novo organizador do monismo individual e, ao mesmo tempo, a sua dissolução na fuga das imagens não-comunicantes. O modelo implícito da mediação prismática é a grande trama dos circuitos da informática e a estrutura da relação que se institui entre o singular e a “máquina pensante”. O computador é realmente o novo candidato a mediador geral e exclusivo entre o eu e o mundo. Aparentemente, a mediação prismática (como a comunicação informática) realiza o máximo de personalização da informação entre o singular e o mundo externo. Basta pensar no tratamento informático dos problemas da educação, da aprendizagem e da informação. É assim uma hipótese realista do ensino e da educação concretizadora por meio de uma programação cibernética, que permite a cada um escolher os argumentos e as informações sobre as quais basear o próprio curso de estudo e o processo cognitivo da realidade. O mestre parece fatalmente destinado a ser substituído pela “máquina pensante”. Analogicamente, é plausível prever a possibilidade de se construir pelo cérebro eletrônico uma espécie de jornal pessoal, medido pelos pedidos e curiosidades do usuário que poderá dispor, graças a um código informático, de um conjunto de informações jornalísticas, de imagens televisivas e de relativas explicações. A informação e educação vindas do computador restituem a cada um tudo aquilo que exprime a sua necessidade de apreensão e a sua curiosidade de notícia, sem a necessidade da tradicional comunicação baseada sobre a mediação humana e sobre as informações interpessoais. A mediação prismática vai abolindo a necessidade de mediação interpessoal e dos códigos de comportamento baseados no contato humano. É o extremo da abstração e junto o extremo do materialismo. Cada um é interlocutor de si próprio por intermédio da “máquina pensante” que torna

É nesse complexo e conturbado ambiente onde viceja a chamada sociedade pós-moderna, que as relações entre governo e jurisdição se projetam e devem se tornar possíveis, sobretudo quando tenham como substrato a satisfação dos níveis essenciais de prestação social, causa de constante tensão contemporânea, que revela, na verdade, um conflito de origem antiga. Divisar a experiência do Estado e do Direito ao fito de compreender essa tensão e alvitrar caminho para que o processo judicial decisório possa trilhar ao declarado escopo, será a nossa preocupação nesta tese.

1.1 Entre *gubernaculum* e *iurisdictio*: uma relação possível

Equacionar os problemas da agenda mundial do século XXI pressupõe, sem dúvida, uma investigação em torno dos postulados filosóficos que empreenderam a experiência do Estado e do Direito modernos.

Sem imprimir menor relevância às experiências vividas pela sociedade, que consagraram formas estatais de organização considerável, como a civilização egípcia, a mesopotâmica, o império persa, as cidades gregas e o império romano, entre outras, voltaremos nosso exame para o surgimento do Estado-Nação, sem desprezar as causas que levaram ao seu fortalecimento e, hoje, enfraquecimento.

O marco encontra razão de ser em face do fenômeno da racionalização do poder, com o surgimento do Estado liberal burguês, a partir de quando o monarca não mais exercia o poder sob o influxo da vontade divina, não mais inteiramente por vontade própria, mas sob a vontade de normas jurídicas escritas, que limitavam o seu exercício. A confiança na razão

disponível aparentemente todo o mundo externo de maneira conforme às próprias exigências: cada um parece padrão absoluto da escolha entre os diversos programas educativos e informativos, de consumo, incluídos na programação cibernética. A conexão entre a extrema personalização, atomização, da mediação prismática e a tonalidade é, todavia, implicitamente garantida pelo código informático, já que as representações (do mundo) de que se pode dispor não são confiáveis por ocasião das informações interpessoais e a experiência dirigida dos acontecimentos, mas a elaboração previamente atuada da programação informática. O programa cibernético é a forma acabada da nova racionalidade implícita na mediação prismática, é o grande filtro entre o “cada um” e o mundo do acontecer e do recíproco adaptar-se à relação prática entre o eu e o outro. A mediação prismática é a conexão formalizada do isolamento externo do “cada um”; é forma do estar junto de uma sociedade reduzida a pedaços, a conexão de uma sociedade sem sociabilidade. O espelho prismático da reflexividade multiversa assume a “complexidade” como novo paradigma da época moderna: a complexidade vem, de resto, indicada como o grande desafio do tempo presente. (BARCELONA, *idem*, p. 18).

passou a guiar os rumos da humanidade conforme Pêpe, para quem “liberdade, igualdade e fraternidade passaram a se constituir como pano de fundo de um cenário revolucionário para marcar definitivamente o fim do “estado de natureza” e o surgimento do “Estado de Direito””⁵⁷.

É dizer, o poder se tornou produto da razão limitado em normas, retirando o monarca do campo do absolutismo para submeter sua vontade à lei. O Estado passa a ser a fonte de criação e aplicação normativas voltada a limitar o poder real.

Percebe-se, desde aí, o quanto intimamente vinculadas estão as idéias de Direito e de Estado. Sem penetrar na discussão deflagrada por Kelsen⁵⁸, para quem “O Estado como comunidade jurídica não é algo separado de sua ordem jurídica...”, daí porque entende que “...o Estado pode ser juridicamente compreendido como o próprio Direito”⁵⁹, não se pode perder de vista que a experiência do Estado encontra-se visceralmente ligada à experiência do Direito. Decorrendo, assim, a concepção advinda a partir do Estado de Direito Liberal, ou seja, a de que o Direito limita a atuação do Estado.

Descrevendo a ordem medieval, cuja derrocada ensejou o absolutismo no poder, que irromperia, mais tarde, no Estado Liberal de Direito, Crossman⁶⁰ assinala que “o homem era preso ao país em que vivia [...] com uma infinidade de obrigações e pouquíssimos direitos...”

Com efeito, o homem, aqui identificado como servo, via-se na mesma condição que os escravos das civilizações antigas, é dizer: como núcleo de irradiação apenas de deveres, submetido, na verdade, não apenas a uma, mas, a três esferas de poder, pois, efetivamente, na ordem medieval podia-se divisar ao menos três núcleos bem definidos de poder: o poder do monarca, o poder dos senhores feudais e o poder da Igreja Católica. A estabilização desta estrutura; quer no plano econômico, a fim de assegurar a economia inteiramente doméstica; quer no plano político, a fim de garantir o poder real, passava por um emaranhado de interesses onde a figura da Igreja aparece com imissão não apenas no campo espiritual, como igualmente no âmbito do poder temporal.

⁵⁷ PÊPE, Albano Marcos Bastos. *Kant e a Modernidade Jurídica: razão e liberdade*. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 2005, vol. 2. COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; e STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 09/10.

⁵⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 184.

⁵⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 424.

⁶⁰ CROSSMAN, R. H. S. *Biografia do Estado Moderno*. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1980, p. 19.

O papel da Igreja nesse cenário era visivelmente distinguido. A hegemonia que o papado exercia sobre os senhores feudais e sobre os monarcas é amplamente divisada na história, quando se sabe que para satisfação de seus interesses no plano temporal a Igreja anulava casamentos de nobres, posicionava-se nas guerras e definia marcos para as conquistas.⁶¹

Alguns acontecimentos levaram à concentração do poder nas mãos do monarca. De fato, a derrocada do feudalismo, entre outras causas, pelo fortalecimento das cidades em face do desvio da economia, que se descola da produção voltada para abastecimento do próprio feudo para chegar à cidade com a expansão do comércio, bem como pela ruína dos senhores feudais após as chamadas “guerras santas”, que consumiram os recursos dos feudos em defesa da propagação da fé católica e, ainda, pelo enfraquecimento do poder da Igreja Católica em face da reforma protestante com as idéias de Calvino e Lutero, gizaram o ambiente propício para o fortalecimento do poder nas mãos do monarca, a ponto mesmo de irromper a laicização quando os interesses de Roma contrariaram o do monarca, de que é exemplo a criação da Igreja Anglicana sob os auspícios de Henrique VIII, rompendo com o poder do papado, que se recusava a anular seu casamento, porque não convinha à Igreja Católica. Começa-se, portanto, a relativizar-se o fundamento religioso da política.

⁶¹ Esse papel também foi muito bem enfrentado por Crossman: “Centralizada no Vaticano, de Roma, com magnífica burocracia e um obediente emissário em cada aldeia podia pressupor que tinha um completo controle sobre a arte, a educação, a literatura, a filosofia e sobre a ciência da cristandade ocidental. Durante séculos, a Igreja Católica deu à Europa Ocidental uma cultura comum que todos os reis e senhores aceitavam. A civilização era católica, e o catolicismo era civilização. Vinculado à terra, limitado em seu comércio e apegado às suas leis, o homem medieval era um cidadão de um país religioso que envolvia a totalidade do mundo ocidental. Por esse motivo, seu pensamento, tanto quanto sua cultura e sua música, eram essencialmente eclesiásticos. Não havia nele nada além da teologia, como não havia terra além do domínio da Igreja Católica. A teológica constituía o *summum* da sabedoria e o papa figurava como o seu senhor espiritual. A teologia podia delegar para a ciência, para a arquitetura ou para a lógica, determinados campos de estudo, do mesmo modo que o papa podia outorgar a certos príncipes o encargo da proteção temporal dos súditos. Existiam disputas sobre a divisão da tarefa e, em consequência, havia lutas entre reis e papas, mas o princípio fundamental permanecia incólume. Em todos os assuntos espirituais, a Igreja reinava inquestionavelmente. Porém, à universalidade da fé cristã correspondeu, no plano temporal, a crença na natureza universal da lei. A lei não era algo que surgia do desejo de um soberano ou de uma assembléia popular, mas surgia da própria atmosfera da vida social que tudo abrangia. Ela era tão natural ao homem como lhe era natural respirar, comer e beber. Não dependia da razão humana, para sua existência. Era uma verdade eterna que se ia descobrindo em decorrência de um paciente estudo. Quando nós pensamos em uma lei, sabemos que ela é a resultante da vontade de um parlamento ou de uma ditadura. Na Idade Média, se considerava que ela era o marco, dentro do qual os príncipes, os barões e os servos deviam decidir sobre todas as coisas. A lei era uma das dádivas de Deus ao homem, tão intocável, inalterável e independente do capricho humano como os próprios dogmas da cristandade. (CROSSMAN, op. cit. p. 20).

Outras causas para a formação do Estado absoluto são apontadas com precisão por Matteucci⁶²: a política expansionista sob o influxo das guerras de conquista, que vieram, enfim, a engendrar o aparecimento de um serviço diplomático, dos primeiros exércitos estatais permanentes e de corpos de *funcionários*⁶³ voltados para maximizar o patrimônio pessoal do rei e os recursos da coroa de maneira a propiciar o alcance dos fins almejados.

O monarca amealhou tanto poder em suas mãos em detrimento dos feudos e da própria Igreja Católica, com o rompimento da aliança do poder temporal com o espiritual, que, em determinado momento, era a única fonte de criação e aplicação normativas, a ponto de Luis XIV estar sempre sendo lembrado pela sua célebre frase: “*L’État c’est moi*”.

De fato, o Estado, numa visão essencialmente jurídica, era o próprio rei que enfeixava suas funções típicas: criava o direito (exercia a função legislativa); aplicava o direito para executar sua vontade (a do monarca), exercendo a função executiva; e aplicava o direito para dirimir os litígios (função jurisdicional). O fenômeno da concentração de poder deflagra o aparecimento das monarquias absolutistas.

Com efeito, no medievo, a sociedade europeia convivía com um direito erigido sob duas vertentes: a origem divina e os costumes. Era, portanto, um direito natural obtido pelo consenso de sucessivas gerações, portanto imemorial⁶⁴. Era, no entanto, um direito que privilegiava o monarca em detrimento dos nobres e dos vassallos. E os efeitos de injustiça se vivenciavam com sua aplicação.

Numa estrutura onde o poder encontrava-se concentrado nas mãos de uma única pessoa, que revelava, portanto, uma vontade unipessoal, não há espaço para se falar em liberdade, em direitos, já que o indivíduo, que era escravo nas civilizações antigas, no império romano e nas cidades gregas, e um servo no sistema feudal, agora era um súdito do rei,

⁶² MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder e Libertad. História del Constitucionalismo Moderno*. Madrid: Trotta, 1998, p. 30.

⁶³ Matteucci traz a lição de Loyseau numa obra de 1609 onde se tem o registro de que “el oficio es una dignidad, con función ordinaria del Estado, y este beneficio ya al final del siglo XV comenzaba a venderse: son cargos <<venales>> que, en el siglo XVI, se multiplican artificialmente cuando el rey necesita fondos.” Todavía, pondera, que “La venalidad y la heredabilidad de los cargos constituirán en Francia n potentísimo freno al poder de la monarquía, precisamente cuando ésta triunfaba sobre las últimas resistencias feudales al absolutismo, ya que el oficial propietario de su cargo se sentía <<independiente>> respecto del poder. (MATTEUCCI, op. cit. p. 32).

⁶⁴ Anterior à conquista romana, segundo muitos autores, lembra Matteucci que assinala com precisão este momento ao precisar que “para la mentalidad medieval la ley no se crea, sino que se declara; no se hace, sino que se recuerda; en suma, la ley es una confirmación solemne de lo que ya era derecho”. Desde tiempo inmemorial.” (op. cit. p. 38).

desprovido de direitos sob o império das monarquias absolutas, que começou na França e na Espanha, chegando mais tarde à Inglaterra e outras regiões da Europa.

O monopólio do poder político e da força que viria a caracterizar esse momento não reconhece outra autoridade no plano internacional (*superiorem non recognoscens*), bem como no plano interno, já que não admite nenhuma outra forma de justiça – que dele não possa emanar – nem a participação de qualquer outra instância no exercício do poder político, como lembra Matteucci.⁶⁵, para quem neste instante:

Aparecen aquí los dos poderes que convierten al rey en jefe: por un lado las armas, es decir, el *gubernaculum* (o la prerrogativa), que se refería a las relaciones con los otros Estados, llamados también, *arcana imperio*, cuya naturaleza requería que fuesen confiados a una única persona para poder tomar decisiones rápidas y eficaces. Por su naturaleza este poder es discrecional, *extra legem*, no puede ser ejercido mediante leyes establecidas y se confía a la prudencia y a sabiduría del rey. Si se quiere, es un poder arbitrario e irresponsable porque el rey no debe dar cuenta a nadie y tiene márgenes muy amplios, ya que, en casos excepcionales, le consienten incluso establecer impuestos sin el consentimiento de los estamentos. Por otro lado las leyes, es decir, la *iurisdictio* (o *justice*): es el deber de administrar la justicia lo que convierte el rey en <soberano> En este campo el rey está limitado por el derecho y debe pronunciar-se *secundum legem*. El rey es soberano en cuanto <dice> la justicia, ya que es <la fonte de justicia> Por esto tiene una carácter sacro y es el vicario de Dios en la tierra, ya que dictar la justicia, por la concepción religiosa del medievo, es un deber que pertenece a Dios y no al hombre. Está en el trono para pronunciar juicios justos, es decir, conformes a la ley, y es así siervo del derecho de donde deriva su autoridad, su poder es el derecho, pues *lex facit regem*.⁶⁶

A biografia do Estado está a revelar que toda vez que o poder se concentra, tende a ser exercido de forma absoluta em detrimento da liberdade individual, pondo em risco o almejado equilíbrio no binômio “*autoridade x liberdade*”, que estava longe de ser cogitado na estrutura concentrada de poder das monarquias absolutistas. O poder do monarca era indivisível, incontrolável, e mesmo havendo limitações, elas deitavam raízes num direito natural de origem divina, ou nos costumes, o que transformava o monarca, como registra Matteucci, num vicário de Deus. “Ello estaba *sub Deo* y *sub lege*, pero no *sub curia*, y por tanto nadie podía juzgar legalmente la violación de la ley por parte del rey. No sólo no era responsable políticamente, en el sentido moderno de la palabra, sino que ni siquiera lo era jurídicamente”, arremata Matteucci⁶⁷.

⁶⁵ Idem, p. 29.

⁶⁶ Idem, p. 39.

⁶⁷ Idem, p. 40.

Estava deflagrada, desde aí, a crise entre *gubernaculum* e *iurisdictio* que se estenderia até os nossos dias, cuja desconsideração, tornam as conclusões que serão alvitadas nesta tese desprovidas de importância.

Efetivamente, a ausência de órgãos para dizer qual o direito e impor sua observância pelo monarca, conduziu a toda uma história de lutas que o historicismo político de Matteucci aponta com precisão na França, Inglaterra e Estados Unidos.⁶⁸

Nesse passo, para fazer frente ao poder absoluto das monarquias, aparecem os ideais liberais que continuam, em sua essência, duas grandes idéias. A primeira era a *preocupação com a liberdade individual*, que veio a engendrar toda uma política de lutas para se reconhecer os direitos do homem, à época, as preconizadas liberdades políticas, desde o direito deambulatório (a liberdade de ir, vir e de se deixar ficar) à liberdade de pensar e conseqüente liberdade de expressar o pensamento, passando pela liberdade de culto. Era preciso, pois, não somente reconhecer, como assegurar estes direitos frente aos abusos do poder absoluto dos monarcas medievais.⁶⁹ Assim, para que fosse possível o exercício destes direitos por todos, era preciso limitar o poder do monarca. Este não poderia mais concentrar todos os poderes e exercê-los de forma absoluta.

Portanto, a segunda idéia, decorrentemente da primeira, dizia respeito à *desconcentração do poder*. Poder concentrado, já se disse, identifica-se com o exercício despótico em detrimento das liberdades individuais. Era imprescindível a desconcentração do poder.

Os indícios da desconcentração do poder começaram a aparecer, por mais paradoxal que seja, em proveito da própria concentração. Com efeito, Matteucci aponta a idéia embrionária da mentalidade moderna de funcionário como aquele que desenvolve uma função pública e por isso ligado hierarquicamente à administração e à vontade do rei, de quem recebe o soldo, vincula-se ao medieval, “que ve en el oficio un <<beneficio>> o un <<patrimonio>> concedido por el rey, con el que obtiene una renta”.⁷⁰

⁶⁸ Idem. Conferir os capítulos 3, 4, 5, 6 e 7.

⁶⁹ Registra Bobbio que “Há uma acepção de liberdade – que é a acepção prevalecente na tradição liberal – segundo a qual “liberdade” e “poder” são dois termos antitéticos, que denotam duas realidades em contraste entre si e são, portanto, incompatíveis: nas relações entre duas pessoas, à medida em que se estende o poder (poder de comandar ou de impedir) de uma diminui a liberdade em sentido negativo de outra e, vice-versa, à medida em que a segunda amplia a sua esfera de liberdade diminui o poder da primeira.” (BOBBIO, 2000, pp. 20 – 22).

⁷⁰ MATTEUCCI, op. cit. p. 32.

Por outro lado, a secularização da cultura, com o desprendimento do fundo religioso que o iluminismo irromperia, possuiu o condão de propiciar dois fenômenos: primeiro, o avanço dos estudos teológicos permitiram o questionamento das tradições. A racionalidade começa a confrontar a história. Os costumes são postos em xeque. Em segundo lugar, e decorrentemente, o poder real – o poder divino dos monarcas – também é questionado, para se propugnar por um exercício racional, não mais de origem divina, mas vinculado a leis. O direito natural e o direito divino poderiam ser derogados por razão de Estado.

É nesse cenário que a relação entre o público e o privado começa a assumir conotações marcantes⁷¹. É nesse cenário, igualmente, que uma pergunta tão importante para este estudo começou a ser formulada: ¿pertence a los magistrados el *merum imperium* (la plena jurisdicción penal) o son meros delegados del príncipe?⁷²

Na verdade, falar em exercício de jurisdição por alguém que não o monarca implica inegavelmente em admitir desconcentração de poder. E o processo de desconcentração foi lento, gradual, até sua consolidação com o constitucionalismo liberal.

Inicialmente, a transformação do absolutismo percorre um caminho voltado para ensejar a participação da nobreza na criação do direito, o que faria eclodir conflitos entre o monarca e as casas parlamentares que apareceram exatamente em decorrência da crise. Como prenúncio de tudo o que mais tarde aconteceria, na Inglaterra desde 1215, quando o baronato inglês conseguiu fazer o Rei João Sem Terra outorgar a *Magna Charta Libertatum*, divisava-se o aparecimento de atuação legislativa, sem que fosse representativa da vontade do monarca. Era, na verdade, uma manifestação corporativa da aristocracia feudal em face de seu rei, mas é possível divisar, sem dúvida, um ponto de partida para irradiação dos direitos do homem.⁷³

O constitucionalismo deflagrado com a *Magna Charta*, com efeito, revelava a organização do reino, deixando muito claro o zelo pelo direito costumeiro erigido

⁷¹ “¿el reino es la propiedad privada del rey o el conjunto de las propiedades privadas de los súbditos?” relembra Matteucci (op. cit, p. 35).

⁷² Idem, ibidem.

⁷³ Nesse sentido registra Canotilho: “Mas a *Magna Carta*, embora contivesse fundamentalmente direitos estamentais, fornecia já “aberturas” para a transformação dos direitos corporativos em direitos do homem. O seu vigor “irradiante” no sentido da individualização dos privilégios estamentais detecta-se na interpretação que passou a ser dada ao célebre art. 39º, onde se preceituava que “Nenhum homem livre será exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos, nem mandaremos proceder contra ele, senão em julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”. Embora este preceito começasse por aproveitar apenas a certos estratos sociais – os cidadãos *optimo jure* - acabou por ter uma dimensão mais geral quando o conceito de homem *livre* se tornou extensivo a todos os ingleses.” (CANOTTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 513).

imemorialmente⁷⁴ e que deveria ser respeitado. Conquanto voltada para preservação dos privilégios da nobreza, reconhecia e definia a competência territorial dos Tribunais de Queixas ou dos pleitos comuns (*Plaids Communs*)⁷⁵, bem como de uma instância intermediária: o Tribunal do Condado (*Shire Gemot*)⁷⁶ e a instância superior que constituía o Tribunal do Rei⁷⁷. Os magistrados eram escolhidos, nomeados e exonerados pelo monarca. Eram os juízes do rei. Significa dizer, o Poder Judiciário se encontrava totalmente atrelado ao monarca, era uma *longa manus* do rei para exercer a *iurisdictio*. O Rei detinha o poder de se sobrepor às decisões judiciais, de tal sorte que se um súdito era absolvido, poderia desconstituir a sentença e conduzi-lo ao cadafalso, da mesma maneira que aquele condenado à morte por sentença judicial poderia ser absolvido se caísse na graça do rei, derivando daí o direito de graça, indulto ou anistia, existente até hoje na experiência jurídica ocidental.

Mas esse importante texto, além de impor limitações à prerrogativa monárquica de ampliar os ingressos através de impostos⁷⁸, revelava igualmente a embrionária organização do poder legislativo, quando estabelecia a convocação da igreja (arcebispos, bispos e abades) e da nobreza (viscondes, condes, barões do reino), e dos encarregados de ofícios (*sheriffs* e *balios*) para participar das assembléias, cujas decisões eram tomadas pela maioria dos presentes.⁷⁹

A experiência constitucional inglesa com a *Magna Charta* já dava passos significativos em direção à limitação do poder monárquico. O sentido político de constituição como mecanismo de limitação do poder, que viria a ser, mais tarde, amplamente adotado pelo constitucionalismo moderno, repousa desde aí. Como também ali encontra berço a separação de poderes, como já havia percebido Locke⁸⁰.

⁷⁴ A preservação do direito costumeiro, é invocada de forma expressa ou indiretamente no texto da *Magna Charta Libertatum*. Vale conferir as disposições vazadas no art. 3º, onde se lê expressamente "... segundo o antigo direito habitual dos feudos." e nos arts. 59 e 60, entre outros.

⁷⁵ No art. 22 o texto revela: "O Tribunal de Queixas ou pleitos comuns ("Plaids Communs") não acompanhará por todas as partes a nossa pessoa, devendo permanecer fixo em um ponto dado. Os assuntos jurídicos que versem sobre interditos de reter ou recobrar, a morte de um antecessor ou a apresentação de benéficos, ventilar-se-ão na província onde se ache situado o domicílio dos litigantes; assim, pois, Nós, ou, em caso de estarmos ausentes do Reino, Nosso primeiro magistrado, enviaremos anualmente a cada condado juízes que, com os cavalheiros respectivos, estabeleçam seus tribunais na mesma província."

⁷⁶ Cfe art. 59.

⁷⁷ De acordo com o art. 23 "Os assuntos jurídicos que não possam terminar em uma só sessão, não poderão ser julgados em outro lugar correspondente ao distrito dos mesmos juízes; e os que, por suas dificuldades não possam ser decididos pelos mesmos, serão remetidos ao Tribunal do Rei."

⁷⁸ Vide arts. 14 e 20.

⁷⁹ Cfe arts. 17, 18 e 19.

⁸⁰ LOCKE, op. cit. vide parágrafos 127, 131 e 143 – 148, pp. 93, 94 e 106 – 108.

As crises que fizeram eclodir as guerras civis na Inglaterra⁸¹ decorreram notadamente de dois fatores: de um lado, a questão religiosa com a intolerância que se seguiria a partir do *Act of Supremacy* de Henrique VIII, rompendo com Roma e proclamando-se chefe da Igreja Anglicana. Aliás, já se disse que a liberdade de crença é a mãe de todas as liberdades. De outro lado, o mercantilismo impulsionava o colonialismo e a conquista de novas regiões ao mesmo tempo em que exigia gastos vultosos, ampliava o mercado e ensejava o desenvolvimento do capitalismo fortalecendo o reino [o mesmo acontecia na Europa continental com a França, Portugal e Espanha]. Nesse contexto, a sociedade inglesa passava por profundas modificações. O parlamento logo veio a ser reconhecido como o Tribunal Supremo e instância decisiva na *iurisdictio*, ainda que, seguia sem contestação o direito produzido pela jurisprudência dos tribunais [*common law*], de evolução lenta, quando exigia a adaptação do caso aos precedentes, mas o monarca era a cabeça da *iurisdictio*, significa dizer, do estabelecimento e da aplicação – com o consentimento do parlamento – de boas leis.⁸²

Quando, então, o monarca começou a estabelecer *acts* para sem a anuência do parlamento confiscar a propriedade dos monastérios e ampliar o ingresso de recursos, dentro de uma política religiosa e econômica voltada para a consolidação da política de conquista, as convocações do parlamento começaram a escassear e quando ocorriam tinham por finalidade apenas ouvir sua opinião, as tensões começaram a se instalar e a crise se irrompia sob o veio da seguinte pergunta: É legítima frente o *common law* essa nova legislação que começava a aparecer? Matteucci divisa nesse momento do constitucionalismo inglês o aparecimento de

⁸¹ Quase 150 anos antes da revolução burguesa na França, iniciava-se a Revolução Puritana em 1640, que se seguiria com a Revolução Gloriosa até 1688. A primeira, deflagrada pela luta entre a burguesia mercantil e a realeza pelo controle do poder. A crise entre o parlamento e o rei Carlos I decorre da posição assumida pelo monarca em fortalecer seu poder dispondo livremente sobre o aumento da carga tributária e a convocação do exército, retardando, ao declarado escopo, a convocação do próprio parlamento, o que levou o parlamento a se reunir independentemente de convocação para repreender o monarca pela política desenvolvida, o que veio a culminar com a sua execução em 1649. Após o governo “republicano” de Cromweel, que assumiu o trono como Lord Protector, recusando a coroa, que irrompeu um período de tirania e intolerância, em 1660 assume o trono Carlos II, que restaurando o absolutismo e mais adiante o catolicismo, indis põe-se com o parlamento, que não hesitou em 1688, a convocar os protestantes Maria Stuart (filha de Jaime I, antecessor de Carlos I) e seu marido Guilherme de Orange (Príncipe de Orange, nas Províncias Unidas, hoje a Holanda), para ocupar o trono. Mas o parlamento se precavinha impondo aos novos monarcas, antes da coroação, a aceitação da Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) de 1689, onde se proclama, entre tantos outros comandos que se viriam repetidos futuras declarações de direitos, alguns preceitos já repetidos da *Magna Charta*, sobretudo e no que ora importa a esse estudo, que o rei não podia suspender as leis criadas pelo parlamento; que é ilegal a cobrança de impostos sem o consentimento do parlamento; que os súditos têm o direito de apresentar petição ao rei, sendo ilegais as prisões ou vexações de qualquer espécie que venham a sofrer em decorrência disso; e que os discursos do parlamento não poderão ser examinados senão por ele próprio.

⁸² Cfe. MATTEUCCI, op. cit. p. 81 e 84

...un conflicto entre la prerrogativa y la *iurisdictio*, puesto que la monarquía interpreta de modo cada vez extensivo la primera, mientras que el Parlamento, que cada vez se siente más el representante de la nación, comienza a discutir los *aracana imperii* y a controlar la política del soberano. Luego, tenemos un conflicto en el ámbito de la *iurisdictio*: ya sea para definir la relación entre la nueva legislación y el *common law*, sea para decidir a quién pertenece este nuevo poder legislativo, si al rey exclusivamente o al Parlamento, ya sea para establecer la relación entre el rey e los tribunales de justicia.⁸³

De fato, o recrudescimento da crise conduziu em 1621 à deposição do *Chief Justice* Edward Coke, mais tarde preso, juntamente com Pym, a quem se aliara na chefia da oposição parlamentar, e à dissolução do parlamento pelo rei Carlos I em 1629, provocando o protesto da Câmara dos Comuns voltados para precisar a prerrogativa real e reafirmar as competências do Parlamento⁸⁴. Enfim, a prisão de nobres que se negavam a subscrever empréstimos forçados, acuou os tribunais redirecionando a crise para o “Poder Judiciário” e impondo a reafirmação dos princípios da *Magna Charta*, o que levou Matteucci a afirmar que agora

El conflicto tiene dos vertientes distintas: una entre los tribunales y el rey, otra entre el Parlamento y el rey. Si la segunda es la más famosa y conocida, la primera es ciertamente la más importante, ya que en ella se expresa y refuerza la particular mentalidad jurídica inglesa, destinada a marcar profundamente una época entera y a dar su carácter específico al constitucionalismo inglés.⁸⁵

A relevância imprimida por Matteucci à crise deflagrada entre o monarca e os tribunais no medievo inglês encontra-se atrelada à firmeza com que Coke na presidência do *Common Pleas* enfrentou o poder real afirmando as prerrogativas dos juízes de decidir de acordo com o *common law*, ao qual deveria se encontrar submetido, tanto o monarca quanto o parlamento.⁸⁶

⁸³ Idem, p. 86.

⁸⁴ Ressalta Matteucci que “Se incluía en los derechos de la prerrogativa la creación de impuestos excepcionales, en situaciones de emergencia, y la regulación del comercio exterior; pero aquellos impuestos comenzaron a convertirse en un hábito, sin que concurrieran los motivos de urgencia, mientras que la política mercantilista servía principalmente a meros fines fiscales; además, siempre para aumentar los ingresos, la monarquía había tomado la costumbre de conceder monopolios en la industria y en el comercio. Así, en la *Petition* de 1628 se establecía que <ningún noble de ahora en adelante sea obligado a efectuar ninguna donación, préstamo, *benevolence*, tasa o impuestos similares, sin el consenso del Parlamento>. (MATTEUCCI, op. cit. p. 87).

⁸⁵ Idem, p. 86.

⁸⁶ “Coke (1552 -1634) fue presidente del *Common Pleas* desde 1603 hasta 1613, y luego, hasta 1616, presidente del *King’s Bench*. Cayó en desgracia y fue removido del cargo, como dijo un contemporáneo, por cuatro motivos: su fiereza, las interdicciones, las ordenanzas, la prerrogativa. Según Bacon, que era por entonces lord canciller, los jueces debían ser leones bajo el trono, y por lo tanto no podían obstaculizar ninguna función del soberano; mientras

Na França, a organização medieval não apresentava traços muito diferentes. Partindo inicialmente de um direito à base dos imemoráveis costumes gálicos, não logrou, todavia, durante o medievo, um texto semelhante à *Magna Charta* inglesa. Merece, todavia, destacar a *Lex Salica*. Na verdade, tratava-se de um conjunto de normas que no século V, no reinado de Clóvis I, dispunham sobre aspectos da vida social como crimes, impostos, indenizações e punições, etc. A defesa de um Estado nacional com *um só rei, uma só fé e uma só lei* conduziria os franceses ao caminho da codificação, o que se revelou propício com a assimilação do direito romano. A ausência, todavia, de um documento do quilate da *Magna Charta* não impede que se identifiquem em aspectos das chamadas leis sálicas natureza constitucional, já que visavam à organização da vida em comunidade⁸⁷. Eram, portanto, normas fundamentais ao lado das leis divinas e naturais que norteavam a organização do reino.

Durante o *Ancien Régime* a organização social da França compreendia três estamentos ou estados: o clero (o primeiro estado), a nobreza (o segundo estado) e a burguesia e

que para Coke los jueces eran los leones que deban custodiar, frente al rey, los derechos de los ciudadanos: para defender los derechos de los ingleses, a menudo negó los derechos del rey. Interpretó siempre de un modo restrictivo los poderes de la prerrogativa regia, ya sea en su sentencia sobre los derechos de aduana, subsidios-impuestos, ya sea contra los arrestos por parte de la Alta Comisión, que consideraba arbitrarios y sin fundamento, ya sea contra la costumbre del rey de escuchar el parecer de los jueces separadamente, *extra-iudicium*, para poder influir más en ellos, ya sea para limitar el poder del Tribunal de la Cancillería, que juzgaba con base en la equidad. Pero no se trataba solamente de una batalla política, se trataba de una propuesta constitucional, profundamente innovadora, en el momento en que la esfera de la *iurisdictio* estaba en plena crisis y estallaba el conflicto entre prerrogativa y *iurisdictio*. A través de tres famosas sentencias y dictámenes es posible reconstruir los núcleos teóricos de su pensamiento: el dictamen sobre los *Writs of prohibition* (prohibiciones), el dictamen sobre las *Proclamations* (ordenanzas) y la sentencia en el proceso Bonham. Según el pensamiento medieval, sólo el rey, en cuanto vicario de Dios en la tierra, podía, <decir> la justicia, pero para facilitarle el trabajo, le era concedido delegar esta función en magistrados sometidos a él. En el dictamen sobre las prohibiciones, Coke tuvo un violentísimo enfrentamiento con Jacobo I: el arzobispo de Canterbury, exasperado por la invasión que los tribunales de *common law* efectuaban en la jurisdicción eclesiástica con los *Writs of prohibition*, afirmó que el rey, en cuanto juez supremo, según la palabra de Dios en las Escrituras, podía sustraer a los jueces las causas que quisiera decidir personalmente, negando así implícitamente la autonomía e independencia de los jueces. A la Sagrada Escritura Coke contrapuso el *common law*, por el cual el rey no podía juzgar caso alguno y todo debía ser decidido en un tribunal de justicia, según la ley y las costumbres de Inglaterra, existiendo un Estatuto de Enrique IV (8 H. 4, 19) que había transmitido el poder judicial del rey a los diversos tribunales. El rey se ofendió al oír que estaba sometido a la ley, y afirmó que era una traición sostener algo así; pero Coke, inamovible, se refirió a Bracton y al principio de que el rey estaba *sub Deo et lege*. Ciertamente forzaba la cita de Bracton, que asignaba al rey, en última instancia, la función de dictar la justicia; pero establecía las bases de la moderna teoría de la independencia del poder judicial respecto del ejecutivo, que sólo será afirmada establemente en la historia constitucional inglesa a partir de 1701, cuando el viejo principio del *quandiu nobis placuerit* sea sustituido por el de *quandiu se bene gesserit*. Análoga innovación encontramos en el dictamen sobre las *proclamations*, que eran ordenanzas de carácter administrativo, previstas por los derechos de prerrogativa, con las cuales el rey regulaba determinadas y específicas cuestiones, sin por ello prejuzgar el cuerpo de derechos inherentes al sujeto. No obstante, las ordenanzas del rey habían llegado a ser muy numerosas y establecían que determinadas acciones, hasta ese momento indiferentes para el derecho, debían ser consideradas como delitos, mientras que los culpables eran sustraídos a los tribunales, para ser juzgados por la *Cámara Estrellada*, lo cual había provocado la *Petition* de 1610. (MATTEUCCI, op. cit. pp. 89 – 91).

⁸⁷ Idem, p. 68.

os camponeses compondo o terceiro estado. A reunião dos estados – a Assembléia dos Estados Gerais, ou como usualmente chamada, os Estados Gerais constituía-se órgão de natureza consultiva e deliberativa. As convocações dos Estados Gerais para solucionar as crises começaram a revelar uma delicada questão: o atrelamento da igreja ao monarca – o vigário de Deus – e as ligações do clero com a nobreza que conduziam a um desequilíbrio porque a burguesia e o campesinato tinham, em conjunto, apenas um voto. Agudizava-se o equilíbrio no binômio *Autoridade x Liberdade* e isso desaguou na revolução.

Da mesma forma que na Inglaterra a prisão de nobres, sobretudo a prisão dos chefes da oposição parlamentar Coke e Pym e o conhecido caso da prisão dos cinco cavalheiros que se negaram a subscrever um empréstimo forçado, deslanchou a crise entre o monarca e o parlamento e entre ele e os tribunais; na França um fato marcante, ao declarado escopo e sob a perspectiva deste estudo, foi a conhecida noite de São Bartolomeu⁸⁸. Com efeito, as imbricações entre o conflito político e o religioso marcaram com acentuada intensidade o constitucionalismo francês do medievo, sobretudo no século XVI, e se de um lado é causa da consolidação do estado mais absoluto da Europa, de outro, fomentou a experiência constitucional rumo à desconcentração do poder e à revolução burguesa, ainda que os dois credos, católicos e calvinistas, propagassem seus ideais não propriamente visando modificações no exercício do poder – ambos divisavam o caráter divino no exercício do poder pelo monarca – mas a guisa de abrir espaço para o fortalecimento de suas idéias, o que ocorreria quando transitadas pelos Estados Gerais, parlamento e pelos tribunais. Nesse ambiente agitado, marcado por paixões e ódios, lembra Matteucci, “el principio común a católicos y calvinistas de la obediencia al

⁸⁸ No reinado do jovem Carlos IX (1561 – 1574), a França era governada sob a influência de sua mãe, a católica Catarina de Médici. A liga católica era formada pela nobreza que apoiava a monarquia. Com o objetivo de fortalecer o poder real com o apoio dos huguenotes (calvinistas), Catarina de Médici articulou o casamento de sua filha, a princesa Margarida de Valois – que ficaria conhecida como a Rainha Margot – com o líder protestante Henrique de Bourbon. Para muitos protestantes este casamento era uma possibilidade de ascensão e fortalecimento da luta contra os católicos. Contrário ao casamento, o almirante Coligne, seguidor calvinista, teve seu assassinato planejado pela rainha Catarina de Médici, o que não veio a ocorrer, ficando Coligne apenas ferido. Temendo a reação dos huguenotes, a rainha convenceu seu filho, o rei Carlos IX, a promover a matança de milhares de protestantes. A matança começou na noite dia 24 de agosto de 1572, dia de São Bartolomeu, quase dois anos depois da celebração do tratado de paz de Saint-Germain, quando a monarquia, sob os auspícios de Catarina, havia oferecido trégua aos protestantes. Carlos IX viria logo a falecer assumindo o trono Henrique III que firmou aliança com Henrique de Bourbon, marido da princesa Margot. Dessa vez, o acordo desagradou a nobreza católica e Henrique III foi assassinado assumindo o trono Henrique de Bourbon, antes se convertendo ao catolicismo para obter o apoio da nobreza, e que foi coroado como Henrique IV. Em seu reinado, foi promulgado em 13 de abril de 1598, o Edito de Nantes garantindo a tolerância assegurava aos calvinistas a liberdade de culto e o direito de participação na vida pública, conquanto a religião católica continuasse a ser a oficial do Estado. O Edito de Nantes foi revogado por Luiz XIV em 23 de outubro de 1685, por Luiz XIV, ordenando-se a destruição dos templos huguenotes e fechamento das escolas protestantes, o que resultou no êxodo desses para outros países como Inglaterra e Estados Unidos.

magistrado supremo, ya que el poder del rey era de institución divina, se debilita.”⁸⁹. Agora, prossegue Matteucci, “el tirano no es tanto el rey que se sitúa por encima de la ley común, dejando así de ser vicario de Dios para convertirse en ministro del diablo, sino el rey que tiene una fe religiosa distinta de la de sus súbditos, ya que manda <cosas irreligiosas e injusta>”⁹⁰

O recrudescimento do absolutismo com Luiz XIV viria a enfraquecer os Estados Gerais e o parlamento. O Tesouro da França já estava beirando a falência quando ele assumiu o trono. Os gastos da corte aumentaram. As investidas militares na Espanha, Países Baixos, Áustria e Luxemburgo exigiram que o exército francês fosse reequipado. Para reduzir o déficit, o Controlador-Geral Golbert aumenta a carga tributária instituindo taxas (*aides* e *douanes*) e impostos (sobre o sal: *gabelle* e sobre as terras: *taille*). Tais exações atingiam diretamente a burguesia. Permaneciam gozando de isenção fiscal o clero e a nobreza, que obviamente sustentavam a manutenção do *status quo* que lhes era inteiramente favorável. Conquanto representassem 0,5% e 1,5%, respectivamente, da população o primeiro e o segundo estados, com o beneplácito do monarca, conseguiam impor suas decisões de regra desfavoráveis ao terceiro estado que representava os 80% restantes da população da França e correspondia à burguesia, camponeses e artesãos.

A resistência ao tirano medieval apontou na França, como na Inglaterra, para a relevância do parlamento e dos magistrados que pudessem submeter o monarca à lei. A organização constitucional já não mais satisfazia e delinear-se os rumos voltados para a solução da crise e que percorreriam o caminho do pensamento político desde o século XVI e, sobretudo, no XVIII, que revelava o quanto se acentuava a crise entre *gubernaculum* e *iurisdictio* e que veio a desembocar na revolução burguesa⁹¹.

⁸⁹ MATTEUCCI, op. cit. p. 53.

⁹⁰ Idem, p.54.

⁹¹ Em 1787, a nobreza e o clero se insurgem contra Luís XVI, que os convocou ao pagamento de impostos. A assembleia dos notáveis não aprovou o novo imposto e solicitou que o rei convocasse os Estados-Gerais, o que veio a acontecer em maio de 1789. Desta vez, todavia, o terceiro estado se insurge para fazer valer o voto por cabeça (cada homem, um voto) e não por ordem, bem como a duplicação dos representantes do Terceiro Estado, tendo conseguido apenas a duplicação de representantes. A defesa do Terceiro Estado também partiu de nobres e bispos chamados letrados como o abade Sieyès que proclamava: “*O que é o terceiro estado? Tudo. O que é que tem sido até agora na ordem política? Nada. O que é que pede? Tornar-se alguma coisa*”. O Primeiro e o Segundo Estados tentaram reprimir a atuação do Terceiro Estado que apareceu para a Assembleia com as reclamações do povo e insistia na votação individual. O Rei Luís XVI tenta dissolver os Estados Gerais, mas os representantes do Terceiro Estado, rebelados, transformam-se em Assembleia Nacional, comprometendo-se a votar uma constituição para a França. O Rei ainda tentou fechar a Assembleia, mas foi impedido pelo levante do povo nas ruas e no campo que culminou com a tomada da Bastilha em 14 de julho de 1789, símbolo do absolutismo monárquico.

Nesse contexto Matteucci destaca a influência da doutrina, sobretudo a teorização de Hotman, Pasquier, Seyssel e Bodin⁹². Anota que Jean Bodin em 1576, ao publicar *Les six livres de la république*, apresentava uma síntese até mesmo crítica da realidade constitucional francesa onde o monarca se encontrava limitado por três freios: *la religion, la justice, la police*, não compartilhando o poder com nenhum outro órgão, podendo, todavia, sempre ouvir seus conselhos. Nesta perspectiva, segundo Matteucci, Bodin aponta a natureza do Parlamento e dos Estados Gerais como órgãos constitucionais na França, o que tornaria a monarquia francesa um Estado misto que teria no Parlamento o elemento aristocrático e nos Estados Gerais o democrático⁹³, já que, prossegue o mestre italiano expressando o pensamento de Bodin:

ellos solo pueden expresar un parecer o protesta, pero no dar un voto político. En concreto, los Parlamentos tienen el deber de registrar los edictos del rey y en caso de rechazo el rey siempre puede imponerlos con un *lit de justice*; mientras que los Estados Generales se convocan y disuelven por el rey, y pueden votar sólo súplicas y peticiones, no órdenes y decretos, aunque deben convalidar actos para evitar que sean puestos en discusión, aunque por antigua costumbre no se hacían profundos cambios sin escuchar en vía consultiva a los estados del reino. La majestad del rey no disminuye ni aminora por la existencia de los estados; al contrario, se agranda y resplandece cuando a través de los estados aparece rodeada de su pueblo. El único poder verdadero de los estados, de acuerdo con la *police*, es el consenso para los subsidios y para los impuestos, ya que ningún príncipe del mundo puede exigir tasas a su arbitrio. En fin, la nobleza e o clero no pueden hacer nada en detrimento del tercer estado, ni siquiera con el acuerdo del rey.⁹⁴

O caráter firme com que Bodin enfrentava os direitos e deveres dos órgãos constitucionais conduziu à sua desgraça política, lembra Matteucci, para quem a rígida reconstrução constitucional dos ofícios públicos por ele realizada propugnava por considerar que

el magistrado como persona física no tiene la propiedad del *imperium*, pero sí como magistrado. Como magistrado tiene una especie de derecho al oficio del cual no puede ser removido por arbitrio del rey. En otros términos, intenta evitar al mismo tiempo que el magistrado sea un mero delegado del rey, que concede el oficio *tant qu'il nous plaira* según el principio de la monarquía señorial, o que

⁹² Idem, pp. 60 – 72.

⁹³ Idem, p. 64.

⁹⁴ Idem, ibidem.

posea en propiedad el oficio y el *imperium*, según las supervivientes jurisdicciones señoriales que no se refieren al *summum imperium* del rey.⁹⁵

A sistematização desta mudança, ou seja, a magistratura deixa de ser um ofício exercido durante o beneplácito do rei (*quamdiu nobis placuriet*) para se transformar num exercício de *poder de imperium* enquanto for esse bem exercido, ou seja, enquanto houver um bom desempenho, um bom comportamento (*se quamdiu bene gesserit*), já ocorrida como aqui se viu na prática constitucional inglesa a partir de 1701⁹⁶, adquire contornos mais bem definidos a partir da publicação em 1748 da célebre obra *De l'Esprit des Lois*, de Montesquieu, preconizando a separação tripartida dos poderes⁹⁷.

A Montesquieu deve-se, realmente, a divulgação da teoria da separação dos poderes, no entanto, convém lembrar, conforme aqui já registramos, Locke, na obra *Segundo Tratado sobre o Governo*, alude à matéria com base na prática inglesa⁹⁸. Como registra Bonavides, o célebre livro de Locke ficou longe de alcançar os efeitos do *Espírito das Leis* em matéria de contenção de poder. Coube mesmo a Montesquieu, o mérito da sistematização teórica da separação dos poderes e a sua divulgação no mundo político. Em Locke, ressalta o mestre cearense, “o poder se limita pelo consentimento, pelo direito natural, pela virtude dos governantes, de maneira mais ou menos utópica. Em Montesquieu, sobretudo pela técnica de sua organização, de forma menos abstrata.”⁹⁹

Montesquieu preocupa-se em assegurar a independência dos juízes, bem como a autonomia do parlamento, que deveriam estar a salvos das ingerências do monarca. Atento à circunstância de que “todo homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele”¹⁰⁰, abomina a função jurisdicional exercida pelos conselhos do rei, como uma *longa manus* do próprio

⁹⁵ Idem, p. 65.

⁹⁶ Vide nota nº 86.

⁹⁷ Cfe. Montesquieu “Há em cada Estado três espécies de Poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo das coisas que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamamos este último ‘o poder de julgar’, e o outro chamamos simplesmente o poder executivo do Estado’.”(MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Claret, 2003, p. 165 – 166.)

⁹⁸ Porém, a idéia de separação dos poderes remonta, na verdade, à antiguidade. Já mesmo em Aristóteles ela é encontrada, como chama a atenção Jellinek fazendo ver que a “célebre teoria de Aristóteles sobre as três partes do poder, limita-se simplesmente a descrever os caracteres típicos dos Estados Gregos daquela época, Senado, Autoridades, Tribunal Popular, e as atividades que estes exercitam, derivam de uma divisão dos assuntos do Estado” (JELLINEK, Georg. *Teoría General Del Estado*. Buenos Aires: Ed. Albatros, 1973, p. 452).

⁹⁹ BONAVIDES, 1993, p. 34.

¹⁰⁰ MONTESQUIEU, op. cit. p. 164.

monarca¹⁰¹ e objeta o absolutismo conclamando por limitação através da desconcentração, como condição de vivência da própria liberdade:

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder de julgar estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.¹⁰²

As idéias de Montesquieu, bem como de outros iluministas, que iriam influenciar o constitucionalismo europeu moderno, supedanearam, também, o constitucionalismo norte-americano no final do século XVIII, quando as treze colônias a partir de uma experiência histórica coletiva erigida para fazer face ao poder absoluto da monarquia inglesa, valeram-se do direito para operar uma mudança em direção à organização da sociedade civil. Aqui, uma vez mais, com efeito, restou deflagrada a crise entre *gubernaculum* e *iurisdictio* e a autonomia e independência do Poder Judiciário seria levada a extremos.

Com a Declaração da Independência em 04 de julho de 1776, as treze colônias foram mais que depressa abandonando as velhas Cartas Coloniais que estabeleciam a organização e a sujeição à autoridade da metrópole e começaram a adotar suas constituições. Na verdade, a crise que se estabelece entre 1761 e 1776, entre a colônia e a metrópole, dizia respeito, entre outros motivos, a insurgência dos colonos que, como cidadãos do império, pretendiam consentir no estabelecimento de encargos e tributos para a colônia. Posteriormente a reivindicação era mesmo para a sujeição ficar estabelecida diretamente ao rei, de tal sorte que poderiam legislar autonomamente, afastando a ingerência do parlamento de Londres, cuja atuação ficaria restrita a assuntos gerais.

¹⁰¹ “...existe, pela natureza das coisas, uma espécie de contradição entre o conselho do monarca e seus tribunais. O conselho de rei deve ser composto de poucas pessoas; os tribunais de judicatura exigem um número maior. Isso porque, no primeiro, as causas devem ser consideradas com uma certa paixão e seguidas da mesma maneira; coisa que quase não se pode pretender de quatro ou cinco homens que disso fazem seu ofício. Pelo contrário, requerem-se tribunais de judicatura de sangue-frio, aos quais sejam, de alguma maneira, indiferentes todas as demandas.” (MONTESQUIEU, op. cit. 93).

¹⁰² Idem, p. 166.

O resultado disso, não poderia ser outro: as constituições coloniais consagravam a plena autonomia de suas assembléias e na América se proclamava: quem é soberano é a lei!¹⁰³ Consagrava-se uma confederação, mas não uma nação pela falta de unidade, e não foi a pouco esforço que embalada pelos artigos de Hamilton, Madison e Jay¹⁰⁴, da Assembléia de Filadélfia convocada em 1787 para rever os Artigos da Confederação que haviam sido aprovados pelo segundo Congresso continental em 1777, resultou uma Constituição com o estabelecimento de um pacto federativo para acomodar a existência de duas ordens jurídico-políticas: a estadual e a federal, com competências definidas e repartidas.

Em 1791, as dez primeiras emendas consubstanciavam uma declaração de direitos, com repetição de algumas disposições da *Magna Charta* e da Declaração de Direitos de 1689 da Inglaterra. A idéia era de que o pacto resolvia a aporia entre soberania e direito¹⁰⁵ porque soberana seria a constituição quando limitava os poderes das casas legislativas assim como do executivo¹⁰⁶.

¹⁰³ MATTEUCCI, op. cit. p. 164.

¹⁰⁴ Os artigos publicados por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay foram condensados em um volume com o título *O Federalista*, que se tornaria uma obra emblemática para o constitucionalismo moderno.

¹⁰⁵ “Ao menos no plano da teoria do direito, a soberania revelou-se, em suma, um pseudoconceito ou, pior, uma categoria antijurídica. Sua crise – agora podemos afirmar – começa justamente, tanto na sua dimensão interna quanto naquela externa, no mesmo momento em que a soberania entra em contato com o direito, dado que ela é a sua negação. E isso uma vez que a soberania é a ausência de limites e de regras, ou seja, é o contrário daquilo em que o direito consiste. Por essa razão, a história jurídica da soberania é a história de uma antinomia entre dois termos – direito e soberania –, logicamente incompatíveis e historicamente em luta entre si. Essa antinomia, como já se viu, resolveu-se no plano do direito interno com o nascimento do estado constitucional de direito, em virtude do qual o direito regula a si próprio, impondo à sua produção vínculos não mais apenas formais, ou seja, relativos aos seus conteúdos, e assim condicionando não mais apenas o vigor das normas produzidas, mediante normas sobre os procedimentos, mas também sua validade substancial, mediante normas sobre os direitos fundamentais. No estado de direito, portanto, não existe nenhum soberano, a menos que não se entenda como “soberana”, com puro artifício retórico, a própria constituição, ou melhor, o sistema de limites e de vínculos jurídicos por ela impostos aos poderes públicos já não mais soberanos.” (FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno. Nascimento e crise do Estado Nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 44).

¹⁰⁶ A submissão do chefe do poder executivo à constituição passava, todavia, pelo caminho defendido por Hamilton, que ficou conhecido como a Teoria dos Poderes Implícitos, que dele recebia a seguinte formulação: “... é impossível prever ou fixar a extensão e a variedade dos meios necessários para satisfazer os objetos a que se referem. Infinitas são as circunstâncias que podem pôr em perigo a segurança das nações; e por conseguinte, não é prudente pôr peias ao poder a que o cuidado de protegê-la é confiado. Cumpra que este poder seja extensivo a todas as combinações possíveis das ditas circunstâncias, e que seja exercitado debaixo da direção dos mesmos conselhos, nomeados para olhar pela defesa comum. É uma daquelas verdades que, para qualquer espírito desprevenido, têm o caráter de evidência: podem talvez fazê-la obscura às explicações e aos raciocínios; porém não é possível dar-lhe maior grau de clareza. O princípio em que ela se funda é o axioma, tão simples como universal, de que os meios devem ser proporcionados aos fins. Se quiser que alguém chegue a um fim determinado, é preciso dar-lhe meios para lá ir.” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; e JAY, John. *O Federalista*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, pp. 142 – 143).

Esse arranjo tão importante para o constitucionalismo moderno exigia para dar certo algo mais. Efetivamente, as constituições dos estados e a constituição federal não estabeleciam mecanismos voltados para garantir os direitos assegurados ao cidadão. Por outro lado, os problemas previsíveis do conserto federativo começaram a eclodir, ora porque se avulta inerente que o executivo central fosse forte para assegurar a unidade e manifestar a vontade da nação inclusive internacionalmente, ora porque começaram a aparecer conflitos entre o direito criado pelas casas legislativas locais e as nacionais (o sistema bicameral, como se sabe, foi o adotado). Nessa contextura, registra Matteucci:

Era necesario, de esta manera, encontrar un árbitro, tanto para limitar al legislativo, como por esta nueva forma de división de poderes entre las asambleas estatales y las asambleas federales, capaz de garantizar plena eficacia a las normas de la constitución, que atribuían derechos y deberes tanto a los estados concretos como al Estado federal. Y es precisamente en la búsqueda de este árbitro donde se encuentran las dos líneas del constitucionalismo americano: así como, contra la omnipotencia del Parlamento, se exaltó la función de los tribunales judiciales de <no aplicar> las leyes anticonstitucionales, de la misma manera, contra el peligro de un abuso por parte de las diversas asambleas coexistentes sobre un mismo territorio, se atribuíó al poder judicial el cometido de garantizar tanto a los estados concretos como al Estado federal el ejercicio de los derechos que les asignaba la constitución. La dos líneas se encuentran y confluyen en el mismo resultado: el reforzamiento del poder judicial como custodio e interprete de la constitución.¹⁰⁷

Mas o caminho seguido pelo constitucionalismo norte-americano no sentido de conferir ao poder judiciário a função de interpretar e controlar a constitucionalidade das leis não foi tão fácil de ser percorrido. No século XVII, o poder discricionário dos juízes já era objeto de questionamento quando os interesses dos colonos que integravam a Companhia do Rei, criada para defender os interesses da realeza na colônia e os colonos que queriam manter o comando dos assuntos na própria colônia e, portanto, participar da *General Court*, exercendo funções legislativas, entraram em choque. Conquanto os *freemen* tenham conseguido seu intento o que redundou na ampliação da quantidade de membros da *General Court*, o governador conservou-se como o magistrado supremo com direito de veto sobre a legislação. Isso fez com que os *freemen* promovessem uma árdua defesa da certeza da lei a fim de proteger os indivíduos contra o arbítrio do governador e seus magistrados, o que conduziu à necessidade de elaboração de códigos e

¹⁰⁷ MATTEUCCI, op. cit, p. 168.

levou em 1641 à aprovação do *Body of liberties*¹⁰⁸, com forte resistência dos magistrados que em nome dos costumes e tradições do *common law* sustentavam que se encontravam livres para decidir segundo a palavra de Deus em todos os casos não contemplados, conforme registra Matteucci.¹⁰⁹

Não obstante, como a constituição norte-americana não estabeleceu de forma expressa a revisão judicial da lei, coube à jurisprudência da Suprema Corte assentar as bases do princípio da *judicial review*¹¹⁰ que se tornaria pedra angular do constitucionalismo moderno à guisa de encetar o relacionamento entre *gubernaculum* e *iurisdictio*.

¹⁰⁸ O *Body of liberties* foi revisado e aprovado definitivamente em 1648 e Matteucci, com absoluta razão, aponta sua natureza constitucional afirmando que: “De hecho, tenemos normas que definen los derechos y las libertades de los ciudadanos, otras que definen la estructura del gobierno en su diferentes órganos; tenemos igualmente un código penal y un código procesal, y no faltan normas que protegen a los animales. Extrañas y Lejanas entre ellas son las fuentes de estas normas, por lo que, mientras la sección 1 deriva de los artículos 39-40 de la Carta Magna, la sección 49, que contiene lo casos en que se debe aplicar la pena de muerte, está enteramente basada en la Biblia. La única manera de entender este documento en su entera unidad se situarlo históricamente en la lucha dirigida por los *freemen* y por los disputados contra la oligarquía de los magistrados, ocupados solamente en realizar la nueva Jerusalén. Es, precisamente, esta lucha la que nos da la clave para leer este texto. Se lucha para limitar el <poder> de los magistrado o, si se quiere, para adecuarlo a la medida humana de los pecadores, no reconociendo a los <regenerados> y a los <elegidos> virtudes particulares. Pero cuando se dice <poder> es necesario entenderse: no se contestaba la política interna o exterior de los magistrados, ya sea por los pocos problemas que presentaban, ya sea por la vasta autonomía local; los *freemen* no querían participar más en la dirección política del gobierno, en definitiva no estaban movidos por preocupaciones o por exigencias democráticas. A los *freemen* les interesaba sobre todo la actividad judicial de los magistrados o, por retomar conceptos medievales, que en este caso son mucho más pertinentes que las ideologías modernas, a los *freemen* les interesaba el momento de la *iurisdictio* y no el del *gubernaculum*. Por esto en 1634 quieren participar en el proceso legislativo; por esto, con el *Body of liberties* obtienen las grandes garantías de la *Magna Charta* (*life, person, honor or good name*), la inamovilidad de los tribunales, el proceso por injuria, el debido proceso legal y, en fin, la publicidad de las leyes.” (MATTEUCCI, op. cit. pp. 200 – 201).

¹⁰⁹ Idem, p. 199.

¹¹⁰ Matteucci resalta a atuação do presidente da Suprema Corte norte-americana, John Marshall « que durante 34 años, de 1801 a 1835, dirigió con mano firme sus trabajos, y cuyas sentencias forman un *corpus* importante, que tuvo gran influencia en el desarrollo del derecho americano ». Destaca o emblemático caso *Marbury X Madison* de 1803, onde Marshall afirmou que «el deber del Tribunal Supremo de examinar las leyes del Congreso: en los Estados Unidos “los poderes del legislativo están definidos y limitados; y, con el fin de que estos límites no puedan ser mal interpretados u olvidados, la constitución escrita. Es expreso cometido y deber del poder judicial decir cuál es la ley. Los que aplican la regla a los casos particulares deben necesariamente exponer e interpretar esta regla. Si dos leyes están en desacuerdo entre sí, el Tribunal debe determinar el campo de aplicación de cada una de ellas. Así, si una ley está en desacuerdo con la constitución, el Tribunal debe determinar cuál de estas dos reglas en desacuerdo se aplica al caso. Esta es la verdadera esencia de la función judicial. Si el poder legislativo cambiase una norma constitucional, ¿el principio constitucional debería ceder ante el acto legislativo? De esta manera la particular fraseología de la Constitución de los Estados Unidos confirma y refuerza el principio, que se supone esencial a todas las constituciones escritas, de que una ley contraria a la constitución es nula, y que los tribunales, como las otras ramas del gobierno, están vinculados por este instrumento”. La revisión de las leyes a través del proceso es así definitivamente afirmada; y se había afirmado como el elemento esencial de una constitución escrita, cuyas normas eran superiores a las emanadas por el poder legislativo.” (MATTEUCCI, op. cit. p. 169).

E o Estado Liberal que se erigia tanto na América quanto na Europa partia do pressuposto de que é possível, conquanto difícil, a relação entre *gubernaculum* e *iurisdictio*. Essa relação pressupunha a submissão do exercício do poder ao império da lei.

1.2 A experiência do Estado de Direito Liberal, Social e Democrático

Quando forjada pela doutrina alemã¹¹¹, a expressão *Rechtsstaat* (Estado-de-Direito) queria significar “um Estado de garantias jurídicas e de respeito às liberdades constitucionais do homem e do cidadão.”¹¹². Teorizava-se, portanto, uma experiência constitucional que consubstanciava a passagem da estrutura feudal do medievo, para uma nova estrutura, advinda com a vitória das revoluções burguesas, onde a autoridade exercia o poder sob o império da lei de tal sorte a propiciar a vivência da liberdade. Percebe-se, pois, desde a sua origem, a base ideológica em que se encontrava mergulhada a expressão que traduzia assim a estrutura estatal oitocentista sob o influxo do liberalismo, rompendo com os modelos monárquicos absolutistas.

Entre nós, a discussão assumiu grande relevância quando, no final da década de 70 e início dos anos 80, a sociedade brasileira começava a livrar-se das garras da ditadura militar, defendendo-se a anistia daqueles banidos por ostentarem postura contra o sistema e bradando por eleição direta para presidente da república. Naquela época, o Estado brasileiro vivia sob o pálio do bipartidarismo. Com efeito, a manifestação da vontade política encontrava-se vazada pelos sectários da Aliança Renovadora Nacional – ARENA, ou pela militância do Movimento Democrático Nacional – MDB, que se opunha ao governo militar sustentado por aquele.

Naquele cenário, qualquer político vinculado à ARENA não hesitava em afirmar que o Brasil se constituía um Estado de Direito, ao passo que se a pergunta fosse dirigida a um militante do MDB, a resposta, sem dúvida, seria negativa. Isso porque, entendiam os

¹¹¹ Cfe Matteucci “Um ideal que teve sua origem na Prússia do século XVIII, sob a influência de diversas experiências culturais e políticas.” Entre tais experiências ele aponta a necessidade de um controle da atividade da administração pública, já que a formação de uma complexa máquina burocrática havia cotidianamente colocado o cidadão em contato com possíveis abusos, a fim de submetê-la ao cumprimento da lei, cujo ideal de certeza encontrava-se amplamente difundido desde a codificação promovida por Frederico II (MATTEUCCI, Nicola. “Constitucionalismo”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. 1. Brasília: UNB, 2007, p. 251).

¹¹² PINTO FERREIRA, op. cit. p. 101.

partidários do MDB que não bastava a existência de uma ordem jurídica capitaneada por uma constituição para assegurar a existência de um Estado de Direito, sobretudo quando os direitos humanos eram violados e o Estado não assumia sua responsabilidade social. De efeito, parece, numa primeira abordagem, que tanto os sectários da ARENA, quanto do MDB, encontravam-se com razão. É que ambos empreendiam análise do tema sob vertentes distintas.

Deveras, é sabido: a ordem é um valor nitidamente fundante dentro do plexo axiológico jurídico. O Estado pressupõe ordem. É preciso que reine a ordem para que seja possível a realização de todos os outros valores, chegando-se, assim, à justiça como valor notadamente fundado. A esse declarado escopo, o direito se avulta como o principal meio para ordenar a vida social. É dizer, em outras palavras, que há ordem quando as condutas se encontram normativamente definidas ou modeladas deonticamente por uma proibição, uma obrigação ou uma faculdade. Encontrando-se as condutas definidas, decorre que a ordem se volta para garantir as condições de subsistência e como corolário ter-se-ia a instalação de condições de segurança e de certeza das relações intersubjetivas.

Decorre desta análise que todo Estado é ordem. Ordem porque disciplina condutas através de normas jurídicas que, em conjunto, formam uma só ordem unitária que, segundo Kelsen, se identifica com o próprio Estado¹¹³. Nessa linha, se todo Estado é ordem jurídica, e esta ordem jurídica traz em seu bojo o conjunto de todas as normas disciplinadoras de condutas, que nada mais é do que o próprio direito positivo, conclui Kelsen que “o Estado pode ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito”¹¹⁴. Sob este enfoque, a expressão “Estado de Direito” é tautológica, já que todo Estado, conquanto ordem jurídica, fica formalmente reduzido ao seu próprio direito positivo.

Nesse sentido, enfrentada a questão apenas sob o prisma formal, avulta-se inteiramente apropriada a lição de Bernadette Pedrosa, quando registra que “as monarquias absolutistas do começo da idade moderna e as atuais repúblicas autocráticas são Estados no mesmo sentido em que são as mais aprimoradas democracias representativas, isto é, são ordens coercitivas. São, se preferir usar a expressão já agora carente de sentido, Estado de Direito.”¹¹⁵.

¹¹³ Vide nota nº 58.

¹¹⁴ Vide nota nº 59.

¹¹⁵ PEDROSA, Maria Bernardette Neves. *Estado de Direito e Segurança Nacional*. Tese apresentada à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Curitiba: OAB, 1978, p.11.

Na verdade, o que transforma uma sociedade em Estado é a existência de um ordenamento jurídico efetivo incidindo sobre a vida de um grupo de pessoas que habitam determinada região. Não se pode cogitar, sem dúvida, da existência de Estado sem Direito e, portanto, é correto afirmar que do ponto de vista formal todo Estado é “Estado de Direito”. O exame da matéria não pode se afastar, primeiramente, do aspecto formal da questão como acentua Böckenförde:

De hecho esta cuestión se planteaba primariamente en el ámbito formal y de adecuación de los procedimientos, y se refería de modo preferente a la Administración: el concepto del Estado de Derecho tenía que extenderse también a esta. La aplicación de la inviolabilidad y la primacía de la ley también a la acción de la Administración, la construcción de un <<Derecho administrativo vinculante para ambas partes>> - en analogía con el Derecho civil -, la existencia de una protección jurídica judicial efectiva también frente a la Administración, la creciente configuración legislativa del Derecho administrativo material y orgánico en dirección a la realización de la libertad civil, todo ello eran y fueron caracteres esenciales del concepto del Estado de Derecho.¹¹⁶

Porém, toda ordem jurídica encontra-se inserida num contexto existencial, histórico e ideológico. As normas jurídicas não são imunes a valor. Contrariamente, uma conduta é permitida quando ela realiza um valor que o direito faz questão de valorar, ela [conduta] se torna obrigatória se o valor que realiza é imprescindível para garantir a ordem, e, ainda, a conduta é proibida se realiza valor nocivo ao direito. A eleição de valores volta-se para o alcance dos fins, dos objetivos eleitos pelo Estado, que podem, grosso modo, ser sintetizados num ideal de justiça, que é exigência da política. E, sob tal contextura, quando a análise se volta para o exame do conteúdo da ordem, a questão básica a saber é se a ordem é justa.

Libertar o conceito de direito do conceito de justiça é difícil, senão impossível, porque ambos estão imbricados e profundamente mergulhados no discurso jurídico-político. Sob tal prisma, assevera Kelsen que há mesmo uma confusão correspondente à “tendência ideológica dar aparência de justiça ao direito positivo.”¹¹⁷. Enfocada assim a questão sob o prisma material, a fim de enfrentar o conteúdo da ordem, haverá “Estado de Direito” quando a ordem for justa. Assim, num exame apriorístico e sob uma perspectiva lógica, dada uma ordem que realiza os valores *a, b, c, d e e*, sendo estes os valores indispensáveis para alcançar o ideal de justiça, estar-

¹¹⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 25 – 26.

¹¹⁷ KELSEN, 1992, p. 13.

se-ia diante de um “Estado de Direito”. Se, por outro lado, uma ordem deixa de realizar um daqueles valores, deixaria de ser “Estado de Direito”. A conclusão é necessariamente que alguns Estados não são “Estado de Direito”. Sob o enfoque desse entendimento, Dworkin, ao enfrentar o tema, assinala que:

Há, na verdade, duas concepções muito diferentes do Estado de Direito, cada qual com seus partidários. A primeira é a que chamarei de concepção “centrada no texto legal”. Ela insiste em que, tanto quanto possível, o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos. O governo, assim como os cidadãos comuns, devem agir segundo essas regras públicas até que elas sejam mudadas, em conformidade com regras adicionais sobre como elas devem ser mudadas, que também são especificadas no conjunto das normas. A concepção centrada no texto jurídico é, ao meu ver, muito restrita porque não estipula nada a respeito do conteúdo das regras que podem ser colocadas no texto jurídico. Enfatiza que, sejam quais forem as regras colocadas no “livro de regras”, elas devem ser seguidas até serem modificadas. Os que têm essa concepção do Estado de Direito realmente se importam com o conteúdo das normas jurídicas, mas dizem que isso é uma questão de justiça substantiva e que a justiça substantiva é um ideal diverso que não é, em nenhum sentido, parte do ideal do Estado de Direito. Chamarei a segunda concepção do Estado de Direito de concepção “centrada nos direitos”. De muitas maneiras, é mais ambiciosa que a concepção centrada no livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos *quando da exigência de cidadãos individuais* por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável. O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais. Não distingue, como faz a concepção centrada no texto legal, entre o Estado de Direito e a justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique.¹¹⁸

Como se vê, se de um lado é certo que o ponto de partida para exame da questão encontra-se jungido a seu exame formal, por outro lado, é mais certo ainda que o exame do conteúdo da ordem, onde estarão plasmados os valores que satisfaçam plenamente o ideal de justiça, revela o verdadeiro matiz que possuirá o condão de qualificar uma sociedade como autêntico Estado de Direito, onde os direitos inerentes à pessoa humana integrem o conteúdo material das normas jurídicas e restem estabelecidas regras para salvaguarda de sua permanência, proibição de supressão, além de mecanismos para assegurar sua eficácia.

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 6 – 7.

Foi com profunda conotação política que o liberalismo concebeu o “Estado de Direito”. Haveria um valor sem o qual seria impossível alcançar a justiça: a liberdade. A liberdade para todos numa sociedade limitada pelo Direito, onde o poder deveria ser exercido de forma desconcentrada.

Enquanto na França o poder do soberano hipertrofiava-se em detrimento dos Estados Gerais, na Inglaterra ocorria o contrário, o parlamento inglês adquiria cada vez mais poderes em detrimento do poder real. Daí a preocupação de Montesquieu em separar os poderes e fixar-lhes a esfera de competência.

A primeira constituição a adotar o princípio da separação dos poderes foi a norte-americana de 1787. Já a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 dispõe em seu art.16: “Toda sociedade em que a garantia dos Direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”. Depois, a Constituição Francesa de 1791 adotou o princípio que, a partir daí, tornou-se práxis nas constituições do mundo moderno.

Na verdade, o exercício despótico do poder é incompatível com a vivência da liberdade. Só com a divisão dos poderes, lembra Groppali, é que há uma

maior garantia da liberdade individual, fixada de modo preciso as atribuições de cada um dos poderes, o cidadão é assegurado em sua liberdade, seja pela certeza do direito que regula as relações sociais, seja pelo fato de tanto os órgãos do poder executivo quanto os do poder judiciário, privados da atividade legislativa no exercício de suas funções, serem contidos nos limites de normas pré-constituídas pelos órgãos do poder legislativo.¹¹⁹

A autoridade e a liberdade sempre foram aparentemente inconciliáveis e, para o exercício desta, impõe-se a limitação daquela. Daí porque se pode afirmar que o jusnaturalismo é o pressuposto filosófico fundamental do Estado liberal, erigido sob três matizes: 1º) a liberdade encarada como *liberdade-defesa* ou *liberdade-autonomia* em face do poder do monarca; 2º) a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais à vida e à liberdade, sob suas várias acepções (deambulatória, de crença, sobretudo); 3º) o respeito da parte do Estado através de limites pré-constituídos e estabelecidos em normas a tais direitos, o que conduzia a uma postura negativa do Estado diante deles, e que Canotilho denomina *abstinência estatal*.¹²⁰

¹¹⁹ GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1953, 8ª ed., p. 213.

¹²⁰ CANOTILHO, op. cit. p. 519.

Para viabilizar essas pretensões, reconhece com acerto Mônia Leal que se desenvolve “a idéia de necessária mensurabilidade de todas as manifestações do poder do Estado, pela qual todas as atividades de poder devem ter um funcionamento calculável e previsível, por meio da existência de normas pré-fixadas, destinadas a pautar as condutas futuras.”¹²¹. O exercício da liberdade exige condições de clareza e certeza. Somente a norma legislada poderia estabelecer estas condições. A legalidade surge como dado imprescindível. Nessa perspectiva, prossegue Leal, “o Estado passa a ter competências e atribuições bem definidas, sendo que o melhor instrumento para ordenar esses regramentos é a lei.”¹²². Na verdade, a idéia não era original; já mesmo na Idade Antiga, atribui-se a Cícero a difusão da máxima: “sejamos escravos da lei para podermos ser livres”.

Significa dizer, desde aí, que no modelo clássico de organização, a relevância recaía sobre a função legislativa exercida ao escopo de limitar o exercício do poder pelo Executivo. Ou por outras, como expressa Bonavides:

Na sociedade estatal, a liberdade primitiva, para ser parcialmente recuperada, fez-se liberdade jurídica. A organização política restitui aos indivíduos, através da lei e da participação na elaboração da vontade estatal, os direitos que estes lhe haviam cometido, limitando a própria liberdade, ao estatuírem as bases do contrato social.¹²³

Essa liberdade, todavia, não se estendia efetivamente às classes menos favorecidas. Restringia-se a uma generalização apenas nominal e, como faz ver Bonavides “disso não advinha para a burguesia dano algum, senão muita vantagem demagógica, dada a completa ausência de condições materiais que permitissem às massas transpor as restrições do sufrágio e assim concorrer ostensivamente, por via democrática, à formação da vontade estatal.”¹²⁴

O Estado liberal, com efeito, limitou-se apenas a reconhecer direitos – é certo, agora de forma expressa, pois o *ius nom scriptum*, inadequado, porque revelava um direito contingente e circunstancial vinculado à vontade momentânea do monarca, cede espaço para o direito escrito que assume suas próprias conotações, como já se assentou, com o surgimento das primeiras constituições escritas e, depois, com o fenômeno da codificação que se estenderia por

¹²¹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. “Estado de Direito”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006, p. 290.

¹²² Idem, *ibidem*.

¹²³ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 38.

¹²⁴ Idem, p. 31.

todos os Estados europeus a partir do Código Geral Prussiano (*Preussisches Allgemeines Landrecht*) de 1794, com mais de 19.000 artigos, advogava toda autoconfiança em prol de uma proibição geral de interpretação judicial, conforme registra a pesquisa de Katharina Sobota¹²⁵.

Porém, proclamar direitos não significa assegurá-los. O Estado liberal, na verdade, revela-se o que se convencionou denominar de “Estado policial”, porque apenas reconheceu, fazendo vazar em normas jurídicas, as chamadas liberdades públicas, não se preocupando em estabelecer meios para que os direitos reconhecidos fossem efetivados. Na verdade, quem antes era escravo nas civilizações da antiguidade e tinha passado à condição de vassalo no sistema feudal, agora é um mero súdito do rei, com direitos inerentes à sua condição humana reconhecidos, sem que, todavia, o Estado se ocupasse de efetivamente assegurá-los. Com isso, o Estado assumia uma atitude passiva, abstendo-se de prestações voltadas para imprimir eficácia aos direitos fundamentais. Enfim, quem já era livre, continuava a ser, como igualmente quem não gozava de liberdade, não obstante agora a tivesse expressamente reconhecida, continuava na condição de aliado desse direito.

Pode-se afirmar que no Estado Liberal havia um vazio de legitimidade na medida em que o império da lei reduzia-se “a la mera función técnica de la garantía de la seguridad y calculabilidad jurídicas. De esa forma <<la legalidad del Estado de Derecho se presentaba como incapaz de sustituir a la legitimidad>>. Este vacío de legitimidad provoca por otra parte que surjan nuevas definiciones materiales del Estado de Derecho que sin duda reflejan las ideas de justicia que están detrás de cada una de las ideologías.”¹²⁶

A opção social veio para corrigir a falha e não desconsiderou os pressupostos filosóficos do Estado Liberal. No entanto, consciente de que só é vivenciada a liberdade onde se estabeleçam condições de igualdade, acrescentou um novo dado a ser observado.

Para Canotilho, a teoria social dos direitos fundamentais “ao contrário do que a teoria liberal defendia, não postula a abstinência estatal, antes, exige uma intervenção pública estritamente necessária à realização destes direitos; a intervenção estatal é concebida não como um *limite*, mas como um *fim* do Estado”¹²⁷. De fato, a pretendida efetividade dos direitos fundamentais passava necessariamente por exigir do Estado prestações existenciais de caráter

¹²⁵ SOBOTA, Katharina. “Não Mencione a Norma!”. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife*, nº 7, Recife: UFPE, 1995, p. 251, separata do *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991. Tradução de João Maurício Adeodato.

¹²⁶ BÖCKENFÖRDE, op. cit. p. 32.

¹²⁷ CANOTILHO, op. cit. p. 519.

positivo. Em outras palavras e trocando em miúdos, o Estado precisava descruzar os braços e criar condições para que o fraco se tornasse forte perante o forte. Assim, sem se afastar do pressuposto filosófico do Estado liberal, a preocupação vai recair sobre a igualdade. A verdade é que a concepção social revela que somente a igualdade é capaz de proporcionar a vivência da liberdade. Nas palavras de Böckenförde “el Estado social solo puede tener un significado: el de crear los supuestos sociales de esta misma libertad para todos, este es, el de suprimir la desigualdad social”¹²⁸. Vale aqui, enfim, o feliz registro atribuído a Jean-Paul Sartre: “só se é livre quando todos são livres”.

Assim, a atuação do Estado voltada para imprimir condições visando a implementar a igualdade a fim de garantir a vivência da liberdade, passou a exigir intervenção de sua parte em áreas que antes se supunha de atuação exclusiva da atividade privada. O Estado, com efeito, intervém na propriedade para limitar o seu abuso e assegurar sua função social, intervém na saúde, na educação, por meio de prestações positivas, desviando – sem desconsiderar, mas exatamente ao escopo de bem equacionar – a atenção do binômio *liberdade x autoridade* para o binômio *trabalho x capital*. A bem da verdade, o problema do Estado, ontem, hoje, e, ousa-se afirmar, sempre, será bem equacionar estes dois binômios. Portanto, do Estado interventor exige-se “tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todos os cidadãos, não como caridade, mas como direito político” conforme pontua Wilensky segundo Glória Regonini¹²⁹. Por isso o Estado social também é cognominado de Estado de Bem-Estar ou *Welfare State* como é chamado na experiência britânica quando a partir da segunda guerra mundial, a Inglaterra começou a tomar medidas nas áreas de saúde e educação garantindo serviços idênticos a todos os cidadãos independentemente de renda.¹³⁰

As pesquisas revelam¹³¹ que já mesmo no século XVIII, alguns Estados europeus estabeleceram medidas assistenciais como a Áustria, Rússia, Espanha e Prússia. O certo, todavia, é que as prestações decorriam da natureza de um Estado nitidamente patriarcalista, onde o monarca assumia a figura, podemos dizer, de um *Lord Protector* do povo. Significa dizer, portanto, que as medidas assistenciais não decorriam de uma atuação das camadas necessitadas, mas constituíam dádivas (*caritas*) e, portanto, eram desencorajadas pela ideologia do nascente

¹²⁸ BÖCKENFÖRDE, op. cit, p. 37.

¹²⁹ REGONINI, Glória. “Estado de Bem-estar”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, vol. 1. Brasília: UNB, 2007, p.416.

¹³⁰ Idem, ibidem.

¹³¹ Vide Regonini, op. cit.

capitalismo, que sob o influxo do liberalismo econômico e, pois, da livre concorrência, propagava um desvio do princípio “a cada um segundo os seus merecimentos”.

Mas o reconhecimento da necessidade de atuações prestacionais pelo Estado já se fazia eclodir no texto das Constituições mexicana de 1917 e na da Alemanha (Carta de Weimar) de 1919, quando se preocupavam em assegurar direitos sociais, encontrando-se marcadas por um forte intervencionismo na economia. Mas foi no pós-guerra que se experimentou uma maciça intervenção do Estado, a partir da experiência inglesa como já referimos e em decorrência da política norte-americana (*New Deal*¹³²) implantada pelo governo de Franklin Delano Roosevelt entre 1933 e 1937, ao objetivo declarado de recuperar a economia assistindo aos necessitados da Grande Depressão, bem como na destacada experiência dos países nórdicos, alvancada pelo pensamento do sueco Karl Gunnar Myrdal, que viria em 1974 a ganhar o Prêmio Nobel de economia.

A experiência do *État Providence* se erigiria obviamente adaptada à realidade histórico-econômico-cultural de cada Estado. Não poderiam vingar tentativas de aplicação dos modelos escandinavos, norte-americano ou anglo-saxão, sem que se impusessem as adaptações necessárias. De mais a mais, a realidade dos Estados periféricos apresentava um fator que não pode ser desconsiderado: o déficit educacional, herança do liberalismo que tornara o acesso à instrução um direito a poucos privilegiados da alta camada social. Se a industrialização é um dado comum a todas as experiências do Estado de Bem-Estar Social, dela afluindo a necessidade de prestações sociais temporárias ou permanentes, não se pode desconsiderar que a falta de instrução amesquinhava o desenvolvimento dos direitos políticos servindo de óbice à propagação das idéias e, como consequência, dificultando a organização sócio-política retardando o aparecimento e/ou fortalecimento de sindicatos, associações de classe e a própria participação política com o direito de voto. De fato, a constatação – hoje aceita por todos – foi muito bem resumida por Regonini ao afirmar que “o direito à instrução desempenha historicamente a função de ponte entre os direitos políticos e os direitos sociais: o atingimento de um nível mínimo de escolarização torna-se um direito-dever intimamente ligado ao exercício da cidadania

¹³² As conhecidas medidas do “novo acordo” iam desde a indenização de agricultores e concessão de linhas de crédito para o pagamento de dívidas; fixação de limites de produção e tabelamento de preços dos produtos ao escopo de controlar a concorrência; legislação para controle da bolsa e do mercado; estabelecimento de salário mínimo; redução da jornada de trabalho para quarenta horas semanais; auxílio desemprego; auxílio doença; e assistência à velhice e à invalidez.

política.”¹³³. Se esse dado pode ser de menor ou de nenhuma significação para o desenvolvimento e crise do Estado de Bem-Estar nos países europeus que deflagraram a sua experiência, o mesmo não se pode dizer para os Estados da modernidade periférica, como o Brasil, onde a crise no Estado de Bem-Estar-Social encontra-se intimamente ligada a esse fator e que aliado a outros, sobretudo a corrupção, revela o quanto é acertada a posição de Streck¹³⁴ no sentido de que a modernidade entre nós é tardia e se teria chegado ao Estado Democrático sem a consolidação do Estado de Bem-Estar-Social.

No Brasil, o assistencialismo da era Vargas e sua projeção sobre a experiência posterior notadamente nas décadas de 70 e 80 revelaram um arremedo de Estado de Bem-Estar-Social. As ações envolvendo políticas públicas serviam menos a um propósito de investimento e mais ao escopo assistencialista. As opções voltadas para reduzir a pobreza não implicavam em gerar novas riquezas, ou no mínimo melhor distribuí-las. Houve uma marcha no sentido de alcance dos direitos sociais, que restou, todavia, frustrada em face da imposição do discurso neoliberal. Os dados de 1991 revelavam que 30,7% das famílias possuíam renda inferior a dois salários mínimos. No Nordeste, essa proporção atingia 53%. 51,7% da renda era abarcada pelos 10% mais ricos da população ao passo que os 10% mais pobres restavam somente 0,7%. Cerca de 49,4% das pessoas ocupadas não contribuíam para nenhum programa de previdência social.¹³⁵

¹³³ REGONINI, op. cit. p. 417.

¹³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004a, pp. 21 -32.

¹³⁵ Dados obtidos em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado-previd%C3%Aancia> consulta realizada em 01.02.2008. Essa pesquisa revela que “Um primeiro programa de política econômica para tentar diminuir as distorções causadas por essa desigualdade de renda exacerbada foi o PIS/PASEP. Na área rural foram tomadas, na década de 1960, as primeiras iniciativas para estender a cobertura previdenciária aos trabalhadores rurais. O *Estatuto do Trabalhador Rural*, de 2 de março de 1963, regulamentou os sindicatos rurais, instituiu a obrigatoriedade do pagamento do salário mínimo aos trabalhadores rurais e criou o *Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural – FAPTR*, posteriormente, em 1969, denominado FUNRURAL (...). Em 1971, no Governo do General Médici, foi lançado o *Programa de Assistência Rural (PRORURAL)*, ligado ao FUNRURAL, que previa benefícios de aposentadoria e o aumento dos serviços de saúde até então concedidos aos trabalhadores rurais. Entre outras medidas, o PRORURAL previa a aposentadoria por velhice e por invalidez para trabalhadores rurais maiores de 70 anos de idade, no valor de ½ salário mínimo; pensão, equivalente a 70% da aposentadoria, e auxílio funeral, para dependentes do beneficiário; serviços de saúde, incluindo assistência médico-cirúrgico-hospitalar e tratamento odontológico; serviço social em geral (...) Mais recentemente, no governo Lula (2002 – 2010), foram implantados o Bolsa Família, que em 2006 atendeu 11 milhões de pessoas, e o projeto Renda básica de cidadania que, embora agindo numa direção acertada, foram apenas capazes de redistribuir menos de 1% do PIB brasileiro, e os valores distribuídos individualmente por esses programas ainda são nitidamente insuficientes para alterar para melhor a capacidade produtiva dos seus beneficiários.”

O quadro revela o angustiante problema da concentração de renda que assola a sociedade brasileira¹³⁶, que não tem merecido o adequado tratamento em nível de ações concretizadoras sejam legislativas, executivas ou mesmo aquelas que serão objeto de nossa preocupação nesta tese: as jurisdicionais. Em decorrência dessa odiosa concentração, o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) projeta-se em níveis assustadores quando o Brasil se vê colocado em posição inferior a 12 países da América Latina e Caribe, revelando a baixa qualidade de vida, os níveis insatisfatórios de alfabetização, educação, natalidade, perspectiva de vida, etc, não obstante tenha sido incluído entre os países de elevado índice de desenvolvimento humano quando no ano de 2007 atingiu o IDH igual a 0.800, o que, todavia, não possui o condão de subtrair a pecha – aliás merecida – que macula a imagem do País como um monumento de injustiça social, que estaria a merecer a previsão Hobsbawm no sentido de que o Brasil seria “o candidato à campeão mundial de desigualdade”¹³⁷ Divisa-se, é bem verdade, uma pequena alteração nesse quadro quando recentes pesquisas do IBGE revelam que a renda dos 20% mais pobres cresceu 5% ao ano¹³⁸, o que se tem tributado a programas como o Bolsa Família – de matiz nitidamente assistencial – mas não tem sido divisado incremento no aumento de renda das camadas assalariadas e a expansão do mercado ainda não se processa de modo a garantir nível desejável de emprego não obstante o crescimento paulatino da economia.

Nessa clivagem, a incessante luta por justiça distributiva, oportuniza a indagação de Streck e Bolzan: como pode o Estado, nesse contexto, atuar, intervir, para (começar a) resgatar a imensa dívida social?¹³⁹ O equacionamento desta questão passa pela crise do Estado de Bem-Estar Social, quando os problemas de caixa começaram a aparecer no final da década de sessenta, aprofundando-se nas seguintes, quando os recursos se apresentaram insuficientes para fazer face às crescentes demandas em decorrência dos contingenciamentos impostos de um lado,

¹³⁶ “Um dos métodos para se medir a concentração de renda é medir quanto o grupo formado pelos 10% mais ricos da população recebe em comparação ao grupo dos 10% mais pobres, conhecido como *P90/910* ou *10% mais ricos a 10% mais pobres* (...) No Brasil, a concentração de renda é tão intensa que o índice *P90/P10* está em 68 (2001). Ou seja, para cada Dólar que os 10% mais pobres recebem, os 10% mais ricos recebem 68. O Brasil ganha apenas da Guatemala, Suazilândia, República Centro-Africana, Serra Leoa, Botsuana, Lesoto e Namíbia.” Pesquisa disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Concentra%C3%A7%C3%A3o_de_renda . Consulta realizada em 01.02.2008.

¹³⁷ HOBBSAWM, Eric. *A Era dos Extremos. O breve século XX: 1914 – 1991*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

¹³⁸ Dados disponíveis em: http://p.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dnice_de_Developmento_Humano . Consulta realizada em 01.02.2008.

¹³⁹ STRECK e BOLZAN, 2004, conferir o capítulo 5: pp. 73 – 85.

pela crise energética de base petroquímica que assolou a humanidade, de outro, pelo desvio de recursos públicos pelos canais da corrupção e em direção ao espaço privado.

Pode-se vislumbrar, com efeito, que “os estudiosos do *Welfare State* consideram o seu desenvolvimento como uma quebra da separação entre a sociedade (ou mercado, ou esfera privada) e o Estado (ou política, ou esfera pública), como constituída na sociedade liberal”¹⁴⁰. Enquanto o arranjo satisfazia e permitia a canalização de interesses entre as duas esferas, não se divisaram problemas. O equilíbrio da comunicação é rompido pela crise fiscal, que limitou a atuação do Estado exigindo o acudimento de contrapartidas atuariais o que se processa em detrimento da acumulação capitalista que passa, a partir daí, a enxergar deficiências no sistema de distribuição orgânica da solidariedade que agrupam os programas sociais, descortinando uma visão anticonjuntural da despesa pública.

Nessa contextura, Rigonini aponta as perspectivas da crise do Estado de Bem-Estar-Social, agrupando o pensamento de vários autores sob duas vertentes:

Para um grupo de autores (Offe, 1977, Habermas, 1975), o Estado assistencial traz como resultado a “estatalização da sociedade”. Trabalho, rendimento, *chances* de vida não são mais determinados pelo mercado, mas por mecanismos políticos que objetivam a prevenção dos conflitos, a estabilidade do sistema, o fortalecimento da legitimação do Estado. A vontade política não se forma já pelo livre jogo das agregações na sociedade civil, mas se solidifica através de mecanismos institucionais que operam como filtro na seleção das solicitações funcionais ao sistema. Partidos, sindicatos e Parlamento atuam como organismos dispensadores de serviços, trocando-os pelo apoio politicamente disponível. Os resultados desse processo são diversos, dependendo do fato de se prever ou não a total extinção da autonomia da sociedade em face de um “despotismo administrativo” que levaria à total dependência dos indivíduos e dos pequenos grupos dos mecanismos públicos. As possibilidades de saída estão, portanto, confiadas à capacidade de resistência de alguns fragmentos da sociedade civil: círculos de vida privada, setores de economia concorrencial, grupos portadores de interesses não filtrados pelas instituições.¹⁴¹

Essa posição, conquanto se apóie em suportes verdadeiros (a filtragem dos interesses e das prestações por meio de instituições corporativas que induz a uma prática tão conhecida entre nós: o fisiologismo, e, ainda, a formação de blocos técnico-oligárquicos que de forma despótica vão controlar essa filtragem sob a condução da atividade administrativa), aponta para uma circunstância que, ao menos na experiência dos países periféricos deixa a desejar,

¹⁴⁰ REGONINI, op. cit. p. 418.

¹⁴¹ Idem, p. 418

quando aposta no resultado de um processo dialógico no âmbito de um espaço público onde os agentes se apresentam tão desiguais, com ínfimas possibilidades de inclusão para as camadas mais pobres da população, cujos interesses realmente não logram passar pelo crivo do aparato técnico-burocrático. A análise dos conteúdos filtrados revela os interesses corporativos neoliberais, que põem mais em evidência na crivagem o sistema econômico que o sistema político.

A segunda vertente aponta que a crise do Estado de Bem-Estar-Social “pode ser entendida também como um processo de “socialização do Estado” (Rose, 1978, Huntington e Crozier, 1975)”. Segundo Regonini estes autores, põem particularmente em evidência este aspecto, e a partir daí ela prossegue afirmando que

o Estado assistencial difundiu uma ideologia igualitária que tende a deslegitimar a autoridade política; a disposição do Estado a intervir nas relações sociais provoca um enorme aumento nas solicitações dirigidas às instituições políticas, determinando a sua paralisia pela sobrecarga da procura; a competição entre as organizações políticas leva à impossibilidade de selecionar e aglutinar os interesses, causando a total permeabilidade das instituições às demandas mais fragmentadas. O peso assumido pela administração na mediação dos conflitos provoca a burocratização da vida política que, por sua vez, leva à “dissolução do consenso”. Baseando-nos nesta análise, torna-se claro que as possibilidades de saída da crise ficam entregues à capacidade de resistência das instituições, à sua autonomia em face das pressões de grupos sociais numa perpétua atitude reivindicativa (...) estes resultados, tão distantes a que se chega pelo estudo da crise do *Welfare state* com as categorias de “Estado” e “sociedade” demonstram pelo menos uma coisa: o desenvolvimento e consolidação do Estado assistencial nos últimos cem anos constituem um processo tão profundo, distanciam tanto esta instituição das que a precederam que tornaram amplamente inadequado o esquema conceptual elaborado pelas teorias clássicas para definir o Estado e suas funções.¹⁴²

Como já assentamos, temos resistência, de nossa parte, em levar o aumento das demandas à causa decisiva da crise atuarial do Estado de Bem-Estar-Social. A ela aglutina-se, como afirmamos, o problema da corrupção¹⁴³ com o desvio dos recursos públicos. Por outro lado, se é verdade que a competição entre as instituições políticas pode frustrar a seletividade de

¹⁴² Idem, p. 419.

¹⁴³ Os Indexadores de Percepção da Corrupção apontam que o Brasil caiu da 59ª (quanto maior a colocação, mais corrupto o país) posição da lista de 2004, para 62ª posição em 2005, com 3,7 pontos. Na análise da Transparência Internacional “a liberdade excessiva dos governantes brasileiros para indicar aliados políticos para ocupar posições na administração do Estado” e “os episódios relacionados ao escândalo do mensalão deixam claro que uma estratégia anticorrupção integrada a uma abordagem ampla é necessária”. Dados obtidos em http://pt.wikipedia.org/wiki/Corrup%C3%A7%C3%A3o_pol%C3%ADtica . Consulta realizada em 29.2.2008.

interesses, a canalização desses interesses para satisfação das políticas neoliberais capitalistas tem conseguido, ela sim, deslegitimar, dessa maneira, o poder político.

As observações críticas que ora deduzimos às causas da crise do Estado de Bem-Estar Social, projetadas a partir de aumento da demanda e de deslegitimação do poder do Estado, fortalecem-se com um exame mais acurado da realidade periférica brasileira, onde qualquer sociólogo, politólogo ou jurista – que faça valer essa qualificação – não poderá se distanciar da conclusão de que a esfera pública sempre esteve distante e alheia às camadas mais pobres da população. Nesse sentido registra Cármen Lúcia Antunes Rocha que

O poder no Brasil sempre se estruturou à margem do cidadão. Na verdade, não é que o povo seja marginal ao poder estatal brasileiro. Esse é que nunca quis “se misturar” com o povo e faz a sua própria história à margem daquele. Planos, projetos, órgãos estatais, nada funciona em termos de direitos fundamentais enquanto a adesão do povo ao projeto político cidadão, respeitador e respeitante aos direitos fundamentais dos brasileiros, de todos os brasileiros. O poder público no Brasil tem sido, tradicional e infelizmente, muito pouco público, muito pouco do povo. Ele é exercido não pelo povo ou em seu nome e interesse, mas por uns poucos grupos que o dominam desde os primórdios, em seu nome e em seu próprio e único interesse. Desde o “descobrimento” de um Brasil que não estava, aliás, “encoberto”, mas colonizado por um poder exercido no interesse do colonizador, cujo grupo compunha o núcleo do comando que os portões dos palácios não sabem daqueles que não têm teto. Quem joga caviar fora não pode imaginar a fome dos que não têm sequer um naco de pão velho para se alimentar. Quem pisa em tapetes persas custa a saber da ingloria dos que lutam por um pedaço de chão onde pisar sem medo e sem se esconder. O fantástico descompasso entre uma Constituição contra a qual alguns insurgem ao argumento exatamente de que “reconhece e assegura” direitos “demais” e uma sociedade na qual se reconhecem violações constantes e gravíssimas dos direitos humanos tem causas diversas e uma história comum: a história de um Estado no qual o autoritarismo dominou e continua a porejar nas diferentes estruturas de poder. Do “guarda da esquina” ao ocupante do mais alto cargo político da organização, a distância do cidadão comum e a condição de um poder sem controle e acima de tudo – inclusive do Direito – todos os quadrantes da organização social e política brasileira são tocados por um arbítrio que não conhece ou faz por desconhecer os limites negativos e positivos que os direitos fundamentais do homem impõem.¹⁴⁴

Deveras, o espaço público cede terreno para uma falsa liberdade, que se erige sob o influxo de um atonismo que fragmenta a atuação individual sob os matizes de vários papéis que deságuam inevitavelmente naquele que é erigido à condição central do homem: o indivíduo

¹⁴⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “O Constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais”. In: *Revista do Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal*, vol. 1, n. 3. Brasília: CJF, set./dez. 1997, p. 85.

consumidor, fazendo com que o indivíduo deixe-se “arrastar passivamente pelo mar da mobilidade social, pela persecução dos objetivos de consumo”¹⁴⁵ Se aliarmos a isso o desinteresse pelos assuntos públicos¹⁴⁶ – o que decorre, sem dúvida, da frustração com a maneira, os rumos e resultados do processo seletivo – não será difícil compreender a *apatia política*¹⁴⁷ que tem assolado as democracias contemporâneas e vazada numa “indiferença em relação aos acontecimentos da vida pública”.¹⁴⁸

Essa indiferença aos assuntos públicos tem servido aos propósitos do capitalismo neoliberal na exata medida em que enseja a manipulação da vontade coletiva¹⁴⁹. Com efeito, lembra Gobardo que

¹⁴⁵ BARCELONA, Pietro. *El Individualismo Propietario*. Madrid: Trotta, 1996, p. 132.

¹⁴⁶ Segundo Böckenförde “Las consecuencias de un déficit de la representación democrática pueden presentar en cada caso intensidades y formas diversas. Hoy en día se ponen de manifiesto especialmente en la creciente presentación de iniciativas ciudadanas (através da subsidiariedade participativa), y también en el distanciamiento respecto de los partidos políticos o de la política en general.” (BÖCKENFÖRDE, op. cit, p. 154).

¹⁴⁷ Böckenförde chama a atenção para que a expressão “tédio estatal” não designa o problema de forma adequada. Segundo ele, “No se trata de tedio respecto del Estado, sino respecto del sistema de domínio de los partidos, debido al constatado déficit de representación democrática material en la actuación de los partidos políticos” (Idem, ibidem). Acreditamos que a expressão etimológica *apatia política* tem um sentido mais amplo, na medida em que revela uma atitude de consentimento passivo à manipulação da vontade política.

¹⁴⁸ ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. “As Aporias da Democracia: uma (Re)Leitura Possível a partir de Max Weber e Jürgen Habermas”. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 96.

¹⁴⁹ Analisando o emergente niilismo político em face da manipulação da vontade política e apoiando-se no pensamento de Gramsci, Gobardo escreve: “Gramsci aponta que o maior erro teórico do economicismo está justamente na separação que promove entre sociedade civil e sociedade política. Por consequência lógica, o Estado passa a ser olhado de fora pela sociedade civil, em que pese sua identificação na realidade fatural. Como afirma o autor, tal deturpação gera um afastamento entre o indivíduo e o Estado, na medida em que o individualismo é um “apoliticismo animalesco”. O fenômeno criticado por Gramsci repete-se na pós-modernidade, na medida em que a ideologia continuamente condicionadora da cultura é o neoliberalismo. E cisão entre o político e o cultural, entre o indivíduo e o Estado, promove uma apatia geral, que se auto-reproduz no imaginário popular, aplacando a possibilidade de construção de uma vontade coletiva. Um verdadeiro tipo de niilismo democrático. Analisando a questão, assevera Andrew Samuels que “se um diálogo verdadeiro entre os dois campos, o da realidade interior e o da realidade política, não pode ser alcançado, acabaremos assistindo a uma política interior de ineficácia autojustificativa, cheia de retórica sobre a alma e o significado, mas sem nenhuma capacidade de influência em relação ao eleitorado ou aos corredores do poder.” Essa apatia democrática pode ser bem localizada quando verificado o constante abrandamento das paixões coletivas pelo indivíduo, ao lado de um aumento das paixões individuais pela coletividade. As paixões são manifestadas isoladamente, dentro de casa, e em geral têm caráter contemplativo. Estas paixões têm caráter apolítico, restringindo-se a um caráter meramente cultural e psicológico (na realidade substitui-se a paixão pelo desejo). “A vontade coletiva pulveriza-se em vontades individuais”. Um dos pilares do niilismo, defendido pelo ideário liberal, mas que está arraigado no ambiente mental pós-moderno, é o do determinismo histórico. Assim, se o destino é fatal, não resta espaço para a ação, seja ela individual ou coletiva. Para o economicismo, composto por teóricos da livre troca, “existem leis objetivas para o desenvolvimento histórico, com o mesmo caráter das leis naturais, acrescentada da persuasão de um finalismo fatalista semelhante ao fatalismo religioso. Já que as condições favoráveis fatalmente surgirão e determinarão, de modo um tanto misterioso, acontecimentos revigorantes, não só se revelará inútil, mas danosa, qualquer iniciativa voluntária tendente a predispor certas situações segundo um plano.” Outro fundamento niilista é o excessivo realismo político, que “leva muitas vezes à afirmação de que o homem de Estado só deve atuar no âmbito da realidade fatural”, e em assim fazendo, não precisa, e não deve, se interessar pelo “dever-ser”, mas apenas pelo “ser”. Cristaliza-se nesse contexto o

Na democracia dos antigos, a liberdade individual era condicionada pela prevalência da cidade. Ao contrário, o indivíduo, como singular pessoa moral e racional, é fundamento ético da democracia liberal, pois, nas palavras de Bobbio, ele é o “melhor juiz de seu próprio interesse” (...) Como bem aponta Martin Carnoy¹⁵⁰, a existência do Estado somente não é contestada quando considerado como fornecedor de meios à existência de liberdade, necessária à incrementação de um sistema de levada produtividade material, na qual a desigualdade é inevitável. O liberalismo pressupõe uma separação radical entre organização do Estado (imbricada à democracia política) e a organização da economia (ligada direta e exclusivamente ao desempenho social, entendido este como a soma dos desempenhos individuais). Nessa perspectiva, acredita-se na existência de um “senso de dever” individual que determina o social, ainda que involuntariamente e insuficientemente.¹⁵¹

Assim se erige a bandeira do *neoliberalismo* que hoje é erigida em defesa da globalização apregoando notadamente a liberação dos mercados, a desregulamentação, o minimalismo estatal, o controle da inflação, a primazia das exportações, cortes nas despesas sociais, redução de déficit público, concentração de poder mercantil e financeiro (apenas?) nas grandes empresas e bancos transnacionais. A partir daí, pontua Lima, “o papel do Estado seria o de garantir e proteger o livre mercado, reduzindo-se e/ou suprimindo-se as tutelas estatais no âmbito social. Segundo os corifeus do neoliberalismo, no embate entre a democracia e a liberdade, vista a última sob o enfoque econômico, esta deveria prevalecer.”¹⁵²

A redução do déficit público tem implicado a repressão de demandas com a supressão de políticas públicas, porque não se admite – em defesa da falsa liberdade – que o Estado assuma posturas intervencionistas no mercado ou simplesmente no sistema financeiro

que Manoel Gonçalves Ferreira Filho denomina de uma “cultura da sujeição”, pois não há nada que uma pretensiosa vontade coletiva possa fazer, devido às limitações da realidade fática. Mas, pergunta Gramsci, “o que é esta realidade fática? É talvez algo de estático e imóvel, ou não é antes uma relação de forças em contínuo movimento e mudança de equilíbrio?” A pergunta de Gramsci permanece atual, notadamente quando se pretende construir a figura de um pós-moderno príncipe, concretizado na figura de um espírito ético estatal. O terceiro sustentáculo do niilismo político construído a partir da ótica gramsciana consiste na dificuldade de se estabelecer a diferença entre o estrutural (orgânico) e o conjuntural (ocasional). Para o moderno príncipe, a atuação política derivada de uma vontade geral não pode ser imediatista, embora realmente se verifique que nas análises histórico-políticas, em geral: (...) ou se apresentam como imediatamente atuantes causas que, ao contrário, atuam mediatamente, ou se afirma que as causas imediatas são as únicas causas eficientes. Num caso, manifesta-se o exagero de “economicismo” ou de doutrinário pedantesco; no outro, o excesso de “ideologismo”. Num caso, superestimam-se as causas mecânicas; no outro, exalta-se o elemento voluntarista e individual. A distinção entre os “movimentos” e fatos orgânicos e movimentos e fatos de “conjuntura” ou ocasionais deve ser aplicada a todos os tipos de situação.” (GOBARDO, Emerson. “O Pós-Moderno Príncipe e a Busca pela Tranquilidade da Alma”. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp. 19 – 21)

¹⁵⁰ A referência pode ser localizada em CARNOY, Martin. *Estado e Teoria Política*. Campinas: Papirus, 2003.

¹⁵¹ GOBARDO, op. cit, pp. 18/19.

¹⁵² LIMA, Abili Lázaro Castro de. “Globalização Econômica e Crise dos Estados Nacionais.”. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 154.

onde a ordem é desregulamentar, reduzindo o mais possível a atuação do Estado. A tensão poderia, enfim, ser assim resumida: se o Estado tem sido um mau gerente, deixe que o indivíduo livremente (a esfera privada) saiba bem se mover para suprir aquilo em que o Estado falhou, basta que proceda aos ajustes fiscais necessários, significa dizer: reduza a carga tributária e corte seus gastos! A idéia foi muito bem colocada por Canotilho¹⁵³ quando afirma que “a redução das despesas públicas obriga a cortes orçamentais e ao drástico emagrecimento do aparelho organizativo do Estado [necessários, sob o prisma do ideário do *terceiro capitalismo*¹⁵⁴] ao equilíbrio do défice orçamental indispensável à criação de um clima atractivo para investimentos [que] não é compatível com a administração pública herdada do “Estado máximo”.” Em nome desse clima favorável para investimentos, “as políticas públicas optam por encaminhar os dinheiros públicos para grandes investimentos infra-estruturantes (aeroportos, vias férreas, auto-estradas) em vez de os desonerar para os serviços garantidores da efectivação de direitos sociais”, anota ainda Canotilho que questiona, nessa contextura, ou seja, diante da “*governance* do terceiro capitalismo, qual o lugar do princípio da sociabilidade social, que postula o reconhecimento e a garantia dos direitos sociais.¹⁵⁵

Enquanto o Estado amarga frente à escassez de recursos para fazer face aos investimentos sociais, bancos obtêm a cada ano lucros fabulosos e as grandes empresas multiplicam cada vez mais seu patrimônio, mercê de ardilosas “estratégias de fugas – seja via sonegação, seja via *administração* tributária – projetando, por conseqüência, uma menor arrecadação fiscal.”¹⁵⁶ Como se sabe – anota Canotilho – “a evasão fiscal anda de mãos dadas, muitas vezes, com a fraude e a lavagem de dinheiro. Além de impotente no combate às actividades ilícitas, o Estado Social vê os seus recursos em permanente retrocesso.”¹⁵⁷

E, para não ir mais além, ficando ainda no âmbito da experiência periférica brasileira, basta pensar que passados vinte anos da promulgação da Constituição de 1988, a

¹⁵³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 05/11/2008, p. 7.

¹⁵⁴ “Em substituição do Estado Social constitucionalmente conformado propõe-se – umas vezes de forma sub-reptícia, outras vezes em termos abertamente frontais – que o terceiro capitalismo com a sua sociedade aberta conduz necessariamente a um corolário lógico: a empresa privada, a actuar no mundo global, será o único sujeito capaz de responder a um modelo de acção social universal.” (CANOTILHO, 2008, p. 5)

¹⁵⁵ Idem, pp. 5 e 7, passim.

¹⁵⁶ BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 41.

¹⁵⁷ CANOTILHO, 2008, p. 7.

tributação sobre as grandes fortunas ainda é letra morta no Texto, nos impelindo a testificar o acerto das colocações ora deduzidas e indagar se há realmente interesse das elites dominantes de implementar as propostas emancipatórias previstas no núcleo essencial vazado no art. 3º da Carta... É preciso se (re)pensar o arranjo democrático.

Impende assentar que os pressupostos filosóficos do liberalismo e do Estado social foram encampados pelo Estado Democrático de Direito. Não obstante, a liberdade, agora, tem um novo sentido, não quer mais significar a liberdade-autonomia, porém uma liberdade participação. A preocupação não é mais o homem indivíduo, mas o homem-membro da sociedade. No dizer de Bernardette Pedrosa “o autêntico Estado de Direito não se pode satisfazer em fixar o modo de *como* deve ser exercido o poder; é igualmente decisivo estabelecer *quem* deve exercê-lo.”¹⁵⁸. Nesse mesmo sentido, Bobbio, buscando uma definição mínima de democracia, inspira-se em Kelsen¹⁵⁹ para afirmar que

o único modo de chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. Mas até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada como base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos.¹⁶⁰

Confira-se que este ponto de partida para enfrentar a teoria democrática também foi divisado por Dworkin na passagem aqui já citada, quando ele insiste em que, “tanto quanto possível, o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas

¹⁵⁸ PEDROSA, op. cit. p.13.

¹⁵⁹ Quando o mestre da Escola de Viena em sua análise epistemológica de matiz positivista aponta para o Estado Democrático como sendo aquele em que há liberdade política, o que existiria quando o indivíduo participa do processo de criação e aplicação normativa e, por isso submete-se à vontade política estabelecida (KELSEN, 1992, p. 278). Essa liberdade política ensinaria, segundo Kelsen, uma vontade geral que se legitimaria se erigida a partir da obediência a procedimentos formais de investidura e exercício do poder pré-estabelecidos pelo Direito que, assim, limitaria o próprio Estado, fazendo surgir uma auto-obrigação da parte deste na medida em que ocorreria a submissão do Estado ao Direito por ele próprio criado (KELSEN, 1979, pp. 416 – 417).

¹⁶⁰ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 8ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002, pp. 30 – 31.

à disposição de todos. O governo, assim como os cidadãos comuns, devem agir segundo essas regras públicas até que elas sejam mudadas, em conformidade com regras adicionais sobre como elas devem ser mudadas, que também são especificadas no conjunto das normas”.¹⁶¹

Não obstante, definir *quem* deve e *como* deve ser exercido o poder pode conduzir a um simulacro do consenso democrático quando alguns fatores podem desvirtuar a vontade popular. Nesse quadro, exsurge no Estado democrático o princípio da legitimidade como essencial. Não basta a desconcentração do poder, é necessário que o seu exercício pelos órgãos competentes repouse no consentimento popular; não basta a proclamação solene dos direitos, é preciso cercar o indivíduo de garantias para preservar e evitar que estes direitos sejam sufocados pelo exercício da autoridade. Não basta definir *quem* exerce e *como* o poder é exercido, é imprescindível que o arranjo democrático revele a vontade da maioria dos indivíduos de sorte a legitimar a repartição dos benefícios e também dos prejuízos¹⁶².

No fundo, portanto, sempre estará a pugna existente no binômio *Autoridade x Liberdade*, ainda que cada um desses monômios passe por metamorfoses. Deveras, agora, ao indivíduo deve estar assegurada a participação na formação da autoridade – que não mais exerce o poder sob manifestação divina, senão submetida a uma racionalidade imprimida pelo direito – e nas tomadas de decisão. A liberdade-autonomia cede espaço para a liberdade-participação, tudo ao escopo de ensejar que “o Estado que faz e desfaz o direito, esteja essencialmente limitado por ele”.¹⁶³

Nessa ordem, portanto, a idéia de Estado Democrático de Direito sempre estará ligada a dois fatores: 1º) a limitação jurídica e legitimação do poder; 2º) a igualdade jurídica projetada na eficácia dos mecanismos garantidores dos direitos fundamentais, aí incluídos não apenas os direitos individuais, mas também os direitos sociais e, ainda, os chamados direitos de solidariedade, como o direito à paz, ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade, ao meio ambiente equilibrado e às relações de consumo sadias. Somente a concepção democrática pode proporcionar a existência de tais pressupostos. E por isso Bolzan escreve que o

¹⁶¹ DWORKIN, 2001, p. 6.

¹⁶² Atento a isso Bolzan escreve que o consenso democrático não é construído “apenas definindo-se *quem* e *com quais procedimentos* está legitimado a decidir”. Ao contrário, divisa ao lado disso “um projeto de reanjo das relações intersubjetivas que está calcado [...] na idéia de um viver comunitário, onde os interesses que atingem os indivíduos produzem inevitavelmente benefícios ou prejuízos compartilhados, desde uma perspectiva na qual o projeto democrático apresente-se como uma utopia em constante (re)construção” (BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 45).

¹⁶³ SALDANHA, Nelson. *Estado de Direito, Liberdades e Garantias*. Recife: UFPE, 1980, p. 9.

conteúdo do modelo democrático “se aprimora e complexifica, posto que impõe à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo de transformação do *status quo*. Produz-se, aqui, um pressuposto teleológico para além daquele já presente no *finalismo social*, cujo sentido deve ser incorporado aos mecanismos próprios ao Estado de Bem-Estar-Social, construídos ao longo do último século¹⁶⁴.” Avulta-se, nessa conformidade, que a expressão “Estado de Direito Democrático” torna-se tautológica, na medida que o Estado Democrático satisfaz e pressupõe os requisitos do Estado de Direito na versão liberal e na versão social e vai mais além.

1.2.1 Novo paradigma de legitimação: a subsidiariedade participativa nos trilhos da expansão ascendente do poder

Nelson Saldanha, na linha daquilo aqui já rascunhado quando começamos a descortinar o problema do Estado de Direito, afirma que “o conceito de “Estado de Direito” não se define por via meramente formal, isto é, pelo aspecto correspondente à legalidade, sendo necessária a presença de uma efetiva legitimidade que fundamente a ação estatal, bem como de valores jurídicos e sociais que realmente plenifiquem, na ordem política, a atuação dos poderes governamentais”.¹⁶⁵

Portanto, não é a existência de uma constituição onde se estabeleça a separação dos poderes, proclamem-se os direitos fundamentais e suas respectivas garantias, bem como, a existência de um significativo número de leis que caracterizarão o Estado Democrático de Direito. De nada adiantará toda esta legalidade se, montada sobre ela, persiste o arbítrio político. O primado do direito se torna inútil se as autoridades não agirem nos limites traçados pela norma, se extrapolarem estes limites e agirem elegendo os interesses próprios ou de grupos, em detrimento do interesse geral. No autêntico Estado de Direito, a lei, elemento disciplinador da liberdade, deve avultar-se como expressão da justiça e fazer vir à tona a vontade geral, minimizando-se, desde aí, o conflito entre a norma discutível em seu conteúdo, porém positiva, e um direito justo, mas não plasmado na forma de lei.¹⁶⁶ Emerge, desde aí, a necessidade de o princípio da

¹⁶⁴ BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 38.

¹⁶⁵ SALDANHA, op. cit. p. 26.

¹⁶⁶ Ver a respeito RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y Derecho Supralegal*. Buenos Aires: Abeledo-perot, Colección Nueva Teoría, 1962.

representatividade assumir conotações próprias que não são encontradas nas estruturas autocráticas. O ato delegatório, as eleições periódicas e o reforço dos mecanismos da democracia direta como as consultas populares ou o *referendum* podem conduzir a uma aparência democrática que na verdade pode revelar aquilo que Bolzan convencionou denominar *fantochização da democracia* onde os interesses da maioria podem resultar mascarados, esvaziando a representatividade que resultaria, em detrimento do Estado de Direito, quedada a um estereótipo formal

seja em face das dificuldades técnicas trazidas pelo tipo e conteúdos dos temas postos em discussão, o que transformou a política, muitas vezes, em refém das referências tecnológicas, das estatísticas, das probabilidades e das valorações macro e microeconômicas, o que dificultou/inviabilizou a tarefa política com o jogo dialético de pretensões, seja, ainda, pelo volume quantitativo das questões postas à solução, o que implicou uma atividade *full time* que exclui o cidadão – ocupado demais em prover o seu cotidiano – do jogo político, ao mesmo tempo em que exclui o político do debate social dos temas.¹⁶⁷

O cenário do espaço público político se enfraquece, segundo ainda Bolzan, diante do “contexto do jogo econômico global de um capitalismo financeiro... (que) ao menos tendencialmente, (propicia) o desaparecimento de alternativas reais de escolha posto que se estabelece um estereótipo de desdiferenciação de propostas, de desidentificação de candidaturas, etc., conduzindo o cidadão a um processo de apatia política”¹⁶⁸

Essa indiferença em relação aos assuntos da vida pública se projeta, sem dúvida, a partir da hipercomplexidade social, sobretudo em decorrência de uma de suas características: a tendência burocratizante e tecnocrata, que conduz a uma escolha cesarística do líder carismático, transformando uma opção de escolha em uma pacificação hipostática.¹⁶⁹

Na verdade, o exercício do poder revela que a democracia amarga frente a uma tendência enormemente centralizadora. Com efeito, o Estado contemporâneo¹⁷⁰ se viu diante de sérias dificuldades para atingir suas finalidades. A escassez dos recursos, a passagem de uma

¹⁶⁷ BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 54.

¹⁶⁸ Idem, p. 55.

¹⁶⁹ A respeito conferir ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres, no artigo aqui já citado.

¹⁷⁰ O étimo, aqui, estará sendo utilizado no sentido empregado por Bolzan: “Estamos utilizando o termo contemporâneo com “c” minúsculo, pois estamos lidando com as questões que envolvem o Estado nos dias atuais, e não apenas na sua formulação como Estado Contemporâneo, caracterizado, como sugere Cezar Pasold, pelo desempenho de um caráter finalístico vinculado à idéia de *função social*.” (BOLZAN DE MORAIS, 2002, p.14).

economia de mercado para uma economia globalizada, planificada, de difícil controle pelo processo de criação e aplicação normativa, sobretudo diante do aspecto multifacetário das relações de produção e consumo de bens e prestação de serviços, a concentração de riquezas, as políticas salariais, previdenciárias, assistenciais, em suma, tudo isso tem exigido do Estado bem administrar os escassos recursos, visando otimizá-los em defesa do desejável nível de bem-estar social de seus povos, o que não tem sido tarefa fácil. Nesse espaço, lembra Bobbio que

Tecnocracia e democracia são antitéticas: se o protagonista da sociedade industrial é o especialista, impossível que venha a ser o cidadão qualquer. A democracia sustenta-se sobre a hipótese de que todos podem decidir a respeito de tudo. A tecnocracia, ao contrário, pretende que sejam convocados a decidir apenas aqueles poucos que detêm conhecimentos específicos. Na época dos Estados absolutos, como já afirmei, o vulgo devia ser mantido longe das *arcana imperii* porque era considerado ignorante demais. Hoje o vulgo é certamente menos ignorante. Mas os problemas a resolver – tais como a luta contra a inflação, o pleno emprego, uma mais justa distribuição de renda – não se tornaram por acaso crescentemente mais complicados? Não são eles de tal envergadura que requerem conhecimentos científicos e técnicos em hipótese alguma menos misteriosos para o homem médio de hoje (que apesar de tudo é mais instruído)?¹⁷¹

Isso tem determinado, segundo o sempre lembrado autor italiano, um “contínuo crescimento do aparato burocrático, de um aparato de poder ordenado hierarquicamente do vértice à base e, portanto, diametralmente oposto ao sistema de poder democrático.”¹⁷² De fato, a experiência tem mostrado que as decisões, no mais das vezes, são tomadas sem a necessária vinculação à vontade dos governados e que “o governo contemporâneo é cada vez menos um governo de leis, cada vez mais um governo de homens (...) grande parte das obrigações que pesam sobre o homem não resultam da lei (...) provêm de atos ‘com força de lei’ editados pelo Executivo: Decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos, etc.”¹⁷³

Esse acúmulo cada vez maior da função legiferante no Poder Executivo – que engrossa a tendência burocratizante do Estado contemporâneo – justifica-se, talvez, em decorrência das necessidades prementes da atividade estatal em acompanhar o desenvolvimento por que passa a sociedade hipercomplexa e hipercontingente, e daí o ceticismo de alguns autores

¹⁷¹ BOBBIO, 2002, p. 46.

¹⁷² Idem, p. 47.

¹⁷³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “A revisão da doutrina democrática”. In: *Problemas Brasileiros. Revista Mensal de Cultura*. ano XVII, nº 189. São Paulo: 1980, p. 13.

quando se debruçam na análise sobre o futuro do Estado. Shils¹⁷⁴, entre cinco espécies de sistemas políticos que apresenta, fundamentando-se na experiência dos Estados do pós-guerra, é completamente descrente, e nenhuma de suas opções (Democracias Políticas, Democracias Tuteladas, Oligarquias Modernizantes, Oligarquias Totalitárias e Oligarquias Tradicionais) se coadunam com a concepção do Estado de Direito.

A propósito, para Dallari “a racionalização objetiva implicando formas autocráticas de governo” é um dos caracteres futuríveis do Estado, mas ao lado disso vê a necessidade de uma “integração crescente do povo nos fins do Estado”. E arremata o ilustre publicista: “Estas duas peculiaridades aparentemente opostas à primeira vista, deverão ser conjugadas para a obtenção de um novo equilíbrio interno”¹⁷⁵, que seja de tal sorte que as demandas políticas possam ser veiculadas sem serem sufocadas por uma decisão política (legislativa ou executiva) desidentificada com a vontade da maioria dos concernidos ou frustrada pela “resposta” técnica, indo, portanto, na contramão da lógica política democrática como poder ascendente.¹⁷⁶

Sem dúvida alguma este equilíbrio só se obtém quando, a par de todo o progresso científico e tecnológico, que inevitavelmente exige celeridade nas tomadas de decisão, conduzindo cada vez mais a um racionalismo centralizado do poder, o Estado possibilita a existência de condições de igualdade, não de igualdade formal, mas de igualdade pragmática, alcançada quando o interesse propulsor da atividade estatal está voltado para o povo e não para a satisfação dos interesses de grupos dominantes. O poder deixa de ser um fim para ser um meio, um instrumento para consecução do elemento finalístico, como função a ser cumprida. Para fazer face a essa tendência, preconiza Bobbio que

o processo de democratização, ou seja, o processo de *expansão do poder ascendente*, está se estendendo da esfera das relações políticas, das relações nas quais o indivíduo é considerado em seu papel de cidadão, para a esfera das relações sociais, onde o indivíduo é considerado na variedade de seus status e de seus papéis específicos, por exemplo de pai e de filho, de cônjuge, de empresário e de trabalhador, de professor e de estudante e até mesmo de pai de estudante, de

¹⁷⁴ SHILS, Edward. “Political Development in the New States”, *apud* DALLARI. Dalmo de Abreu. *O Futuro do Estado*. São Paulo: Ed. Moderna, 1980, p. 150.

¹⁷⁵ DALLARI, *op. cit.* p. 164.

¹⁷⁶ Cfe. BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 43.

médico e de doente, de oficial e de soldado, de administrador e de administrado, de produtor e de consumidor, de gestor de serviços públicos e de usuário, etc.”¹⁷⁷

É sob o influxo desse novo eixo que começa a formulação teórica do princípio da subsidiariedade. A idéia parte, portanto, do fato de que o Estado não tem conseguido atingir as finalidades, os objetivos pré-estabelecidos, ensejando, em decorrência, a atuação popular organizada e voltada para auxiliar, subsidiar a sua atuação, senão mesmo substituí-lo em determinados campos de atuação. Abre-se, aqui, espaço (lugares) para atuação de organizações não-governamentais (ONGs), associações comunitárias, de empresas, igrejas, sindicatos, sem falar no próprio incentivo impingido pelos governos locais no auxílio para a definição de metas, tarefas, dispêndios e prioridades, por meio de orçamentos participativos ou outros mecanismos de consultas, enfim, dos novos agentes sociais do chamado terceiro setor¹⁷⁸.

Obviamente, o florescimento do princípio da subsidiariedade pressupõe um espaço público alçado no pluralismo político, onde o Estado passa a densificar, coordenar e viabilizar os interesses dos variados segmentos. Isso significa que o Estado transforma-se em propulsor da liberdade-participação contrafática da antiga liberdade-autonomia do liberalismo. Essa perspectiva foi muito bem divisada por Baracho, que vê a necessidade de uma revisão na própria estrutura do Estado¹⁷⁹.

¹⁷⁷ BOBBIO, 2002, p. 67.

¹⁷⁸ Sobre a atuação do Terceiro Setor no Brasil consultar o site www.filantropia.org/OqueeTerceiroSetor.htm. As pesquisas realizadas no Brasil no ano de 2000 revelaram que “O terceiro setor possui 12 milhões de pessoas, entre gestores, voluntários, doadores e beneficiados de entidades beneficentes, além dos 45 milhões de jovens que vêm como sua missão ajudar o terceiro setor.” A pesquisa ainda revelou que o dispêndio social das 400 maiores entidades brasileiras foi de R\$ 1.971.000,00 e que ao todo elas já possuem 86.894 funcionários e 400.933 voluntários. Isso, repita-se, no ano de 2000.

¹⁷⁹ Segundo Baracho, “A elaboração teórica do Estado, aliada ao seu desenvolvimento na prática política, é resultante de etapas de seu desenvolvimento. As suas instituições básicas, sob o ponto de vista teórico e concreto, decorrem de anos de evolução política, tornando possível sua institucionalização. Essas circunstâncias demonstram a necessidade de uma revisão da própria estrutura do Estado. Estaria ela ultrapassada, tendo em vista a complexidade dos problemas econômicos, sociais, políticos e jurídicos. Não será ele, nos nossos dias, mecanismo de que não mais atende às grandes pressões sociais? As mutações estruturais e qualitativas da Sociedade contemporânea, conduz a questionamentos sobre o conceito de “pluralismo”. O pluralismo não é apenas uma maneira nova de afirmar a liberdade de opinião ou de crença. É um sistema que vincula a liberdade na estrutura social, não objetiva desvincular o indivíduo da sociedade. O pluralismo conduz ao reconhecimento da necessidade de um processo de equilíbrio, entre as múltiplas tensões na ordem social. O Estado pode chamar a si a tarefa de promover a decisão, assumindo, inclusive, a legitimidade do conflito. O poder do Estado não deve estar assentado em base unitária e homogênea, mas no equilíbrio plural das forças que compõem a sociedade, muitas vezes, elas próprias rivais e cúmplices.” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução”. In: *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional*. Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 103).

Nessa perspectiva, o respeito à diversidade e à tolerância propiciam a convivência necessária para o desenvolvimento de novas práticas de condensação da vontade coletiva exigindo um redirecionamento da dinâmica estatal que se vê alinhada sob novos conceitos de estrutura e função como faz ver o publicista mineiro:

As democracias de *poder aberto* não podem aceitar o entendimento shmitiano de que os interesses da sociedade colidem ou são incompatíveis com os interesses superiores do Estado. A auto-organização da sociedade não exclui o princípio da unidade política, desde que a unidade que se procura, por meio do consenso, é a que se efetiva na pluralidade. A unidade na diversidade, não suprime a estrutura social muitas vezes antagônica. Os conceitos de consenso e pluralismo são categorias gerais, necessárias ao discurso político e normativo. A legitimidade do conflito decorre da integração dos corpos intermediários, através do consenso e da tolerância, propiciando o máximo de convivência comunitária. A multifuncionalidade do Estado contemporâneo conduz ao realce que vem sendo dado à relação entre *Estado e Comunidade*, principalmente nas sociedades onde ocorre sólida base comunal, propiciando maior interação entre o poder central e os poderes periféricos (*federalismo, regionalismo, municipalismo*). As *alternativas da minoria à maioria*, com os objetivos de renovação, o equilíbrio recíproco entre os diversos segmentos da sociedade, a alternância democrática, as novas e múltiplas variáveis introduzidas na *Teoria da Constituição*, apontam a qualidade constitucional que reside no sistema formal de distribuição orgânica das funções, mas também na interpretação de leitura coordenada dos conceitos de função, estrutura e processo, por meio de conclusões, sugestões e práticas renovadas.”¹⁸⁰

A *expansão do poder ascendente* sob os trilhos da subsidiariedade avulta-se como um possível caminho para conter a tendência centralizadora, burocrática e tecnocrata do Estado em defesa do fortalecimento do ideal democrático. As novas relações sociais que emergem a partir daí “tendo como protagonistas sujeitos outros que não os indivíduos isolados, implicaram um açambarcamento por tais atores de funções tradicionalmente públicas. Assim, sindicatos e as organizações empresariais passaram a patrocinar determinadas atividades e produzir certas decisões que caracteristicamente se incluem no rol do poder soberano do Estado”¹⁸¹

¹⁸⁰ BARACHO, op. cit, pp. 103 – 104.

¹⁸¹ BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 30.

A emergência de novos pólos nômicos no âmbito do pluralismo jurídico¹⁸² tem sido objeto da reflexão de Bolzan que tem incessantemente chamado a atenção para o deslocamento/ocupação do espaço decisório por outros *loci* de poder num contexto de perda de centralidade e exclusividade da figura do Estado¹⁸³. Sustentando a (re)articulação desses novos espaços no ambiente federativo, o mestre gaúcho vai mais além para cogitar de um arranjo (neo)federalista que poderia ser “expresso sob nova roupagem que incorporaria, para além dos entes federados clássicos, novas esferas de práticas jurídico-políticas: o local, o regional e o supranacional; o estatal e o não-estatal. Ambos, e sobretudo o primeiro, se apresentam como possibilidades para a reinstalação de práticas políticas, quiçá de roupagem e conteúdo democrático”.¹⁸⁴

A perda do monopólio da criação e aplicação normativas com o aparecimento de novos espaços nômicos tem, como vimos, ensejado uma alteração de sentido na vetorização clássica da relação de dominação, guiada pelo *fenômeno da expansão ascendente do poder*. A idéia, também se encontra esboçada em Foucault quando assevera que

o importante não é fazer uma espécie de dedução do poder que, partindo do centro, procuraria ver até onde se prolonga para baixo, em que medida se reproduz, até chegar aos elementos moleculares da sociedade. Deve-se, antes, fazer uma análise *ascendente* do poder: partir dos mecanismos infinitesimais que têm uma história, um caminho, técnicas e táticas e depois examinar como estes mecanismos de poder foram e ainda são investidos, colonizados, utilizados, subjugados, transformados, deslocados, desdobrados, etc, por mecanismos cada vez mais gerais e por formas de dominação global.¹⁸⁵

¹⁸² “Se inúmeras dimensões podem ser encontradas no pluralismo filosófico, sociológico ou político, o pluralismo jurídico não deixa por menos, pois compreende muitas tendências, com origens distintas e características múltiplas. Torna-se difícil apontar uma certa uniformidade de princípios essenciais em razão da diversidade de modelos e autores, abarcando em sua defesa desde matizes conservadores, liberais, moderados e radicais até espiritualistas, sindicalistas, corporativistas, institucionalistas, socialistas etc. Essa situação de complexidade não impossibilita admitir que o principal núcleo para o qual converge o pluralismo jurídico é a negação de que o Estado seja a fonte única e exclusiva de todo o Direito. Trata-se de uma visão antidogmática e interdisciplinar que advoga a supremacia de fundamentos ético-sociológicos sobre critérios tecnoformais. Assim, minimiza-se ou exclui-se a legislação formal do Estado e prioriza-se a produção normativa multiforme de conteúdo concreto gerada por instâncias, corpos ou movimentos organizados semi-autônomos que compõem a vida social.” (WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 183).

¹⁸³ BOLZAN DE MORAIS, 2002, pp. 51, 55 e 80.

¹⁸⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. “Uma Democracia Federal. Novos Lugares para a Política Democrática”. In: AVELÃS NUNES, Antônio José e MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Orgs.). *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 187 – 188.

¹⁸⁵ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2002, p. 184.

Naquilo que aqui nos interessa, observemos ainda que para o renomado autor, a idéia de poder comporta uma dinâmica onde os indivíduos agem como pólos de transmissão imersos numa malha onde circulam para exercer e sofrer a ação do poder, que funciona e se exerce em *rede*.¹⁸⁶

Dentro dessa linha de argumentação é possível afirmar que o fenômeno da *expansão ascendente do poder*, guarnecido sob o manto da subsidiariedade, propicia o exercício do poder em *rede* que pode se erigir em tendência para fortalecimento da democracia, ao passo que, ao mesmo tempo, pode impingir gravitação, que a depender da intensidade com que o fenômeno se desenvolva poderá ter o condão de se não desviar, ao menos suportar em melhores condições os efeitos irradiantes de núcleos marginais ou hegemônicos de poder. A propósito, Bolzan chama a atenção para os “dilemas” da ocupação dos espaços de autoridade por atores os mais diversos – os econômicos e os marginais, em especial – descomprometidos com quaisquer tipos de estratégias de inclusão social próprias ao regime democrático”.¹⁸⁷

1.2.2 Projeção externa da legitimação: o problema da falta de unidade e autonomia do direito. Centro, periferia e a sociedade global heterárquica

O pluralismo jurídico-político, que sob tal contextura se irrompe, imprime, sem dúvida, uma perda da significação do Estado em sua concepção clássica, bem como introduz sensíveis alterações na ordem internacional. Efetivamente, o enfrentamento da capacidade do Estado definir os conteúdos normativos e decidir sobre o modo de aplicação tem revelado um lado muito preocupante da crise vivenciada pelo Estado contemporâneo. Não há como negar a fragilidade a que se encontra exposto nos dias atuais aquele que foi o centro de irradiação de decisão política e jurídica e assumia um *locus* de exclusividade na definição dos conteúdos de tal maneira que não admitia, no plano interno poder sequer igual para compartilhar essa função e, no plano internacional postava-se apenas ante o reconhecimento de iguais poderes para garantir a convivência da ordem. A irradiação da soberania, nessa conformidade, encontra eco desde o pensamento medieval com a defesa procedida por Bodin que a concebia como poder supremo,

¹⁸⁶ Idem, p. 193.

¹⁸⁷ BOLZAN DE MORAIS, 2004, p. 189.

absoluto, que não admitia nenhum outro maior que si (*Suprema potestas superiorem non recognoscens*)¹⁸⁸, não mais se sustenta diante da realidade das relações internacionais hodiernas. Com efeito, a idéia de um poder soberano cuja legitimação e limites encontram-se exclusivamente na norma por ele criada e aplicada, ou seja, dentro do domínio do normativo na esteira da visão preconizada por Kelsen¹⁸⁹, entra em confronto com a convivência internacional das últimas décadas e o irrompimento do fenômeno da globalização, que preconiza a projeção desta qualidade do poder do Estado entrelaçada num amálgama de relações que não se projetam exclusivamente no campo normativo.

Atento a este aspecto Ferrajoli, de início, já chama a atenção para que a “soberania é um conceito ao mesmo tempo jurídico e político, em torno do qual se adensam todos os problemas e aporias da teoria juspositivista do direito e do Estado”¹⁹⁰. Deveras, assim como o próprio direito não pode mais ser compreendido sob uma visão exclusivamente normativista porque legitimado e operado, como neste estudo já se está descortinando, mercê de um complexo de relações de inter-referências, a soberania, igualmente, não pode ser mais concebida, legitimada e operada num sistema hermeticamente fechado que seria o sistema jurídico do Estado concebido como fonte exclusiva de criação e aplicação normativa. A partir daí, divisamos uma concepção aberta da soberania para havê-la mesclada numa *rede* de inter-referências partindo do sistema jurídico para os sistemas político e econômico.

Essa visão concebida a partir do processo de mundialização, requer atenção redobrada porque esse processo enseja também o aparecimento de pólos nocivos, como alvitrados por Bolzan. Deveras, é preciso se ter presente que não apenas o capital, mas a ciência, a tecnologia, a cultura, romperam as fronteiras do Estado nacional, com a mesma amplitude que o crime organizado. Segundo Castells, “as atividades criminosas e organizações ao estilo da máfia

¹⁸⁸ BODIN, Jean. *Los Seis Libros de la República*. Caracas: Instituto de Estudios Políticos. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela, 1966, p 141.

¹⁸⁹ KELSEN, 1992, pp. 191. A Escola de Viena apontava para a circunstância de que é pressuposto de uma posição monista com primazia do direito estatal sobre o direito internacional (monismo nacionalista) a soberania absoluta do Estado. Sim, porque soberano seria apenas o “Estado cuja ordem jurídica fosse o ponto de partida de toda sua estrutura [...] O Direito Internacional é válido apenas por ser reconhecido pelo Estado mencionado em primeiro lugar, o qual é soberano porque a ordem jurídica internacional é considerada parte de sua ordem jurídica e, portanto, inferior a ela” (KELSEN, idem, p. 373). Daí porque, afastando o monismo nacionalista e adotando o monismo internacionalista, Kelsen, não obstante, divisasse a soberania como qualidade de uma ordem normativa, já abria espaço para uma concepção aberta quando afastava o solipsismo de Estado, o que pressupõe, obviamente, inter-referência, todavia, tomada apenas no campo da normatividade do direito internacional (KELSEN, idem, pp. 371 – 374).

¹⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno. Nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.1.

de todo o mundo também se tornaram globais e informacionais, propiciando meios para o encorajamento de hiperatividade mental e desejo proibido, juntamente com toda e qualquer forma de negócio ilícito procurado por nossas sociedades, de armas sofisticadas à carne humana”¹⁹¹ A existência de redes criminosas internacionais para disseminar violência, para tráfico de entorpecentes, órgãos, crianças, mulheres, armas e capital ilícito é fato comprovado. Como igualmente é realidade, para fazer face a esse fenômeno, o vicejamento de redes de proteção cuja atuação se expressa sob as mais variadas organizações não-governamentais¹⁹².

Esse amálgama de inter-referências, como se vê, ora se desenvolve em amparo ao processo democrático buscando a inserção do indivíduo e a integração de comunidades ao escopo de tutelar e ensejar a eficácia dos direitos humanos, ora se desenvolve exatamente ao fito contrário. Aqui, vê-se travada verdadeira batalha. Essa luta, no plano interno, tende, segundo estamos convencidos, a propiciar a consolidação do Estado Democrático de Direito, por meio de uma adequada relação entre *gubernaculum* e *iurisdictio*, que redunde para além da submissão do exercício da soberania aos limites normativos, alcançando a admissão, controle e gestão dos novos atores cuja atuação se voltem para imprimir uma maior legitimação do poder do Estado. Assim, desde que a norma resulte de um conserto novo por meio de revelar a vontade da maioria dos a ela concernidos, avultar-se-á, desde aí, soberana, de tal sorte que esse círculo garante a legitimidade e resolveria uma possível antinomia entre a soberania e sua limitação jurídica. Ferrajoli reproduz essa visão ao fazer ver que:

Essa antinomia, como já se viu, resolveu-se no plano do direito interno com o nascimento do estado constitucional de direito, em virtude do qual o direito regula a si próprio, impondo à sua produção vínculos não mais apenas formais, ou seja, relativos às suas formas, mas também substanciais, ou seja, relativos aos seus conteúdos, e assim condicionando não mais apenas o vigor das normas produzidas, mediante normas sobre os procedimentos, mas também sua validade substancial, mediante normas sobre os direitos fundamentais. No estado de direito, portanto, não existe nenhum soberano, a menos que não se entenda como “soberana”, como puro artifício retórico, a própria constituição, ou melhor, o sistema de limites e de vínculos jurídicos por ela impostos aos poderes públicos já não mais soberanos.¹⁹³

¹⁹¹ CASTELLS, Manoel. *A Sociedade em Rede*. 1º vol. da série “A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura”, 6ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 40.

¹⁹² Bolzan lembra a atuação em setores variados como à guisa de exemplo: ecologia (Greenpeace), direitos humanos (Anistia Internacional) e saúde (Médicos Sem Fronteiras). (BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 29).

¹⁹³ FERRAJOLI, op. cit, p. 40.

O problema, todavia, assume conotação diferente quando enfrentado em face da soberania externa. Deveras, a ausência no âmbito internacional de uma norma legitimadora que igualmente imponha ao Estado vínculos formais e materiais sempre ensejou o exercício da soberania de forma absoluta e unilateral. De tal sorte, quando hoje se cuida de estabelecer no plano externo um quadro formal e material legitimador e garantidor (*ius cogens*) – que implicaria e evidenciaria a antinomia entre soberania e direito – o que, obviamente, apenas se processaria, como ressalta Ferrajoli, parodiando Dworkin¹⁹⁴, se se “‘levar a sério’ o direito internacional, e, portanto, assumir seus princípios como vinculadores e seu projeto normativo como perspectiva alternativa àquilo que de fato acontece; validá-los como chaves de interpretação e fontes de crítica e deslegitimação do existente; enfim, planejar as formas institucionais, as garantias jurídicas e as estratégicas políticas para realizá-los”¹⁹⁵, a discussão repousa em grande dificuldade e tem se assistido a retornos em nome dos interesses nacionais.¹⁹⁶

Enquanto isso não se efetiva, multiplicam-se as violações aos direitos fundamentais, à paz e à segurança e outro caminho não se avulta se não divisar e operar a soberania sobre outro paradigma de modo a acompanhar o que acontece, o que existe: o desenvolvimento de núcleos de poder (não apenas estatal) hegemônicos e voltados para atuação em rede de modo a infundir, difundir e perpetrar as mais atroz violações ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É esse contexto que revela o ambiente de mudanças onde o Estado nacional está atuando neste novo milênio¹⁹⁷. Esse ambiente impõe uma agenda de políticas públicas na qual o

¹⁹⁴ Referência ao título do livro *Taking Rights Seriously*. Na tradução brasileira: *Levando os direitos a sério*. DWORKIN, Ronald. Martins Fontes, 2002.

¹⁹⁵ FERRAJOLI, op. cit. p. 46.

¹⁹⁶ Como o que tem acontecido quando as comunidades nacionais reprovam a Constituição da União Européia, apenas a título de exemplo num plano de supranacionalidade comunitária.

¹⁹⁷ Hobsbawm as profundas modificações que começaram a eclodir a partir do segundo pós-guerra “Quando a economia transnacional estabeleceu seu domínio sobre o mundo, solapou uma grande instituição, até 1945 praticamente universal: o Estado-nação territorial, pois um Estado assim já não poderia controlar mais que uma parte cada vez menor de seus assuntos. Organizações cujo campo de ação era efetivamente limitado pelas fronteiras de seu território, como sindicatos, parlamentos e sistemas públicos de rádio e televisão nacionais, saíram portanto perdendo, enquanto organizações não limitadas desse jeito, como empresas transnacionais, o mercado de moeda internacional e os meios de comunicação da era do satélite, saíram ganhando. O desaparecimento das superpotências, que poderiam de qualquer modo controlar os Estados-satélites, iria reforçar essa tendência. Mesmo a mais insubstituível função que os Estados-nações haviam desenvolvido durante o século, a de redistribuir sua renda entre suas populações através das “transferências sociais” dos serviços de previdência, educação e saúde, e outras alocações de fundos, não mais podia ser territorialmente auto-suficiente em teoria, embora a maior parte tivesse de continuar sendo na prática, a não ser onde entidades supranacionais como a Comunidade ou União Européias a complementasse em alguns aspectos. Durante o auge dos teólogos do livre mercado, o Estado foi solapado mais ainda pela tendência de desmontar

Estado aparece tomando ciência que não mais detém o monopólio do direito, ante a atuação de antigos e novos atores num ambiente muito mais complexo e denso: uma autêntica rede, que constituiria a constelação pós-nacional desvelada por Habermas com estas palavras:

Assim como no século XIX o trem, o barco a vapor e o telégrafo intensificaram o trânsito de bens e das pessoas bem como a troca de informações, assim hoje em dia a tecnologia dos satélites, a navegação aérea e a comunicação digital criam novamente redes mais amplas e densas. “Rede” [Netzwerk] tornou-se uma palavra-chave, e tanto faz se se trata das vias de transporte para bens e pessoas, de correntes de mercadorias, capital e dinheiro, de transmissão e processamento eletrônicos de informações ou de circulações de pessoas, técnicas e natureza. Cadeias temporais comprovam as tendências globalizantes em muitas dimensões. O termo encontra igualmente aplicação na expansão intercontinental da telecomunicação, do turismo de massa ou da cultura de massa, bem como nos riscos transnacionais da técnica de ponta e do comércio de armas, nos efeitos colaterais mundiais do ecossistema explorado ou no trabalho conjunto internacional de organizações governamentais e não governamentais.”¹⁹⁸

Todavia, a globalização tem imprimido uma legitimação do poder através de uma identidade imposta, padronizada e não-diferenciada como aponta Castells¹⁹⁹. Ajustar os Estados periféricos à globalização tem conduzido a uma situação de exclusão, onde a soberania popular e o princípio da dignidade da pessoa humana têm sido postos de lado em face da sobrepujança de um unilateralismo massificante. Em nome da globalização tem-se levado à falência pequenas e médias empresas nacionais a fim de propiciar a entrada de produtos dos países do primeiro mundo. Tem-se assistido a privatizações, entregando-se, sem controle, o poder e a riqueza de empresas estatais, o que tem acarretado conseqüências desastrosas para as relações de consumo. Têm-se reduzido os direitos sociais, especialmente os dos trabalhadores, aniquilando-se com a proteção à despedida arbitrária, reduzindo-se salários, amesquinhando-se aposentadorias, tudo em nome de uma reforma social. Assiste-se, ainda, a uma redução significativa de aporte de recursos do governo central aos governos locais, desfigurando-se federações e fazendo-se tábula rasa do princípio da subsidiariedade, prejudicando o desenvolvimento das regiões mais pobres. Os sistemas de saúde e de educação têm cada vez mais sua responsabilidade imputada aos governos locais ou à própria comunidade. Com isso, sucateiam-se escolas e hospitais. Tudo, enfim, em defesa do que se preconizou chamar de

atividades até então exercidas, em princípio, por órgãos públicos deixando-as entregues ao “mercado”.” (HOBSBAWM, op. cit, pp. 413 - 414).

¹⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional. Ensaios Políticos*. São Paulo: Litera Mundi, 2001, p. 84.

¹⁹⁹ CASTELLS, Manuel. *O Poder da Identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 25.

“Reforma do Estado” ou “Modernização do Estado”, ao escopo de preparar o Estado que enfrenta o terceiro milênio em um mundo globalizado.

Esse contexto mais que nunca revela o nível de desigualdade entre as camadas da população, porque se evidencia uma enorme diferenciação entre *incluídos* e *excluídos* que, por mais paradoxal que seja, é incompatível – tanto com a democratização interna (do Estado de Direito), quando com a (des)ordem internacional globalizada – mas, ao mesmo tempo, a alavanca.

É por isso que julgamos pertinente a diferença entre *Estados-núcleos* e *Estados periféricos*, porque a inclusão na rede sistêmica peculiar à globalização marginaliza aqueles Estados que, como num passe de mágica, viram-se obrigados a se inserir na nova ordem sem que tenham conseguido, ainda, ultrapassar, as providências alinhavadas pelo Estado de Bem-Estar-Social, revelando uma *modernidade tardia* ou um *simulacro de modernidade*, na expressão de José Ribas Vieira desvelada por Streck²⁰⁰. Os chamados *Estados-núcleos* passaram pelo Estado de Bem-Estar-Social e são donos e operadores do sistema bancário internacional, controlam todas as moedas fortes, são os principais clientes do mundo, fornecem a maioria dos bens acabados, dominam os mercados internacionais de capitais, exercem considerável liderança moral dentro de muitas sociedades, são capazes de maciça intervenção militar, controlam as rotas marítimas, realizam a maior parte da pesquisa e desenvolvimento de tecnologia de ponta, controlam o ensino técnico de ponta, dominam o acesso ao espaço, dominam a indústria aeroespacial, dominam as comunicações internacionais e dominam a indústria de armamentos de alta tecnologia²⁰¹. Vê-se, dede aí, que os *Estados-núcleos* são centros de irradiação de decisão econômico-financeira, política, científico-tecnológica e cultural. Já os *Estados Periféricos* gravitam, impulsionados por essas demandas em torno do centro. E a tendência de se conduzir o debate político em torno de dois mundos: Norte – Sul, Oriente – Ocidente, Ricos – Pobres, Centro – Periferia, que se supunha encontrar-se ultrapassada em face do processo de globalização, volta (na verdade nunca deixou de estar) ao cenário.

Isso decorre, sem dúvida, da circunstância de que a globalização não tem conduzido a um processo de inclusão, ou por outras palavras, ela não conduz a um processo

²⁰⁰ STRECK, 2004a, p. 25.

²⁰¹ Características do centro condensadas por BARNETT, Jeffery R. “Exclusions as National Security Policy” *apud* HUNTINGTON, Samuel P. *O Choque de Civilizações e a Recompensa da Ordem Mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996, pp. 97 – 98.

homogêneo (nem poderia, porque os Estados periféricos, como o Brasil, ainda vivem numa modernidade tardia). Ela é modelada pelos interesses, objetivos e prioridades de segurança e do capital sediado em Estados hoje já não mais predominantemente ocidentais porque a China e Japão entram em cena. Ou será que ainda hoje, e não apenas nos anos do pós-guerra, para salvaguardar esses interesses os Estados Unidos, como a única grande potência que restou após o desmoronamento da União Soviética, a Grã-Bretanha e a França não se alinham para tomar decisões sobre questões políticas e de segurança? Ou será que os Estados Unidos não se alinham como a Alemanha, o Japão e dentro em breve estaremos assistindo a entrada em cena nestes arranjos da China, para decidir sobre questões de natureza econômica. E, enfim, será que alguém duvida igualmente que as decisões tomadas afetam a economia, a política e a segurança de tantos outros Estados? Isso Huntington²⁰² já fazia ver que ocorria no início do processo globalizante e certamente não deixou de ocorrer.

Avultam-se, desde aí, portanto, duas modernidades: a modernidade central e a modernidade periférica. Enquanto na modernidade central os efeitos da globalização são melhor assimilados porque os Estados passaram pela etapa do Estado de Providência, na modernidade periférica a crise se agudiza quando em busca de integração na sociedade global, divisa-se, com mais intensidade, a falta de autonomia das esferas de juridicidade, sobretudo a estatal em definir os conteúdos e os processo de criação e aplicação normativas²⁰³, de maneira a valorar a igualdade e a dignidade da pessoa humana como condições para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Ainda que se divise uma certa mobilidade no deslocamento do esquema “centro e periferia”, o que se pode perceber presentemente com a situação da China e talvez no futuro e em sentido inverso, com um possível colapso na economia norte-americana – aliás, os acontecimentos recentes, que fizeram eclodir a crise financeira, constituem sérios indícios – o certo é que a chamada *periferização do centro* mostra-se como uma tendência paradoxal não invalidando a distinção entre centro e periferia que segundo Neves

é analiticamente frutífera, na medida em que, definindo-se a complexidade social e o desaparecimento de uma moral imediatamente válida para todas as

²⁰² HUNTINGTON, op. cit. p. 97.

²⁰³ A visão pragmático-sistêmica de Luhmann bem explica essa crise quando desvela a hipertrofia do código (*ter/não ter*) da economia sobre os códigos binários de atuação dos sistemas jurídico (*lícito/ilícito*) e político (*poder/não-poder* ou *governo/oposição*). Consultar a respeito: LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, sobretudo pp. 117 - 152).

esferas da sociedade como características da modernidade, constata-se que, em determinadas regiões estatalmente delimitadas (países periféricos), não houve de maneira alguma a realização adequada da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional nem a constituição de uma esfera pública fundada na generalização institucional da cidadania, características (ao menos aparentes) de outras regiões estatalmente organizadas (países centrais).²⁰⁴

Aqui nesta tese, como pretendemos demonstrar a relevância da jurisdição no caminho da consolidação do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica, esta distinção assume relevância, porque a propagação de ondas de exclusão também em países do centro revela o equívoco em que laboram aqueles que sustentam a (falsa) liberdade como esteio do neo-capitalismo, que faz amargar a perda de autonomia do direito desmoronando o Estado de Bem-Estar-Social em lugares onde ele pôde se desenvolver, e inevitavelmente, ao mesmo tempo, revela o quanto as camadas de não-incluídos dos países da modernidade (tardia) periférica sofrem com os efeitos da globalização econômica.

Nesse diapasão, a questão repousa em saber se o direito se torna garante da ordem internacional ou se, de outro modo, a ordem internacional globalizada se torna garantidora do Estado Democrático de Direito. Dito, ainda, de forma diferente: é necessário que os Estados sejam democráticos para que a ordem internacional seja democrática? Ou a ordem internacional global se tornará democrática independentemente de alguns Estados não sê-lo? Neves se ocupa da questão imprimindo a ela uma análise sistêmica para concluir indo além de aportes de Habermas e Teubner, que a democratização do sistema internacional estaria a depender da democratização dos Estados.

A proposta de Habermas encontra-se assim sintetizada por Neves:

Habermas procura na unidade de uma política mundial transnacional a saída para os limites da capacidade reguladora e da força integrativa ou legitimadora do Estado Democrático de Direito na sociedade mundial hodierna. A concepção habermasiana lembra a idéia kantiana da possibilidade de paz entre as “Repúblicas” mediante “um *federalismo* de Estados livres”²⁰⁵, não recorrendo, porém, às instituições tradicionais da política internacional ou do direito internacional público. Diversamente, enfrenta a questão referente à busca de uma *política interna mundial* que estaria em condições de “explorar instituições e procedimentos” que seriam “necessários para a construção de interesses comuns ‘no sentido

²⁰⁴ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 227 – 228.

²⁰⁵ Conferir KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: edições 70, 1995.

de uma cidadania mundial’ e para a produção de um ‘regime global de bem-estar’²⁰⁶. Ao contrário da política internacional e do direito internacional público de feição clássica, “os *primeiros* destinatários de tal ‘projeto’ não são os governos, mas sim movimentos sociais e organizações não-governamentais, ou seja, os membros ativos de uma sociedade civil que ultrapassa as fronteiras nacionais.”²⁰⁷

A proposta de Teubner²⁰⁸, nas palavras de Neves²⁰⁹, implica verificar que a “Teoria do Direito é desafiada [...] a incluir em sua semântica e trazer para o centro de suas discussões a questão das ordens jurídicas globais e plurais, estruturalmente acopladas aos respectivos subsistemas da sociedade mundial.” Por essa via, os procedimentos específicos do Estado de Direito (*rule of law* e *due process of law*) alcançariam as ordens globais heterárquicas que se instalaram a partir de diferenciação e programação de outros subsistemas que ao lado do direito integram a ordem global mundial como a economia e a política, notadamente. Assim, tais procedimentos deixariam de pertencer com exclusividade ao Estado de Direito e passariam, igualmente, a receber estímulos dos outros subsistemas no ambiente da sociedade global, que atuariam sem a centralização do Estado Nacional, de onde proviria o caráter heterárquico da ordem.

O ponto de partida para deflagrar qualquer investigação por esse caminho requer, necessariamente, que se considere, como fez Luhmann, que “no hay nada en el plano de la sociedad del mundo que corresponda al acoplamiento estructural del sistema político y del sistema jurídico por la vía de las Constituciones”²¹⁰. Essa ausência na sociedade internacional de um acoplamento entre os sistemas político e jurídico decorre, primeiro, da circunstância de que a ordem mundial globalizada tem como código hipertrófico o *ter/não-ter* da economia e, segundo, porque, como lembra com precisão Teubner²¹¹:

Não só a economia é hoje em dia um sistema autônomo no plano global – também a ciência, a cultura, a técnica de saúde, a previdência social, o transporte, o sistema militar, a mídia e o turismo auto-reproduzem-se atualmente

²⁰⁶ Conferir HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional. Ensaios Políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001, entre outros títulos.

²⁰⁷ NEVES, op. cit. p. 269.

²⁰⁸ Conferir TEUBNER, Gunther. “A Bukovina global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional”. In: *Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas*, vol. 14, nº 33. Piracicaba: Unimep, jan./abr. 2003, pp. 9 – 31, entre outros.

²⁰⁹ NEVES, op. cit. p. 261.

²¹⁰ LUHMANN, 2002, p. 660.

²¹¹ TEUBNER, op. cit., pp. 9 – 31.

como ‘sistemas mundiais’ no sentido de Wallerstein e fazem, dessa maneira, concorrência à política internacional dos Estados nacionais, com sucesso.²¹²

É exatamente por isso que Bolzan, ciente da importância da Constituição “para o reconhecimento e desenvolvimento de um direito humanitário, mesmo sem que saibamos exatamente e com certeza sobre qual o espaço geográfico que incidirá o regramento constitucional – o nacional, o local, o regional, o mundial(?)” reconhece que o “seu papel (da constituição) não está terminado, mesmo que esteja passando por uma reformulação profunda, produto de uma realidade nova que impõe seja ordenada levando-se em consideração o seu cunho aberto e universalizado.”²¹³.

Realmente, apesar de toda a *constitucionalização do direito internacional* como se assiste no processo de unificação da Europa e de toda *internacionalização do direito constitucional*, com a abertura das constituições para acolher normas de direito internacional como princípios e tratados, ainda se divisa no direito nacional o ponto de partida para a existência e produção do sistema internacional. Todavia, é inegável que o processamento de comunicações intersistêmicas na sociedade internacional, cujo resultado é a criação de novos pólos heterárquicos, tem-se erigido em detrimento do desempenho da função sistêmica da constituição no Estado Nacional que é servir de acoplamento estrutural entre direito (*lícito/ilícito*) e política (*poder/não-poder*), de modo a permitir uma salutar inter-referência entre os dois sistemas, de maneira a canalizar e equalizar os interesses recíprocos, no conserto democrático. A questão se acentua quando entra em jogo na comunicação o código hipertrófico (*ter/não-ter*) da economia. E se no plano interno, as irritações causadas pelo código hipertrófico já acentuam e frustram a atuação dos direitos humanos como limites de capacidade de aprendizagem, o mesmo se projeta no sistema internacional exigindo, a toda evidência, uma institucionalização/programação, tanto interna, quanto internacional, para em nome do conserto democrático, proceder os ajustes necessários nessa linha de fratura. No caminho desse conserto, o fortalecimento da doutrina e do Poder Judiciário, estamos convencidos, constituem *loci* altamente privilegiados ao declarado escopo e suas funções necessitam ser re(visitadas).

²¹² É preciso, todavia, não olvidar, como aqui já ressaltamos a partir do pensamento de Bolzan e Castells, a existência, também, de núcleos heterárquicos nocivos e com atuação igualmente voltada para concorrer com o poder estatal como, por exemplo, a existência de redes criminosas internacionais para tráfico de entorpecentes, órgãos, crianças, mulheres, armas, capital ilícito, etc. (vide notas nºs 187 e 191).

²¹³ BOLZAN DE MORAIS, 2002, pp. 94 – 95.

A emergência de centros heterárquicos, ou seja, centros de poder produtores de direito que concorrem com o direito produzido pelo Estado Nacional, que caracteriza o fenômeno globalizante, revela a crise de unidade e mesmo de autonomia tanto no ambiente do direito interno, quanto na ordem internacional, dos sistemas que a integram, todos eles, além e sobretudo da política, da economia e do próprio direito. Teubner sustenta mesmo a falta de unidade que seria compensada com o irrompimento de “operações transjuncionais”. Nesse ponto, Neves diverge de Teubner para insistir na unidade, complexidade e multiplicidade de programas do sistema jurídico estatal, que não resultaria trivializada pelas comunicações deflagradas pelas operações entre sistemas heterárquicos:

Em vez de negar em geral a unidade do direito, tal como propõe Teubner, parece-me que caberia levar em consideração o fato de que no Estado Democrático de Direito o direito positivo, constituindo sistema jurídico diferenciado tanto funcionalmente quanto territorial-segmentariamente, não é uma “máquina trivial”, suscetível de ser caracterizada como uma unidade simples, invariante e instrumental na perspectiva de um observador externo. Configura, ao contrário, uma “máquina não trivial”, cuja unidade é não invariante, altamente complexa e múltipla, pois depende não apenas de uma pluralidade de observadores externos nos diferentes ambientes ou contextos do direito, mas também de uma multiplicidade de auto-observadores e autodescrições. Exatamente por isso não cabe falar de uma identidade simples do sistema jurídico do Estado Democrático de Direito, mas sim, utilizando a linguagem de Teubner, investigar as “identidades múltiplas” desse sistema. O seu código binário “lícito/ilícito”, no qual se assenta a unidade sistêmica, manifesta-se em uma multiplicidade de programas, contextos sociais, e problemas intra-sistêmicos, envolvendo-se em operações transjuncionais como outros códigos binários.²¹⁴

A opção de Neves privilegia o fortalecimento do Estado Democrático de Direito levando em consideração o novo *locus* onde irradiará sua atuação. Divisa-se, portanto, na ordem internacional globalizada, uma policontextualidade alavancada a partir de operações transjuncionais, o que, a bem da verdade, assegura a sua existência a par de não constituir um sistema social diferenciado. Por isso prossegue Neves propugnando, enfim, pela compatibilidade da concorrência entre o sistema jurídico do Estado Democrático de Direito e o pluralismo jurídico da sociedade mundial afirmando que:

Deve-se observar que a polivalência das operações transjuncionais pressupõe a bivalência dos códigos dos respectivos sistemas. Mediante essas operações é

²¹⁴ NEVES, op. cit, pp. 264 – 265.

possível “passar de uma contextura (uma distinção ‘positivo/negativo’) para uma outra e marcar, a cada vez, quais as diferenças que se aceitam ou se rejeitam para determinadas operações”. A policontextualidade implica não somente que haja operações transjuncionais entre o código “lícito/ilícito” do sistema jurídico do Estado Democrático de Direito e outros tipos de códigos sociais binários (“ter/não-ter”, “poder/não-poder”, “verdadeiro/falso”, “transcendente/imanente”, “amor/desamor”, “belo/feio”, “consideração/desprezo”, etc.), mas também que ocorram operações polivalentes entre o código “lícito/ilícito” sob o qual o referido sistema opera e outras manifestações do código binário do direito. Essas, por seu turno, não se reduzem nem àqueles códigos jurídicos que se afirmam, respectivamente, em outros sistemas jurídicos estatais segmentariamente diferenciados, nem ao código binário que se apresenta no direito internacional público, mas incluem igualmente os códigos binários específicos das ordens jurídicas globais plurais. Quer dizer: a referência à unidade não trivial, complexa e múltipla do sistema jurídico do Estado Democrático de Direito não exclui uma pluralidade de outras ordens jurídicas que estejam em relações permanentes de concorrência com esse sistema; portanto, não é, em princípio, incompatível com o pluralismo jurídico da sociedade mundial.²¹⁵

Na escolha de conteúdos e procedimentos, que tradicionalmente marcou a autonomia do direito do Estado Nacional, a função bivalente do código binário do direito se intensifica em defesa de sua unidade na medida em que ela mediatizar, tanto internamente, como na sociedade global, a marcação dos conteúdos pelo filtro do código *inclusão/exclusão*, de modo a privilegiar aqueles conteúdos que satisfaçam a igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana a fim de que os direitos humanos possam aparecer na policontextualidade como limite da capacidade de aprendizagem e condição de possibilidade das comunicações deflagradas no plano interno ou aquelas objeto das operações transjuncionais. E quando a função binária *inclusão/exclusão* mediatizar o irrompimento de operações por todos os sistemas, ela restará guindada a um meta-código²¹⁶, decorrendo, desde aí, a importância da Constituição como *locus* de fundamentabilidade dos direitos humanos permitindo a exata mediação em defesa deles; seja no plano interno, no âmbito de acoplamentos estruturais entre os sistemas; seja apontando o norte para as operações inter-sistêmicas no âmbito da transjuncionalidade heterárquica, na ordem global. Porém, é preciso estarmos atentos para os efeitos que daí podem advir já amplamente aqui registrados na linha do pensamento de Bolzan e Castells e agora na linguagem de Luhmann que reclama a atenção para a circunstância de que

²¹⁵ Idem, p. 265.

²¹⁶ Ver LUHMANN, 2002, pp. 660 – 661.

La diferencia claramente determinada entre inclusión y exclusión, tiene consecuencias de mucho mayor alcance. Porque, en efecto, bajo el régimen de diferenciación por funciones cada sistema funcional regula él mismo y para sí la inclusión social; lo que queda como reliquias del antiguo orden social estamentario ya sólo puede ser diferenciado de acuerdo con la inclusión/exclusión. Con la acelerada urbanización y la abrogación de todas las seguridades propias de cierta autosubsistencia no monetaria, este problema se agudiza. Los efectuados dependen ahora de la economía del dinero, sin poder, no obstante, participar significativamente en ella. La autosubsistencia de autoprovisión económica debe ser reemplazada por criminalidad, esto es, por la participación en organizaciones delictivas.²¹⁷

Isso significa dizer, enfim, que a responsabilidade dos formadores de opinião (a importância da doutrina que mais adiante será examinada como uma das características do pós-positivismo) e dos espaços de juridicidade do Estado contemporâneo é grande e que os possíveis meios voltados para gerar um fluxo de solidariedade em toda a humanidade²¹⁸, não podem ser relegados.

1.2.3 Repensando a igualdade sob o influxo da fundamentabilidade dos direitos humanos no fio condutor da Constituição Dirigente

Se estamos elegendo o Estado Democrático de Direito como um *locus* privilegiado na ordem global heterárquica cuja democratização passa pela democratização do Estado, a Constituição assume papel importante, como já fizemos ver, quando ela se apresenta aquiescida pela função mediatizadora de inclusão. Deveras, a opção pela compatibilidade e fortalecimento do Estado Democrático de Direito com o pluralismo político-jurídico da sociedade global descortina, necessariamente, qualquer que seja a via teórica a ser palmilhada, a questão dos direitos humanos no contexto da incessante luta por justiça social ao amparo de mecanismos voltados para divisar meios assecuratórios da igualdade. Nesse espaço, alerta Böckenförde que “si los derechos fundamentales se interpretaban como una garantía que delimitaba la libertad individual frente al Estado, ahora, junto a esa función de defensa o incluso quizá de forma más acentuada, aparecen como instituciones objetivas o bien como una definición de valores cuya

²¹⁷ Idem, p. 661.

²¹⁸ Ver BOLZAN DE MORAIS, 2002, pp. 99 – 100.

función no es ya tanto delimitar y controlar al Estado como legitimar y estimular la realización de objetivos y tareas materiales por este.”²¹⁹

Portanto, a igualdade que se fala é a igualdade material, projetada não apenas a partir da fundamentabilidade dos direitos humanos (formal), mas a partir de efetiva responsabilidade do Estado e da sociedade visando à inclusão. Bolzan chama a atenção para estas duas vertentes de concretização dos direitos humanos. Segundo ele:

Em primeiro lugar deve-se pensar em uma vertente de *concretização pelo Estado*, ou seja, é de verificar-se o papel do ente público estatal para que se obtenha o máximo de efetividade, assim, como o máximo de adequação ou o resultado ótimo dos conteúdos que lhe são próprios (...) De outra banda seria preciso pensar a questão da concretização dos direitos humanos a partir de uma *perspectiva social (concretização pela sociedade)* (...) poder-se-ia supor um *processo de autonomização social* – o que não significa adoção de uma matriz (neo)liberal/capitalista – que conduzisse a uma apropriação coletiva das *incumbências* necessárias à efetivação de tais conteúdos. Tal efetivação dar-se-ia, então, a partir de um comprometimento coletivo pelo bem-estar comum, desde a assunção de tarefas sociais no próprio âmbito da sociedade e pelos atores sociais os mais diversos, independizando-se de amarras, muitas vezes, intransponíveis, próprias às características estruturais do Estado Contemporâneo, como Estado do Bem-Estar Social em suas diversas experimentações práticas.²²⁰

Na concretização dos conteúdos é preciso se ter presente que a questão desborda dos limites da positividade. Se de um lado essa atuação descortina uma fundamentabilidade formal ou narrativa dos direitos humanos que está, nalgumas hipóteses a exigir vinculação do legislador para sua densificação, por outro lado, o exame dessa questão não pode desconsiderar a metanarratividade desses conteúdos que apontam para um processo integralizador a partir das chamadas *cláusulas constitucionais abertas* a exemplo do § 2º do art. 5º da Constituição brasileira que introjeta conteúdos a partir de sua principiologia, bem como de normas de direito internacional, e ainda a *aplicabilidade direta* desses conteúdos, cuja serventia “embora não suficiente, no âmbito das *liberdades negativas*, mas é desde logo insuficiente já na seara dos direitos sociais, econômicos e culturais – ditas *liberdades positivas*” onde a atuação estatal, para além da atuação do legislador, exige “que se agregue uma atuação promotora dos mesmos, a qual se funda em geral na *ação executiva* do Estado (...) Este caráter prestacional se vincula inexoravelmente à implementação dos direitos sociais, econômicos e culturais através da

²¹⁹ BÖKENFÖRDE, op. cit. p. 32.

²²⁰ Idem, pp. 73 – 78, passim.

ação política – políticas públicas - estatal.”²²¹, mas que desdobra, também e igualmente por mecanismos voltados para a garantia desses direitos por meios emancipatórios previstos ou que decorram do próprio sistema constitucional como é o caso das ações afirmativas em defesa do princípio da igualdade que “é guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República) (...) E sua transformação essencial oferece-se à mostra, clara e indubitavelmente, no art. 3º, I, III e IV...”²²²

Nesse contexto, o comprometimento com a efetivação do potencial emancipatório da Constituição de 1988 descortinou, entre nós, aquilo que se convencionou chamar *constitucionalismo brasileiro da efetividade*²²³ que se desenvolve sob três constatações: 1) a garantia das liberdades individuais a partir, inclusive, da abertura do Texto e sob o influxo do *direito diretamente aplicável*; 2) a luta contra o discurso neo-liberalista em defesa dos direitos sociais amplamente fundamentabilizados na Carta; e 3) a proposta constitucional dirigente marcada por um projeto de futuro.

A fundamentabilidade de direitos e responsabilidades coloca em relevo o papel da constituição, do *pacto social*, sendo por ora, ao menos nesta tese, irrelevante investigar onde realmente se projetará com maior intensidade, se nos espaço local, regional, nacional, supranacional ou mundial, o que deverá constituir a preocupação dos teóricos e, quem sabe, conduzir à efervescência de um neo-constitucionalismo. Considerando, todavia, os dias presentes, a irradiação dessa fundamentabilidade se deslança a partir da constituição do Estado Nacional, que na esteira das colocações aqui alçadas, se avulta como o lugar apropriado para projetar a redução do *défict social e democrático*, pois o *constitucionalismo planetário*, lembra Bolzan, ainda é uma incógnita, conquanto coloque superlativamente a questão democrática.²²⁴

O respeito aos direitos e a eficácia de suas garantias somente podem existir numa estrutura política onde se apresenta inquestionável a autonomia do Poder Judiciário. Vale dizer que repousa na independência dos tribunais a garantia de realização da vontade popular

²²¹ Idem, p. 74.

²²² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “Ação Afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica”. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 33, n. 131. Brasília: Senado Federal, jul./set. 1996, p. 289.

²²³ A expressão é apresentada por SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “Teoria Constitucional, Democracia e Igualdade”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: 2003, p. 13.

²²⁴ BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 90.

plasmada na ordem jurídica estabelecida, bem como a eficácia de todo o elenco dos direitos fundamentais e suas garantias, que não devem se expor ao desrespeito do arbítrio político, posto que a todo ato atentatório, nesse sentido, estarão sempre colocados à disposição dos governados todos os mecanismos assecuratórios dos direitos.

Nesse desdobramento, é correto afirmar que no paradigma democrático a eficácia dos direitos fundamentais se volta para satisfação da igualdade material, que implica na liberdade real, mercê da vivência não apenas da liberdade, da igualdade, mas de igual forma, da fraternidade como direito de terceira geração de difícil implementação, conquanto alardeado desde a Revolução Francesa. Sob o manto da solidariedade, esse novo paradigma aponta para o direito ao desenvolvimento, à paz e à própria democracia, que, em conjunto, se dirigem para a satisfação de um básico direito fundamental: a felicidade, como, aliás, aponta Bobbio²²⁵.

Para a vivência dos direitos humanos sob tal contextura, teremos que considerar não apenas a fundamentabilidade formal, basicamente relacionada à positivação dos direitos, como igualmente uma fundamentabilidade material que partindo daquela projeta-se metapositivamente ao escopo de ampliar a concepção, elenco e vivência dos direitos humanos.

Num primeiro plano, portanto, a fundamentabilidade está associada à idéia de constitucionalização dos direitos. Com efeito, voltemos ao comando vazando no art. 16 na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ali, como já referimos, está escrito que “Toda sociedade em que a garantia dos Direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.” A idéia, desde o influxo do liberalismo até os nossos dias, ainda é a mesma: se os direitos estiverem solenemente reconhecidos serão observados, o que não se mostra inteiramente verdadeiro, tal como adiante se verá quando enfrentarmos a fundamentabilidade material, e a análise se voltar para a eficácia dos direitos fundamentais. Por ora, no entanto, o exame da questão ficará reduzido a enfrentar a constitucionalização dos direitos humanos.

Pode-se perceber, com efeito, que desde 1789, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão precisava o alcance das matérias que uma constituição deve comportar. Ao lado das normas que criam, organizam, estruturam e estabelecem a competência dos órgãos que vão exercer o poder, têm-se as normas garantidoras de direitos. Convém verificar que até mesmo em face da redação do art. 16 daquela Declaração, os direitos humanos estariam

²²⁵ BOBBIO, 2000, p. 11.

sendo garantidos pela constituição, o que leva à correta idéia de que eles precedem, porque inerentes e essenciais à natureza humana, de modo que uma constituição jamais poderia estabelecer tais direitos, senão apenas reconhecer, garantir, assegurá-los²²⁶.

De qualquer sorte, de uma forma ou de outra, isto é, seja garantindo ou mesmo estabelecendo, o fato é que as constituições apresentam um elenco de direitos que estariam assegurados ao indivíduo isoladamente considerado e ao indivíduo considerado em relação aos outros (direitos sociais), além de estabelecerem direitos voltados para assegurar uma vida fraterna e feliz como o direito à paz, ao desenvolvimento, às relações de consumo sadias, ao meio ambiente equilibrado e à própria democracia. Considerados, nessa conformidade, matéria de constituição, decorre, desde aí, a primeira dimensão da fundamentabilidade formal dos direitos humanos porquanto as normas que deles tratam, na condição de normas fundamentais do sistema jurídico, situam-se em grau superior na hierarquia das normas²²⁷. Como corolário, tem-se que as normas definidoras de direitos fundamentais encontram-se submetidas ao procedimento formal estabelecido para a reforma e constituem limitação material para o exercício desse poder.

Com relação a essa dimensão da fundamentabilidade dos direitos humanos quer se dizer que seu elenco estabelecido pela Carta não comporta redução, e a alteração do quadro normativo para ampliar submete-se aos requisitos formais para reforma constitucional. Essa linha de raciocínio vem recebendo forte oposição em defesa de modificações constitucionais restritivas de direito. Tem-se defendido, com efeito, até mesmo que não se pode admitir a invocação de direito adquirido em face da constituição. Assiste-se no cenário político brasileiro e internacional, contudo, à luta dos cidadãos em defesa dos direitos ao longo do tempo conquistados, insistindo na vedação de retrocesso, ao passo que governos, sequiosos de resultados e eficiência, de outro lado, irrompem uma política de redução sem precedentes dos direitos historicamente incorporados ao patrimônio social se dizendo fundados no princípio da solidariedade social e na

²²⁶“Houve, certamente, extravagâncias relativamente à inserção de certas disposições em documentos constitucionais formais, como a do art. 1º da Lei francesa 18 floreal, ano II, que dispunha: “*le peuple français reconnaît l’existence de l’Être suprême et l’immortalité de l’âme*”; tal regra não poderia ter mais eficácia que de mera crença não impositiva ao povo. Mesmo assim há que reconhecer nela efeitos jurídicos: vedação ao ateísmo e materialismo manifesto; vedação à liberdade de crença.” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, pp. 71 – 72 (nota de rodapé). Veja-se a pretensão do Estado. Realmente apenas a manifestação de ateísmo ou de materialismo é que poderia ser inibida pela norma, porém jamais teria a indigitada norma o condão de fazer qualquer cidadão francês acreditar na existência de um ente supremo e imortalidade da alma.

²²⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 503.

cláusula da reserva do possível inerente ao pacto político. Esse problema já havia sido dividido por Jellinek e é reafirmado por Alexy:

Los derechos fundamentales no tienen frente al legislador ninguna fuerza vinculante, es decir, el legislador posee competencia para restringirlos según lo desee, aunque en determinada forma. La libertad iusfundamental se convierte en una teoría tal, como lo formulara Georg Jellinek, en “libertad de coacciones ilegales, la importancia material de los derechos fundamentales es nula.”²²⁸

Na verdade, a fundamentabilidade formal das normas consagradoras de direitos humanos aponta para a circunstância de que tais normas estabelecem vinculabilidade imediata aos órgãos que vão exercer o poder público, constituindo substrato material e parâmetros a serem observados pelos agentes do Estado no momento da opção política, da tomada de decisão e nas ações e controles a cargo dos órgãos legislativo, executivos e jurisdicionais. É dizer: na ação dos agentes estatais devem estar preservados os direitos consagrados. Não é por outra razão que as normas definidoras de direitos gozam de aplicabilidade imediata, impondo-se, desde aí, a sua integral observância e expungindo comportamentos ainda que omissivos ou negligentes da parte dos agentes do Estado. A Constituição da República Portuguesa, com extremado acerto, foi mais além para estabelecer esta vinculação também em relação às entidades privadas. Com efeito, dispõe o art. 18, § 1º, que “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.” Já a Carta brasileira, na esteira de sua congênere, proclama que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º), sem fazer distinção alguma em relação à vinculabilidade de agentes ao preceito, deve-se entender que aí se subsumem não apenas os agentes de poder, mas, igualmente, a atividade privada. Não há dúvida que seu comando emergente atinge tanto os agentes públicos quanto as entidades privadas. A Constituição da República Federal da Alemanha estabelece igualmente que “Os direitos fundamentais a seguir discriminados vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário como preceitos diretamente aplicáveis” (artigo 1º, § 3º). E normas sempre neste sentido podem ser observadas em tantas outras constituições. Não poderia ser de outra forma.

Com isso, pretende-se que a constituição se imponha de tal sorte que os preceitos definidores de direitos fundamentais não possam ser rebaixados a simples declarações ou normas programáticas ou até a simples fórmulas de oportunidade política, lembra

²²⁸ Idem, p. 504.

Canotilho²²⁹, para quem o problema do *direito directamente aplicável* está no alargamento não sustentável da força normativa directa das normas constitucionais a situações necessariamente carecedoras de *interpositio legislativa*.²³⁰

Atento a este aspecto, Barroso, voltando a atenção para o potencial emancipatório da Constituição brasileira, preocupa-se com a eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos sociais, considerando a opinião doutrinária dominante de que tais normas são de natureza programática, voltadas para estabelecer fins, objetivos a serem alcançados pelo Estado, e que, por isso, são de aplicabilidade mediata e eficácia limitada, não se encontrando aptas, de regra, para produzirem efeitos jurídicos sem o desdobramento a cargo da legislação infraconstitucional²³¹, sustenta, num desdobramento enriquecido e ampliado do pensamento de

²²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996, p. 13.

²³⁰ É o que acontece, registra Canotilho, “com a acrítica transparência do princípio a aplicabilidade imediata consagrado no art. 5º, (...) § 1º, da Constituição Brasileira a todos os direitos e garantias fundamentais de forma a abranger indiscriminadamente os direitos sociais consagrados no Capítulo II no caso de existência de omissões inconstitucionais.” (CANOTILHO, 1996, p. 13). O pensamento do mestre lusitano cliva-se já a partir da reformulação da concepção de constituição dirigente – que mais adiante exploraremos – que realoca o constitucionalismo dirigente no plano da sociedade global introduzindo profundas modificações na concepção inicial. E por isso que – e agora voltando à questão ora analisada – prossegue afirmando que “A incompreensão teórico-dogmática da aplicabilidade directa de normas constitucionais e, sobretudo, da *normatividade* da constituição leva também muitos autores a contestar a bondade jurídico-constitucional da consagração de institutos como os da inconstitucionalidade por omissões ou do mando de injunção (...) Os constituintes moderados aceitam, no momento fundacional, compromissos emancipatórios semanticamente formulados, mas não acreditam neles, nem tencionam levá-los à prática. Isto só demonstra, porém, duas coisas. Em primeiro lugar, revela que é preciso parcimônia normativa quanto a positividade constitucional de imposições. Em segundo lugar, torna-se necessário assegurar a *externalização* das acções constitucionais tendentes a assegurar o cumprimento da Constituição (...) o instituto da inconstitucionalidade por omissão deve manter-se, não para deslegitimar governos e assembleias inertes, mas para assegurar uma via de publicidade crítica e processual contra a constituição não cumprida.” (CANOTILHO, 1996, pp. 13 – 14). Vislumbrar o constitucionalismo dirigente como um projeto para resgate das promessas não cumpridas nos países da modernidade periférica implica aceitar a metanarratividade dos direitos humanos e a introjeção no sistema de instrumentos para garantir eficácia.

²³¹ Para José Afonso da Silva, “podemos indicar *condições gerais de aplicabilidade* das normas constitucionais programáticas. Como normas de eficácia limitada, sua aplicação plena, relativamente aos interesses essenciais de que exprimem os princípios genéricos e esquemáticos, depende da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhe a eficácia mediante lei ordinária (...) lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados. Uma e outra, contudo, pode ser aplicada independentemente de lei, mas por meio de outras providências, como aquela que visa ao amparo da cultura pelo Estado. Sendo também dotadas, ao menos, de um mínimo de eficácia, regem, até onde possam (por si, ou em coordenação com outras normas constitucionais) situações, comportamentos e atividades na esfera de alcance do princípio ou esquema que contêm, especialmente condicionando a atividade dos órgãos do poder público e criando situações jurídicas de vantagens ou de vínculo (...). Em conclusão, as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos seguintes casos: I – estabelecem um dever para o legislador ordinário; II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V – condicionam a atividade discricionária da

José Afonso da Silva, que tais normas irradiam efeito vinculante perante os agentes do Estado, impondo, no mínimo uma abstenção diante da finalidade eleita, impedindo, assim, condutas tendentes a contrariá-las. A esse efeito das normas programáticas, decorrente, sem dúvida, da vinculabilidade de seu preceito à guisa de viabilizar a fundamentabilidade dos direitos humanos na dimensão da igualdade e da fraternidade, o referido autor denomina *eficácia negativa*, na medida que impõe abstenções e proíbe condutas positivas tendentes a arrostar a finalidade consagrada na norma. Por isso mesmo, essa eficácia negativa que a vinculabilidade irradia também tem sido reconhecida como *efeito paralisante de normas programáticas*. Trocando em miúdos, como sempre lembra Barroso, seria em nome da materialização do adágio popular “se não puder ajudar, que não prejudique” que se poderia divisar atos inconstitucionais diante de preceitos constitucionais programáticos²³².

A circunstância de a constituição se encontrar, nessa contextura, vinculada a procedimentos formais e materiais tem grandes conseqüências para todo o sistema jurídico, na medida em que as normas de direitos humanos apontam para os conteúdos que se apresentam como *possíveis*, aqueles que são constitucionalmente *necessários* e aqueles que são *impossíveis* revelando o núcleo de sua fundamentabilidade formal, como aponta Alexy²³³.

Administração e do Judiciário; VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem (...)” (SILVA, op. cit. pp. 146 – 147).

²³² Segundo Barroso, “As normas constitucionais programáticas, dirigidas que são aos órgãos estatais, hão de informar, desde o seu surgimento, a atuação do legislativo, ao editar leis, bem como a da Administração e do Judiciário ao aplicá-las, de ofício ou contenciosamente. Desviando-se os atos de quaisquer dos Poderes da diretriz lançada pelo comando normativo superior, viciam-se por inconstitucionalidade, pronunciável pela instância competente. Segundo proclama abalizada doutrina, delas não resulta para o indivíduo o direito subjetivo, em sua versão positiva, de exigir uma determinada prestação. Todavia, fazem nascer um direito subjetivo “negativo” de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames. Em verdade, as normas programáticas não se confundem, por sua estrutura e projeção no ordenamento, com as normas definidoras de direitos. Elas não prescrevem, detalhadamente, uma conduta exigível, vale dizer: não existe, tecnicamente, um dever jurídico que corresponda a um direito subjetivo. Mas, indiretamente, como efeito, por assim dizer, *atípico* (...) elas invalidam determinados comportamentos que lhes sejam antagônicos. Nesse sentido, é possível dizer-se que existe um dever de abstenção, ao qual corresponde um direito subjetivo de exigir-la. Objetivamente, desde o início de sua vigência, geram as normas programáticas os seguintes efeitos imediatos: (A) revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam; (B) carregam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente, se com elas incompatíveis. Ao ângulo subjetivo, as regras em apreço conferem ao administrado, de imediato, direito a: (A) opor-se juridicamente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceptivo constitucional; (B) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por ela protegidos.” (BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição brasileira*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, pp. 117 – 118 e 157).

²³³ ALEXY, 1993, p. 505.

A importância do conteúdo das normas definidoras de direitos humanos na clivagem dessa conformação é desvelada por Canotilho:

Significa que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da Sociedade. *Prima facie*, a fundamentabilidade material poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentabilidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentabilização pode não estar associada à constituição escrita e à idéia de fundamentabilidade formal como demonstra a tradição inglesa das *Common-Low Libertaties*. Por outro lado, só a idéia de fundamentabilidade material pode fornecer suporte para : (1) abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente fundamentais mas não formalmente (cfr. CRP, art. 16º/1º); (2) a aplicação, a estes direitos só materialmente constitucionais, de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentabilidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais (JORGE MIRANDA). Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em *cláusula aberta* ou em *princípio da não tipicidade* dos direitos fundamentais. Preferimos chamar-lhe <norma com *fattispecie* aberta> (BALDASSARE) que, juntamente com uma *compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente consagradoras de direitos fundamentais*, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional.²³⁴

Deveras, numa análise apressada poder-se-ia chegar à conclusão de que o cerne da fundamentabilidade material dos direitos humanos já estaria contido dentro da própria fundamentabilidade formal. A essa conclusão chegará o exegeta que admitir que toda norma materialmente constitucional é necessariamente formalmente constitucional, o que revela um equívoco. De efeito, toda norma insculpida numa constituição passou pelo crivo de um poder constituinte - seja democrático (assembleia constituinte), seja autocrático, quando a constituição foi elaborada a contadas mãos, senão pelas mãos exclusivas de um ditador - ainda que este poder constituinte seja o derivado e a norma adjuntada ao texto original o foi pelas mãos do poder de reforma legitimamente exercitado dentro dos limites traçados na própria constituição. Todavia, uma constituição não se resume ao documento escrito. Pode-se divisar, com efeito, normas constitucionais que não obstante não se encontrarem expressas no texto, integram a constituição de um Estado. A idéia, é bem de ver, não é nova. Ferdinand Lassalle, na segunda metade do século XIX, já apontava para a existência de uma constituição material, sociológica, que se

²³⁴ CANOTILHO, 1992, pp. 509 – 510.

identificava com os “fatores reais do poder” em oposição à constituição escrita identificada como uma folha de papel.²³⁵

Nessa compleição, concebe-se a existência de normas que não constam expressamente do texto de uma constituição, mas que revelariam conteúdo de constituição, o que conduziria a afirmação de que há normas materialmente constitucionais que não são formalmente constitucionais, partindo-se do pressuposto de que a constituição deve ser entendida como um sistema aberto de normas e princípios. E para entender a constituição dessa maneira é pressuposto que se considere o direito como um sistema ao mesmo tempo fechado e aberto. Quer-se dizer, em outras palavras, que não se reduza o direito apenas às normas expressas. A racionalidade jurídica por estes caminhos será objeto de apreciação na segunda parte desta tese ao escopo de estabelecer a pré-compreensão da tese que estamos construindo.

O objetivo de conceber-se a fundamentabilidade dos direitos humanos sob esse pano de fundo volta-se para imprimir eficácia às normas definidoras de direitos e, portanto, revelar a função mediatizadora da constituição em defesa de inclusão. Voltadas para esse aspecto, as constituições contemporâneas têm revelado essa preocupação na medida em que estabelecem objetivos, programas, finalidades a serem alcançadas pelo Estado. Nesse sentido tem-se divisando o caráter compromissário das constituições ao escopo de criar condições de igualdade, garantido, dessa forma, a liberdade real.

Tudo começou depois do segundo pós-guerra, quando o constitucionalismo começou a enxergar que as democracias conviviam com um aparato formal espetacular onde se assegura eleições periódicas, sufrágio universal, ampla liberdade de expressão, inclusive com liberdade de imprensa levada a extremos, multipartidarismo, sem que, contudo, pudesse-se dizer que a sociedade fosse verdadeiramente democrática. As deficiências do liberalismo democrático apontaram para uma guinada na Teoria da Constituição, que passou a se preocupar com ideais igualitários, sobretudo nos Estados de modernidade tardia, onde se passou a divisar limites e possibilidades da constituição a partir de uma visão substancialista em defesa da democracia material. Ressumbra, desde aí, a importância da igualdade material crivada pela justiça social sob o fio condutor da constituição dirigente, no afã de vincular não apenas o legislador, mas também o executivo e igualmente o judiciário à realização do projeto constitucional.

²³⁵ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, p. 19.

Assim, a preocupação com a vivência dos direitos humanos fundamentais se projeta como pano de fundo da questão democrática sendo, portanto, ocupação de todas as vertentes teóricas sociológicas, jurídicas ou políticas que se debruçam sobre o tema. Essa preocupação, depois do segundo pós-guerra erigiu-se a partir da idéia de justiça social e vinculação da atividade estatal a programas, pautas, objetivos e finalidades a serem alcançados ao escopo de atingi-la em decorrência da experiência do *welfare state*. Foi a partir daí, que Peter Lerche²³⁶ no âmbito da experiência deflagrada com a Constituição Alemã de 1949 – A Carta de Bonn – perscrutava os limites de vinculação do legislador a preceitos constitucionais impositivos de deveres legislativos e, conseqüentemente, enfrentava a normatividade desses dispositivos daquela Lei Fundamental. Todavia, Lerche não possuía a atenção voltada para uma generalização teórica em face de comandos programáticos. Essa preocupação, na verdade, veio a ser explorada por Canotilho em sua tese doutoral *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Nesse trabalho, o que indaga Canotilho é “como pode (se é que pode) uma constituição servir de fundamento normativo para o alargamento das *tarefas estaduais* e para a incorporação de *fins econômicos-sociais* positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica?”²³⁷ A resposta de Canotilho é (ou ao menos era) voltada para divisar uma racionalização da política por meio de uma legitimação material em nível constitucional na medida em que a constituição incorporasse fins a serem alcançados com as tarefas a esse fim. Nesse sentido “a definição a nível constitucional, de tarefas económicas e sociais do Estado, corresponde ao novo *paradigma* da constituição dirigente”.²³⁸ Adviria, daí, a normatização da atividade política com o estabelecimento de *imposições constitucionais* a serem observadas não apenas pelo legislador, mas pelos demais poderes no momento da atividade concretizadora, de tal sorte que o problema se coloca em nível de cumprimento da constituição que se viria, portanto, guindada à condição de *substrato jurídico para a mudança social*.²³⁹

²³⁶ LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht*. Köln, 1961.

²³⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994, p. 167.

²³⁸ Idem, p. 169.

²³⁹ A *concepção material de legitimidade* daí decorrente considera que “Uma teoria da constituição não pode e não deve circunscrever-se a um <<processo>> tecnocraticamente apto a <<justificar>> o funcionamento sem falhas do sistema; como instrumento normativo, a constituição <<preocupa-se>> com a <<justeza>> das decisões, com a <<identidade material>> de uma ordem política, com a legitimidade normativo-substancial do sistema político.” (CANOTILHO, 1994, p. 108).

Para alguns, *a constituição dirigente se encontra “morta”*²⁴⁰. Tudo tem partido da idéia de que a normatização na lei fundamental das tarefas e fins do Estado conduziria a uma estatização do mundo da vida transformando a constituição num instrumento tão auto-suficiente que ignorando outras formas emancipatórias²⁴¹ avultar-se-ia um instrumento poderoso que por si só resolveria todos os problemas²⁴².

Conquanto efetivamente Canotilho tenha introduzido sensíveis modificações em seu pensamento, não se pode dizer, todavia, que tenha decretado a morte da constituição dirigente. Na verdade, observe-se que nas palavras dele o fim do constitucionalismo dirigente encontrar-se-ia atrelado a duas circunstâncias: 1ª) entender-se o dirigismo constitucional como normativismo constitucional revolucionário capaz de, por si só, operar, transformações emancipatórias; e 2ª) o fechamento da constituição ao processo de abertura ensejado pelo direito internacional e pelos espaços supranacionais²⁴³. É sob o influxo desses dois aspectos que ele compreende um constitucionalismo moralmente reflexivo como contraponto à constituição dirigente. Canotilho reconhece que veio a perceber isso tarde e lentamente demais²⁴⁴ dando a compreender que a história já se encontraria finda, quando na verdade, nalgumas experiências estatais, o projeto constitucional dirigente encontra-se apenas deslanchando.

Não estamos, aqui, nos posicionando frontalmente contrários ao novo modelo de constitucionalismo proposto pelo mestre português, assentado em bases teóricas adequadas ao *locus* europeu onde viceja a experiência constitucional portuguesa. O que pretendemos demonstrar é que há experiências pontuais e históricas de Estado – refirimo-nos aos Estados periféricos, como no caso do Brasil - que precisam ser consideradas como modelo diferenciado a apropriar o constitucionalismo dirigente como forma emancipatória. E, para tanto, vamos

²⁴⁰ A expressão tem sido alardeada a partir de uma enunciação do próprio Canotilho: “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, 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 os direitos supranacionais.” (CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001, prefácio)

²⁴¹ Registra o próprio Canotilho que “os olhares políticos, doutrinários e teóricos de vários quadrantes – desde o pensamento liberal da Constituição aberta, até ao sistemismo autopoietico, passado por algumas insinuações da chamada sociologia crítica – não se cansam de proclamar a falência dos “Códigos dirigentes” num mundo caracterizado pela conjuntura, a circularidade, os particularismos e os riscos.” (CANOTILHO, 1996, p. 8).

²⁴² BERCOVICI, Gilberto. “A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição”. In: In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 119.

²⁴³ Vide observação de BOLZAN DE MORAIS a respeito do *locus* da constituição na ordem globalizada (nota nº 213).

²⁴⁴ CANOTILHO, 1996, p. 9.

recorrer a elementos da Teoria dos Sistemas, porque com base na policontextualidade dela decorrente, encontra-se erigido o constitucionalismo moralmente reflexivo divisado por Canotilho.

Sem olvidar o *alto grau de diferenciação* do sistema social erigido a partir da hipercomplexidade²⁴⁵ da sociedade moderna radicada na auto-organização, estamos convencidos de que a perda da autonomia e unidade do direito ao deslocar o Estado de sua posição central com respeito à escolha de conteúdos e definição de procedimentos, tem ensejado uma maior (não qualitativamente) comunicação intersistêmica, na exata medida em que esse deslocamento exige que o sistema político, assim como o sistema econômico, entre outros, sejam considerados, tal qual o direito, subsistemas sociais diferenciados e, aí, as limitações são recíprocas não havendo

²⁴⁵ Sob o prisma da pragmática sistêmica, sob o influxo do pensamento de Luhmann, a sociedade contemporânea se caracteriza pela sua complexidade. Deveras, o homem que hoje vive num mundo globalizado tem cada vez mais expectativas. Quanto mais globalizada a sociedade, mais são as expectativas a serem satisfeitas e, como se sabe, muitas delas vêm a ser frustradas, o que exige seletividade na eleição de quais expectativas devem ser atendidas no âmbito da contingência. Nessa contextura, afirma Luhmann que “o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações (...) Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com *complexidade* queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por *contingência* entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.” A idéia de complexidade, como se vê, não significa complicação. Significa que as várias possibilidades de experiências ampliam-se. Ampliam-se as alternativas. Basta pensar, por exemplo, nas possibilidades de profissão nas sociedades primitivas, sem dúvida, muito menos complexas que nas sociedades modernas. A seu turno, contingência é o que limitará as expectativas dentro daquilo que possam ser realizadas. Emerge, a partir daí, a necessidade de que certas experiências, “que possibilitam um bom resultado seletivo, (sejam) enfeixadas constituindo sistemas, estabilizando-se relativamente frente a desapontamentos.” (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, pp. 45 – 46, passim). Isso ocorre através de um emaranhado de operações estruturadas a partir de comunicações que imprimem uma certa funcionalidade ou sentido ao sistema. Essa funcionalidade dos variados sistemas sociais é diferenciada através de um código binário que no sistema jurídico é *direito/não-direito* ou *lícito/ilícito*; na economia: *ter/não-ter*; na política: *poder/não-poder* ou *governo/oposição*; na arte *belo/feio* e assim por diante. A idéia de sistema conduz à existência de partes uma em consonância com as outras formando um todo que se distingue da simples soma das partes. Significa dizer, portanto, que cada operação de um sistema, diferencia-se dos outros sistemas em razão do seu código binário de preferência, encontrando-se, por isso, apta a ensejar a produtividade recursiva do próprio sistema, assegurando a sua existência e o seu fechamento operacional. O sistema constitui, a partir daí, uma perspectiva de observação da sociedade. E num mundo que é o horizonte de todas as sociedades, vamos encontrar vários sistemas (biológicos, sociais, psíquicos, etc). Nessa linha, o direito se apresenta como sistema social funcionalmente diferenciado voltado para estabilizar expectativas sociais. Diferenciado pelo seu código binário (*lícito/ilícito*), apto a imprimir-lhe identidade através de uma rede recursiva de operações onde se processam as relações dos elementos, das partes com o todo por meio de uma função, que igualmente o diferencia. Essa função é a estabilização de expectativas. Com efeito, se as possibilidades são múltiplas, a contingência orienta as expectativas dentro daquilo que possam ser realizadas, emergindo, desde aí, a necessidade de seleção voltada para reduzir a complexidade, o que ocorre porque o sistema é um todo dotado de sentido, ou seja, de uma capacidade de selecionar dentro de um horizonte de possibilidades, permitindo, assim, que a comunicação se produza como sua unidade elementar.

espaço para um dirigismo constitucionalizante da sociedade através de um código unitarizante e conformador dos vários sistemas sociais (*lícito/ilícito*).

Se o dirigismo constitucional limita – racionaliza/normaliza – a política e a economia ao eleger conteúdos e definir programas, não se pode olvidar a gama de comunicações intersistêmicas – um imenso incremento de recíproca irritabilidade, na linguagem de Luhmann²⁴⁶ – que estão em causa na definição destes conteúdos. E aqui nos referimos não apenas à definição de primeiro grau, nitidamente institucionalizadora²⁴⁷ por ocasião do exercício do poder constituinte, seja originário, seja derivado; mas a uma segunda definição por ocasião de ações concretizadoras (legislativas, executivas ou judiciais). Basta pensar, em relação à economia, quando a diferenciação impingida pelo seu código binário de preferência (*ter/não-ter*) e seus próprios programas impõem os conteúdos do neo-capitalismo liberal reduzindo ou suprimindo o papel do Estado (as prestações estatais no âmbito social) em nome da globalização desenfreada...

Já registramos que a atuação do código hipertrófico tem-se erigido em detrimento da autonomia e unidade tanto do direito quanto da política. Os efeitos dessas irritações podem ser facilmente divisados no nível das ações (des)concretizadoras com os conhecidos casos de compra de voto de parlamentar ou de propinas judiciárias para juízes e servidores da justiça, delegados, agentes do ministério público, etc, ou, ainda, em relação ao sistema político, com a desenfreada prática do fisiologismo. A atuação hipertrófica do sistema econômico conduz ao aparecimento da função simbólica da constituição, onde a autonomia e unidade do direito restam expostas às ingerências da economia e também da política, afastando a saudável fatorização de interesses que deve nortear a comunicação intersistêmica, que na verdade se vê reduzida a uma aparência de comunicação que conduz à idéia de filtragem de um conteúdo democrático, de

²⁴⁶ LUHMANN, 2002, p. 541.

²⁴⁷ Adverte Canotilho que “se a idéia de <<conformação racional>> da sociedade abriu caminho para o conceito de constituição como *modelo de conformação social racional*, nem por isso é legítimo falar em *constituição-plano* para traduzir a idéia da planificação constitucional como o instrumento mais relevante da racionalidade conformadora. O problema central da directividade da constituição reside não tanto na própria constitucionalização do instrumento do plano como na definição das existências *normativo-constituintes* destes. A configuração constitucional do plano limitada aos <<aspectos conceptionais>> impõe-se como uma primeira exigência normativa, a fim de não converter uma lei fundamental, que se pretende justamente como ordenação consciente da colectividade (HELLER), em *constituição-plano*, com os perigos inerentes da *planificabilidade* da própria constituição (...) assume-se o plano como forma de racionalidade e como forma de dar operatividade prática à dimensão de tarefa da constituição. Se estes dois momentos continuam a ser indiscutidos nas democracias socialistas, deparamos nos países capitalistas, com manifesto cepticismo e oposição nos últimos tempos (...) Apesar disso, o plano continua a ser considerado como <<símbolo de um futuro melhor>>, como <<localização da utopia>> (...) a análise fenomenológica dos planos político-económicos tem demonstrado que uma estreita *constitucionalidade do plano acaba na planificabilidade da constituição*. É, porém, diferente dizer-se que o plano deve estar <<constitucionalizado>> de afirmar-se que <<a constituição é o plano>>. (CANOTILHO, 1996, p. 170).

fundamentabilidade dos direitos humanos, quando, na verdade, a vivência é reduzidíssima ou nulificada tal qual desvelada por Marcelo Neves.²⁴⁸

O mundo da vida já se acha, nessa contextura, colonizado pelos sistemas econômico e político e a *constitucionalização da responsabilidade* a partir de um perfil ético discursivo como sustentado, agora, por Canotilho²⁴⁹ deve se colocar não especificamente no âmbito do dirigismo constitucional, mas em toda relação intersistêmica, ou dito com outras palavras, deve se utilizar da inclusão para mediatizar as ações concretizadoras que se deflagram envolvendo todos os subsistemas sociais.²⁵⁰

O que estamos querendo fazer compreender é que a diferenciação sistêmica ao invés de se apresentar como instrumento emancipador em nome do *alto grau de diferenciação da estabilidade pluralisticamente organizada*²⁵¹ que impulse uma subsidiariedade participativa, que em proveito da expansão ascendente do poder permite o desenvolvimento de modelos regulativos típicos, no dizer de Canotilho, modelos de autodireção social²⁵², pode, nas comunidades periféricas, tornar a constituição um instrumento simbólico se as ações concretizadoras dos agentes estatais ou não, não se voltarem para mediatizar adequadamente o binômio *inclusão x exclusão* a partir da condição de possibilidade emergente do texto nesse sentido dirigente. Essa função mediatizadora da constituição como condição de possibilidade é a

²⁴⁸ Consultar NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

²⁴⁹ CANOTILHO, 1996, p. 15 – 16.

²⁵⁰ É sob esta perspectiva que concebemos a influência Lumanniana sobre Canotilho. Essa nossa abordagem pressupõe que se considere que na sua função sistêmica o direito, ao estabilizar expectativas comportamentais reduzindo complexidades, é ao mesmo tempo um sistema fechado e aberto. Fechado operacionalmente porque, tal como os demais sistemas, se produz autopoieticamente a partir de programas próprios e operações diferenciadas pelo código binário (*lícito/ilícito*) – auto-referência. Aberto cognitivamente, porque não se encontra imune às irritações dos demais sistemas. Essa abertura cognitiva, por meio dos acoplamentos estruturais, enseja a inter-referência sistêmica o que faria exsurgir o direito reflexivo. Se as operações intersistêmicas se processarem mediatizadas pelo código *inclusão/exclusão* sob o fio condutor dos direitos humanos fundamentais, pode-se cogitar de um direito reflexivo voltado para inclusão, como fez Canotilho quando concebe o constitucionalismo moralmente reflexivo voltado para a estabilização mediatizada a partir dos quatro contratos globais: *contrato para as “necessidades globais”* – remover as desigualdades – *o contrato cultural* – tolerância e diálogo de culturas – *contrato democrático* – democracia como governo global e *contrato do planeta terra* – desenvolvimento sustentado (CANOTILHO, 1996, p. 17). O problema, todavia, foi percebido com agudeza por Streck que se ampara em Bercovici para afirmar esse modelo de direito “para funcionar sem grandes traumas, a sociedade depende do acatamento pelos vários sistemas dos princípios da “responsabilidade social” e “consciência global”. Falar em responsabilidade social com a atuação hipertrófica do sistema econômico (*ter/não-ter*) sob o influxo do neo-capitalismo liberal parece-nos realmente utópico! Daí pontua Streck, com absoluta precisão, que “critica-se a “utópica” pretensão do Estado e da Constituição de quererem regular a vida social mediante um programa de tarefas e objetivos a serem concretizados de acordo com as determinações constitucionais e, em seu lugar, propõe-se, não menos utopicamente, que os vários sistemas agirão coordenados pela idéia de “responsabilidade social.” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004b, p. 128, passim).

²⁵¹ CANOTILHO, 1996, p. 9.

²⁵² Idem, ibidem

feição periférica moderna do constitucionalismo dirigente que está longe de conformar autoritariamente a sociedade.

Quem seria e onde estaria, nessa contextura, Leviatã ou Morloch²⁵³? Um Estado debilitado pela perda de unidade e autonomia do direito em face da hipertrofia da economia e da política? Ou será que não estaria escondido nos modelos nocivos de autodireção social internos ou imersos nas malhas da sociedade global heterárquica? E, aqui e acolá, agindo hegemonicamente, faz seu poder aparecer seja por meio de operações domésticas desconcretizantes ou através de operações transjuncionais? Ceder a constituição dirigente periférica ao espaço da transnacionalização e globalização ainda que sob o pálio das cláusulas contratuais globais divisadas por Canotilho²⁵⁴, tornando-a “menos espessa, menos regulativamente autoritária e menos estatizante (...) enriquecida pela *constitucionalização da responsabilidade*” terá o condão de impedir a atuação hegemônica do capital sobretudo numa ordem não-democrática e em detrimento de um espaço nacional fragilizado onde o Estado Democrático de Direito ainda não se consolidou?

Transposta a questão, nesta linha de raciocínio, para a esfera internacional, parece-nos que a colonização do mundo da vida projeta-se, igualmente, erigida sobre os mesmos efeitos. Deveras, se no plano interno fala-se que a técnica jurídica “apóia-se em práticas afastadas da vida real”²⁵⁵ conduzindo à violação do mundo da vida pela colonização do direito abominando-se, com isso, o dirigismo constituinte; no âmbito internacional, a técnica jurídica apropriada às operações transjuncionais têm afastado de suas malhas as camadas populacionais de países periféricos em razão do alto grau de conhecimento de questões técnicas afetas à economia globalizada que ainda se situam no âmbito dos Estados do centro e, propositadamente, nalguns – não poucos casos – não são disseminadas. As camadas mais pobres da população, que amargam os efeitos do processo de uma globalização hegemônica, não compreendem o quê e como (ganham?) perdem com a mediação dos interesses a partir do código hipertrófico e a partir

²⁵³ A referência é tomada a partir de Canotilho quando afirma: “Falar em constituição dirigente é falar de tarefas do Estado, falar de tarefas do Estado equivale legitimar um Estado-Morlöch ou Leviathan.” (Idem, p. 11).

²⁵⁴ “A lei dirigente cede o lugar ao *contrato*, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e a globalização, mas o ânimo de mudanças aí está de novo nos “quatro contratos globais”. Referimo-nos ao *contrato para as “necessidades globais”* – remover as desigualdades – o *contrato cultural* – tolerância e diálogo de culturas – *contrato democrático* – democracia como governo global e *contrato do planeta terra* – desenvolvimento sustentado.” (CANOTILHO, 1996, p. 17).

²⁵⁵ LUHMANN, Niklas. “A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise sociológica do direito”. In: ARNAUD, André-Jean e LOPES JR, Dalmy (Orgs.). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 54.

daí começam a eclodir postulações que antes encontravam-se afetas apenas à órbita interna do Estado. Assistimos, já após Canotilho ajustar o constitucionalismo dirigente às exigências da supranacionalidade europeia, a acontecimentos que merecem ser levados em consideração. Estamos nos referindo ao veto do povo francês e holandês à Constituição da União e aos rumos que tomou o processo de fragmentação da antiga Iugoslávia, que à parte de toda manietação das potências europeias e do Estado líder, parece revelar um apelo de povos, de nações, em defesa dos espaços locais, revelando a importância de um projeto que ainda não se encontra acabado: o Estado Nacional.

A significação destes acontecimentos não estaria atrelada a um fortalecimento do Estado nacional, com a satisfação de políticas sociais ainda não cumpridas e a necessidade divisada de, no ambiente de incertezas, serem estabelecidas outras espécies de diretivas que não as supranacionais acerca de determinados direitos ou assuntos?

Sem dúvida alguma, a questão estava a exigir mais reflexão e o mestre português não se escusou a fazê-la. E resultado da tarefa de casa sobre os questionamentos teóricos anteriores, registra ele, em termos de resultados práticos, não foi animador. Constatou, com efeito, Canotilho, que o triunfo esmagador do globalismo neoliberal põe em xeque a reversibilidade das posições sociais e projeta os direitos sociais para um lugar incerto conquanto ainda erigidos sob uma *concepção antropológica complexa*, cujo centro ainda é o indivíduo como pessoa, como cidadão e como trabalhador. Essa “trindade antropológica”, lembra ele, por mais ontologicamente radicada que seja, vê-se confrontada por quatro deslocções contextualizadoras: “(i) acentuação da *dignidade da pessoa* como princípio fundante da sociedade, mas simultaneamente dessubstantizador da autonomia jurídico-constitucional dos direitos sociais; (ii) *dessubjectivização regulatória* conducente à substituição da cidadania social pela cidadania do consumidor; (iii) *dessolidarização liberal empresarial* relativamente aos encargos sociais; (iiii) crítica da eficácia e eficiência dos serviços públicos sociais pelas correntes económico-reguladoras da *boa governação*.”²⁵⁶

Esses fenômenos textificados por Canotilho a partir da experiência portuguesa sob o influxo da globalização da União Europeia, já eram bastante conhecidos nossos em maior ou menor escala. Com efeito, apenas à guisa de exemplo e pertinente à hipertrofia da dignidade da pessoa em detrimento da autonomia jurídico-constitucional dos direitos sociais, verifica-se que

²⁵⁶ CANOTILHO, 2008, p. 2.

a invocação ao princípio dignitário tem sido uma constante na jurisprudência à guisa de sufragar direitos sociais, o que não teria nada de problemático, pois, como lembra Canotilho, o princípio ontofenomenológico fundante da *dignidade social* da pessoa humana respalda o desenvolvimento da personalidade e constitui o fundamento mais inquestionável das prestações sociais a cargo do Estado.²⁵⁷

Contudo, o recurso ao princípio tem, em muitas ocasiões, provocado o que Canotilho chama de “esvaziamento solidarístico” na medida em que as decisões argumentam que o princípio “postularia sempre um agasalho prestacional assegurador de uma existência minimamente condigna (e) a dignidade da pessoa só seria afetada se o regime jurídico legislativo não garantisse os “mínimos” de dignidade.”²⁵⁸ Isso aconteceu quando a Suprema Corte portuguesa enfrentou a nova legislação que alterou o rendimento de inserção social. Na Suprema Corte brasileira, de mesmo modo, afloram decisões que divisam uma refração social da dignidade da pessoa humana aferida pelo mínimo existencial, num contrapeso à reserva do possível.²⁵⁹

A crítica vazada por Canotilho à estratégia discursiva da Corte portuguesa quando se pautou por esse mesmo caminho, que se prestaria, igualmente, para o Supremo Tribunal brasileiro: “Em toda sua radicalidade, a orientação do Tribunal conduziria a este resultado desolador: não há direitos sociais autonomamente recortados, mas refrações sociais de dignidade da pessoa humana aferida pelos *standards* mínimos da existência.”²⁶⁰ Ponderamos, todavia, porque quando se depara com a realidade estatal periférica, marcada, nitidamente, por uma modernidade tardia onde foi solapada a consolidação do Estado de Bem-Estar-Social, o implemento do Estado Democrático não afasta a possibilidade da conformação jurisdicional das políticas públicas voltadas para garantia de um mínimo existencial que assegure a dignidade. Isso

²⁵⁷ Idem, p. 3.

²⁵⁸ Idem, ibidem.

²⁵⁹ O *leading case* brasileiro encontra-se consubstanciado na decisão do STF proferida pelo Min. Celso de Mello assim ementada: “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do Controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “Reserva do Possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “Mínimo Existencial”. Viabilidade instrumental da Arguição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (Direitos constitucionais de segunda geração).” (ADPF 45 MC/DF, DJ DE 04/05/2004, p. 12)

²⁶⁰ CANOTILHO, 2008, p. 3, passim.

não significa um esvaziamento da sociabilidade, mas antes, um passo necessário à sua concretização.

A deslocação da sociabilidade estatal em decorrência dos efeitos globalizantes continua, no exame de Canotilho, quando sob o viés da *dessubjectivação regulatória*, o indivíduo está perdendo a qualidade de *cidadão social* e adquirindo cada vez mais a qualidade de *utente* ou de *consumidor* de bens sociais (saúde, ensino, segurança social), bens públicos que excepcionalmente podiam ser prosseguidos pela esfera privada, mas que, agora, se tornam bens privados que só excepcionalmente devem ser prosseguidos por serviços públicos, tornando a sociabilidade estatal um lugar incerto. E Canotilho se mostra, ainda, consciente de que há uma pressão para transformar serviços públicos em *indústrias de serviços* e por isso prossegue registrando que “quem estiver atento às tendências políticas e econômicas neoliberais facilmente compreenderá que o mercado de serviços tende a preencher o espaço social em domínios tão sensíveis como hospitais, estabelecimentos de ensino, sistemas de segurança social”, que sob o influxo de uma política nitidamente de cunho liberalizante e privativista atribuem a competência regulatória a entidades independentes de modo a assegurar adequados padrões de eficiência e qualidade (boa governança) ²⁶¹.

Nesse ponto, Bolzan é mais incisivo quando, considerando a realidade brasileira, aponta mesmo para o desfazimento da socialidade estatal. Nas suas palavras:

O pressuposto da “socialidade” (...) se desfaz não apenas com a reprivatização ou apropriação privada do espaço e das prestações públicas – muito sentido naqueles países de modernidade tardia, cujas políticas sociais prestacionais, quando ocorrentes, muitas vezes serviram para *reforçar o caixa dos já incluídos* ao invés de promoverem a integração social dos seus destinatários –, como também com a desconstrução da fórmula de interesse comum entre democracia e capitalismo (de produção), até mesmo porque esta “socialidade” é uma marca da ação civilizatória do Estado agindo por sobre o egoísmo característico do espaço privado e da economia liberal (capitalismo). Entretanto, importa observar que o deslocamento do poder para o setor privado, não exclui o espaço público. Este foi redefinido, mas não abolido. ²⁶²

A redefinição do espaço público nos coloca diante de um novo arranjo onde a orquestração do concerto constitucional passa por novos caminhos onde o direito directivo-

²⁶¹ Idem, pp 3 – 5, passim.

²⁶² BOLZAN DE MORAIS, 2008, p. 189.

constitucional vem ostentar uma centralidade regulativa dos sistemas de interação e dos atores sociais.

Enfim, a *dessolidarização liberal empresarial* relativamente aos encargos sociais se presta para uma boa tese a partir das práticas empresariais brasileiras. Deveras, não se pensa numa socialidade estatal quando a todo custo se pretende pagar menos tributos em defesa de maiores níveis de lucros, o que ocorre, como já vimos, mercê de planejamentos fiscais, quando não mesmo de sonegação.²⁶³

Sob tais considerações, Canotilho afirma que “se a “lógica dirigente” está hoje posta em causa, isso não significa que o direito tenha deixado de se assumir como instrumento de *direcção* de uma comunidade organizada.”²⁶⁴ Ele aponta a relevância do conceito de “*direcção*” para a concretização do direito registrando que

embora as teorias auto-referenciais tenha obrigado à revisão (por vezes dramática) dos esquemas de *direcção* do estado e do direito, entendemos que é possível manter tendencialmente a idéia de *direcção*: comando dirigido à conformação, regulação, alteração intencional e finalística de situações políticas, económicas, sociais e culturais através dos instrumentos jurídicos. À semelhança das teorias sistêmicas, a *direcção* não deve conceber-se como ordem autocrática do Estado soberano juridicamente imposta, antes deve compreender esquemas múltiplos de mecanismos accionados por vários actores sociais. É nessa perspectiva que se orienta a *análise neo-constitucionalista* centrada nos vários actores sociais e nos vários instrumentos de *direcção*. O conceito de *direcção* é, assim, um conceito analítico que engloba *vários meios de direcção* ao lado do direito (mercado, finanças, organizações). Daí que seja importante salientar a centralidade directora do direito num Estado de direito democrático, mas não a sua exclusividade, impondo-se mesmo a conjugação de vários instrumentos de *direcção* para se obterem os fins desejados. Em segundo lugar, a *direcção* pressupõe *actores sociais* mesmo que se reconheça – como salientam as teorias autopoieticas – a existência de sistemas diferenciados dotados de uma dinâmica própria. Diversamente, porém, da auto-referencialidade sistêmica, o institucionalismo centrado nos actores depende de uma *direcção político-social* entendida como um sistema intencional e comunicativo de acção influenciadora da conformação de relações sociais orientadas para o bem comum. O que é absolutamente necessário, nesse modo de ver as coisas, é dar centralidade regulativa aos sistemas de interacção sociais através dos seus actores individuais ou coletivos. A partir desse momento analítico de *direcção*, o institucionalismo centrado nos actores defende uma “nova estatilidade”, uma “nova arquitetura de Estado”, onde se recortem novas formas institucionalizadoras de *cooperação* e

²⁶³ Vide notas n.ºs 155, 156 e 157.

²⁶⁴ CANOTILHO, 2008, p. 8.

de *comunicação* entre: (i) os actores sociais mais importantes e os interesses politicamente organizados; (ii) o Estado e as organizações políticas.²⁶⁵

A partir daí, Canotilho divisa o impacto praxiológico desse esquema no campo da interpretação e concreção do *direito directivo-constitucional* alvitando algumas refrações metódico-metodológicas todas tendo como pano de fundo a racionalização de prestações sociais no âmbito dos direitos sociais (saúde, segurança social, ensino) que, segundo ele, constituem exemplo típico de que a constituição social directora precisa de novos arrimos jurídico-dogmáticos e que podem ser assim sintetizadas: 1) *a idéia de “núcleo essencial” de direitos, liberdades e garantias*, que sempre se perfilou contra leis e medidas restritivas desses direitos, quando se tem presente que hoje não se constitui tarefa fácil a determinação da essência de um desses direitos, “sobretudo quando eles se colcoam perante os juízos de *balanceamento* de bens e direitos em caso de conflitos²⁶⁶.”; 2) *os níveis essenciais de prestações sociais*, que admitem que em cada prestação são especificadas e pormenorizadas as dimensões que asseguram a sua adequação, considerando que ela transporta determinada dimensão considerada essencial em relação a ela mesma. Canotilho refere-se ao trabalho elaborado por um grupo de peritos reunido em 2005, na associação Astrid, em Bolonha, e coordenado por L. Torchia intitulado *Welfare e federalismo*, no qual se aponta que “a efetivação passa pelo recurso aos esquemas tradicionais de legislação e regulação porque se considera indispensável uma lei e um regulamento de execução. Aquela disciplinaria as prestações, os destinatários, os indicadores, o sistema informativo, os recursos financeiros, as acções estaduais de suporte, programas de intervenção extraordinária e o remédio para a inobservação de *standards*. O regulamento devia especificar a lista dos indicadores, individualizando, para cada um deles, o valor objectivo que as administrações devem respeitar.”. Temos, de nossa parte, ressalva quanto a esse caminho, porque os entraves podem ser de tal monta que ao invés de facilitar, dificultaria a concreção, sobretudo em experiências jurídicas onde afloram *insinceridades normativas*²⁶⁷. De qualquer sorte, Canotilho registra que,

²⁶⁵ CANOTILHO, 2008, pp. 8 – 9.

²⁶⁶ No Brasil, a doxologia do “núcleo essencial” tem sido posta em evidência diante de discussões como a adoção de pena de morte, a redução de menoridade penal, entre outras.

²⁶⁷ Sobre o fenômeno da *insinceridade normativa* que frustra a eficácia das normas constitucionais desde sua criação, Luiz Roberto Barroso registra que “não é incomum a existência formal e inútil de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem o que não será cumprido (...) Por mais de uma razão, determinada disposição constitucional deixa de ser cumprida. Em certos casos, ela se apresenta desde o primeiro momento como irrealizável. De outras vezes, o próprio poder constituído impede sua concretização, por contrariar-lhe o interesse político. E, ainda, um preceito constitucional frustra-se em sua realização por obstáculos opostos por injunções de interesses de segmentos econômica e politicamente influentes.” (BARROSO, op. cit., p. 59).

“o que há de novo [no referido trabalho] é a tentativa de introduzir *guide-lines* de boas práticas ou de *standards* possibilitadores de controlo e que primariamente dirão respeito aos mecanismos de *governance* e de *accountability*, mas que poderão constituir também elementos de facto para a eventual jurisdicionalização dos conflitos prestacionais.” O certo é que tudo isso pretende mostrar que “o direito constitucional como ciência de direcção não pode ficar alheio a esquemas novos de concretização. E não deixa de ser um bom “teste” à metodológica jurídico-constitucional a caracterização, em sede judicial, do nível essencial de prestações sociais.”²⁶⁸

De resto, não é, basicamente, por outra contextualização que Streck, afastando-se da análise sistêmica, mas com sólidos aportes hermenêuticos, enfrenta em pormenorizada análise, a trajetória do pensamento de Canotilho para concluir pela viabilidade da proposta do constitucionalismo dirigente nos Estados da modernidade periférica.²⁶⁹ Ele parte do pressuposto de que os Estados periféricos não conseguiram ultrapassar o projeto da modernidade, mais especificamente, não passaram pelo Estado de Bem-Estar-Social e se vêem projetados na sociedade global com esse *déficit* de tal sorte que se avulta pertinente a permanência de uma *capacidade compromissária-dirigente* do texto constitucional apta a revelar uma *Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia* ou uma *Teoria da Constituição dirigente-compromissária adequada a países periféricos*, que “deve tratar, assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das *promessas da modernidade incumpridas*.”, que constituiriam os substratos constitucionais específicos da Teoria, que se encontraria alicerçada no núcleo básico que alberga “as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático e (Social) de Direito, assentado, como já se viu à sociedade, no *binômio democracia e direitos humanos-fundamentais*.”²⁷⁰

Para Streck, o contrato social que descortina o constitucionalismo programático-compromissário-dirigente possui nítido carácter hermenêutico. A legitimação da constituição por esse viés não estaria numa filosofia do sujeito de índole liberal-individualista²⁷¹,

²⁶⁸ CANOTILHO, 2008, pp. 10 – 12, passim.

²⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004b, pp. 114 – 145.

²⁷⁰ Idem, pp. 133 – 135, passim.

²⁷¹ “*calcado na filosofia do sujeito, na filosofia-do-sujeito-proprietário de mercadorias, com sua liberdade/capacidade de se “autodeterminar”*. A idéia de Constituição voltada para o resgate das promessas da modernidade, redefinitória, portanto, da noção de Direito até então vigorante, constitui-se como um contraponto a uma lógica da coisificação, própria do modelo de Direito sustentado no mercado, onde assume prevalência o individualismo. Esse individualismo (o indivíduo comporta-se como átomo jurídico-político) assenta-se na categoria “sujeito de direito”, na idéia de *homo juridicus* e *homo oeconomicus*, que se engendra a partir da fusão do

mas assentada na subjetividade que não é instauradora de mundo²⁷²; mundo que não pode ser compreendido a partir de deduções metafísicas como *fundamento último ou qualquer modelo de fundamentação objetivista* (A Constituição dirigente não pode ser entendida como fundamento último, como ressurreição da sociedade ou como *ultima ratio*), mas a partir de uma estrutura pré-compreensiva constituidora de sentido, na qual o homem aparece “inserido em um mundo constituído a partir da linguagem, que lhe antecede (...) envolto em um complexo de significações, traduzidas pela linguagem, que o coloca no mundo e possibilita a compreensão do mundo.” É exatamente esse *modo-de-ser-no-mundo* que opera desde e sempre na nossa compreensão, “o que legitima qualquer discurso no contexto da subjetividade, intersubjetividade, diálogo, etc” e permite a explicitação formal-material do pacto fundador que se manifesta no mundo circundante como manifestação da própria condição existencial do ser humano, como um acontecer que emerge primariamente da nossa própria existência e sempre a ela remete.²⁷³ Por esse caminho, estamos convencidos: a filosofia não vem demasiado tarde! E arrematando o raciocínio, o mestre gaúcho escreve:

No paradigma que antecede à noção de Constituição programático-dirigente, o texto constitucional era entendido como uma terceira coisa que se interpunha entre o sujeito (da filosofia da consciência) e o objeto (a sociedade). A linguagem constituinte, da busca do novo, da emancipação da sociedade, do resgate das promessas da modernidade, dramaticamente sonegadas em países periféricos como o Brasil, passa a ser, no interior do novo paradigma, condição de possibilidade desse novo, *pela exata razão de que, na tradição engendrada pela noção de Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo produto de um constructo que estabelece, em um novo-modo-de-ser instituído pelo pacto constituinte, os limites do mundo jurídico-social*. Por isso, a Constituição que exsurge desse novo paradigma é diferenciada, constituidora, dirigente e programática (mas não como receituário ominicompreensivo e totalizante, enfim, como fundamento último, no que concordo inteiramente com Canotilho), isto porque o Direito, nesta quadra, *assume uma nova feição*; não mais a proteção do indivíduo, enquanto mônada, pretensamente autônomo (espécie de Barão de Münchausen), *mas, sim, a proteção e implementação dos direitos fundamentais-sociais até então* (e no Brasil de hoje) *sonegados pelo paradigma*

paradigma liberal-individualista com o paradigma da filosofia da consciência. Pressupõe, pois, uma metafísica” (Idem, pp. 122 – 123).

²⁷² “a crítica de Canotilho à filosofia do sujeito não é, como erroneamente se poderia supor, a crítica à *metafísica do sujeito* (objeto, por exemplo, de crítica pela ontologia fundamental de cariz hermenêutico), mas, sim, a uma “racionalidade cognitivo-instrumental”, pela qual o sujeito “cognocente” intervém na “ordem do mundo” (Habermas). Assim, quando Canotilho faz uma crítica à filosofia do sujeito, está se referindo a uma crítica à teoria da subjetividade ou do diálogo consensual (racionalidade comunicativa), na tradição frankfurtiana da teoria crítica. E nisso não discordo do professor lusitano.” (Idem, p. 124).

²⁷³ STRECK, 2004b, pp. 125 – 127, passim.

liberal-individualista-normativista, o qual, como já explicitado, calca-se na filosofia do sujeito e na filosofia da consciência.²⁷⁴

E Streck prossegue, confiante no seu projeto, assinalando que “a força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento *ad hoc* de dispositivos “menos significativos” da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante – o seu núcleo essencial-fundamental.” Ele não tem dúvida de que o art. 3º da Constituição brasileira projeta o núcleo de especificidade desvelador das promessas incumpridas da modernidade tardia, que conduz à força normativa da constituição²⁷⁵ que se pretende preservar e que se desloca por caminho contrário ao percorrido pelas políticas neoliberais. “O atendimento a esses fins sociais e econômicos é condição de possibilidade da própria inserção do Estado Nacional na seara da pós-modernidade globalizante.”²⁷⁶

Trabalhar a Constituição brasileira, de feição nitidamente dirigente-compromissária, impõe atenção redobrada a uma compreensão que se irradia sob duas considerações: a) o constitucionalismo dirigente periférico deve levar em conta o núcleo básico geral da Teoria da Constituição (a construção do Estado Democrático de Direito sob o influxo do binômio *democracia – direitos humanos*) e b) a consideração do núcleo de especificidades peculiares à modernidade periférica e os elementos especificamente identificáveis a cada Estado.²⁷⁷ A medida dessa compreensão deve encontrar-se alçada em um equilíbrio de tal maneira que a defesa das imposições constitucionais a partir do recorte de normas-fins e normas-tarefas não conduza ao *autismo nacionalista e patriótico*²⁷⁸, da mesma forma que em nome do “novo contrato global” não se solape os direitos já conquistados e o desejo de inclusão dos povos periféricos.

A partir dessas considerações, assume relevância o problema do controle formal e material das políticas públicas. De fato, a consideração do núcleo básico da Constituição “implica trabalhar com a noção de “meios” aptos para a consecução dos fins.”, emergindo “a

²⁷⁴ Idem, p. 127.

²⁷⁵ No sentido tomado por Hesse que vê as possibilidades e limites da força normativa da constituição atreladas à sua historicidade, faticidade e finitude, de modo que o elemento normativo permita a conformação da realidade política e social (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, fl. 24) como contraponto às idéias de Lassalle, que limitava a capacidade normativa da constituição à compatibilidade com uma constituição real que se identifica com os fatores reais e efetivos de poder político, econômico, militar, sociológico, etc, cujo confronto se revelava em detrimento da constituição escrita, que se viria reduzida a uma *folha de papel* (LASSALLE, 1988, p. 25)

²⁷⁶ STRECK, 2004b, pp. 139 – 141, passim.

²⁷⁷ Idem, p. 134.

²⁷⁸ CANOTILHO, 1996, p. 15

reivindicação do direito à realização de políticas públicas para a concretização do programa constitucional”²⁷⁹. A questão a ser colocada é saber se o Poder Judiciário pode atuar como mecanismo de controle e, na perspectiva desta tese, quais os limites que se impõe a essa atuação.

Gostaríamos de assentar, desde logo, que dividir a atuação da jurisdição constitucional em defesa do constitucionalismo dirigente não implica desconsiderar “outras formas de direcção política que vão desde os modelos regulativos típicos da *subsidiariedade*, isto é, modelo de autodirecção social estamentalmente garantidos até aos *modelos neocorporativos* passando pelas formas de *delegação* conducente a regulações descentradas e descentralizadas.”²⁸⁰ Dito de outra maneira, confiar no constitucionalismo dirigente não implica olvidar a existência de outros pólos nômicos de escolha de conteúdos e definição de procedimentos na emergência de movimento e mobilizações sociais – isso já assentamos aqui, mais de uma vez – todavia, na experiência periférica, mais especificamente na brasileira, a partir da qual deslocamos nossas preocupações, se o caminho é conformar a atuação a fim de resgatar o cumprimento das promessas constitucionais, o recurso ao Poder Judiciário não pode ser relegado.

Ao lado da *flexibilização participativa* a atuação pelo próprio Estado apropria “à jurisdição a tarefa gloriosa de responder satisfatoriamente às pretensões deduzidas em juízo que buscam ver materializados aqueles conteúdos” e deve ser exercida de modo a “tirar o proveito possível dos conteúdos e procedimentos constitucionais positivados”, ou projetados a partir de sua metanarratividade.²⁸¹

O problema, nessa contextura, é “saber se os juízes têm instrumentos metódicos e metodológicos para concretizarem a direcção constitucional de direitos sociais”, questiona Canotilho. Boa parte da doutrina, aqui e alhures, se mostra reticente, tal qual o mestre português quando não partilha integralmente da orientação e estratégia hermenêuticas relativas ao “direito ao mínimo existencial”²⁸² porque revelam, como já registramos, um “abuso do recurso à dignidade da pessoa humana tendente a “dessubstantivar” todos os outros direitos, quer de liberdades, quer sociais”, alvitando, a partir daí, que uma “jurisprudência aparentemente amiga

²⁷⁹ STRECK, 2004b, p. 141.

²⁸⁰ CANOTILHO, 1996, p. 9.

²⁸¹ BOLZAN DE MORAIS, 2002, pp. 72 e 95.

²⁸² Segundo Canotilho essa estratégia hermenêutica projeta-se no seguinte sentido: “1) direito ao mínimo prestacional para uma existência condigna é um direito prestacional originário fundado num direito fundamental da dignidade da pessoa; 2) os direitos, liberdades e garantias transportam uma dimensão *objectiva* conducente à ressubjectivização de posições prestacionais, configurando-se, assim, eles próprios em esquemas de garantia dos direitos sociais.” (CANOTILHO, 2008, p. 12).

da dignidade da pessoa humana e das suas refracções sociais pode, afinal, ser uma jurisprudência que encapuçadamente se recusa a olhar de frente para o direito à igual *dignidade social* (e não apenas dignidade da pessoa humana), o direito à *igualdade distributiva*, o direito ao *desenvolvimento da personalidade*, o direito a *níveis essenciais de prestações sociais* inerentes aos direitos sociais.” Todavia, não hesita em divisar o norte: o juiz participa da política porque desempenha um papel considerado adequado para assumir a cumplicidade de partilhar os valores e interesses dos grupos e indivíduos que perante ele reivindicam direitos e posições prestacionais negados ou bloqueados pelos decisores político-representativos.”²⁸³

1.3 Mais ainda sobre *gubernaculum* e *iurisdictio*. A versão contemporânea da crise: Judicialização da Política

Para Streck e Bolzan “a clássica separação de funções de cada um dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) de há muito está superada”²⁸⁴. Na verdade, hoje se divisam novas funções, o que se percebe com o aparecimento de órgãos controladores das atividades desenvolvidas pelos demais, que se pode denominar de função controladora e, aqui, encontra-se o desempenho de órgãos como o ministério público e os tribunais de contas, ou mesmo ainda, a atuação dos órgãos de cúpula como gestores da esfera privada, sobretudo quando essa se organiza passa subsidiar ou mesmo substituir o Estado em determinadas áreas de atuação, criando novos espaços de criação e aplicação normativas.

Isso não significa dizer, todavia, que os mecanismos estruturalizantes adotados classicamente pelo Estado estejam superados. Passam, evidentemente, por metamorfoses, o que se percebe quando se enfrenta a crise vivenciada no relacionamento entre os poderes. De fato, é produto dessa crise, na expressão de Streck e Bolzan, o “deslocamento da esfera de tensão, passando do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário”²⁸⁵, que há de se compreender a organização do Estado contemporâneo.

Isso acontece, efetivamente, em decorrência de uma superação, ainda que parcial – porque o Estado não abandonou integralmente o modelo – do mecanismo da

²⁸³ Idem, pp. 12 – 13.

²⁸⁴ STRECK e BOLZAN, 2004, p. 163.

²⁸⁵ Idem, Ibidem.

estruturação organizacional funcional preconizada desde o Estado Liberal que concebia a separação de competência dos órgãos de poder ordenada pelo fim²⁸⁶, vale dizer: criação e aplicação de direito, como caminho para garantir a vivência da liberdade.

De mecanismo de contenção do poder, a organização funcional passa, ela própria, a cumprir determinadas tarefas preconizadas mercê da atribuição de novos valores. Com efeito, a comunidade começa a participar mais diretamente nas tomadas de decisão – ou, quando mínimo, começa a exigir que sejam tomadas; surgem novos espaços de atuação (regionais, estaduais, locais), mesmo de criação a aplicação normativa, que, a seu turno, estão a exigir controle da parte do Estado. É nesse contexto onde se observa, segundo Bolzan,

além de uma mudança de perfil clássico das funções estatais produzidas pela transformação mesma da instituição Estado – onde cada vez mais a especialização se vê substituída pela ocupação de espaços de um dos setores por outro (e.g. Comissões Parlamentares de Inquérito, atividade legislativa pelo Executivo, como no caso das Medidas Provisórias substituindo a regulação construída no debate parlamentar por aquela elaborada para interagir conjuntamente com a volatilidade dos *humores* do mercado) – a fragilidade do mesmo – Estado – em suas diversas expressões, quando perde a *concorrência* para outros setores – semipúblicos, privados, marginais, nacionais, locais, regionais, internacionais, supranacionais, etc. – acerca da capacidade, bem como muitas vezes da legitimidade, de decidir vinculativamente a respeito da lei, sua execução e da resolução de conflitos.²⁸⁷

Essa transformação foi percebida por Canotilho quando afirma que a compreensão material das estruturas organizatório-funcionais do Estado implica:

“(1) articulação necessária das *competências e funções* dos órgãos constitucionais com o cumprimento das *tarefas* atribuída aos mesmos; (2) consideração das normas organizatórias, não com meros *preceitos de limites* materialmente vazios (típicos de um Estado Liberal tendencialmente abstencionista), mas como verdadeiras normas de *acção* (típicas de um Estado intencionalmente constitutivo), definidoras das tarefas de conformação econômica, social e cultural confiadas às várias constelações orgânico-constitucionais; (3) a atribuição de um carácter de acção aos preceitos organizatórios implica, concomitantemente, a articulação das normas de competência com a idéia de *responsabilidade constitucional* dos órgãos constitucionais (sobretudo dos órgãos de soberania) aos quais é confiada a prossecução autónoma de tarefas; (4) apuramento de uma noção de *controlo constitucional* que não se limite a enfatizar unilateralmente o controlo jurídico

²⁸⁶ Segundo MALBERG, R. Carré de. *Teoria General Del Estado*. México: Fundo de Cultura Econômica, 1948, p. 253, o critério de distinguir as funções do Estado em razão do fim remonta a Jellinek e não é seguro porque funções diversas podem ter fim idêntico e uma mesma função finalidades diversas.

²⁸⁷ BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 52.

das inconstitucionalidades e se preocupe também com as sanções políticas pelo não-cumprimento das tarefas constitucionais distribuídas pelos órgãos de soberania.²⁸⁸

O redirecionamento da crise partindo dos Poderes Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário decorre, nesse espectro, da assunção por este Poder de responsabilidades constitucionais afetas aos demais; quer quando atue como legislador de terceiro grau²⁸⁹; quer decidindo aspectos inerentes a políticas públicas, porque – e isso já assentamos – as mudanças sociais que se preconizam a partir do dirigismo constituinte periférico comportam a atuação dos mais variados seguimentos sociais ao lado do próprio Estado, apontando para um *pluralismo de ações* e um *pluralismo funcional*.²⁹⁰

Já registramos em linhas anteriores que o exercício do poder sempre esteve vinculado a uma tensão entre *gubernaculum e iurisdictio*, mesmo ainda quando as funções judicantes se encontravam atreladas ao monarca ou ao parlamento. A crise contemporânea, que transporta o problema para os nossos dias, tem como ponto de partida o primeiro pós-guerra. Inicialmente, o eixo de tensão eclodiu entre os Poderes Legislativo e Executivo. Deveras, os Estados que sobreviveram ao peso da 1ª grande guerra começaram a enfrentar o século XX com enormes dificuldades. Na verdade, a grande crise econômica que assolou o mundo após o conflito, veio a ensejar profundas modificações no plano interno. A economia das nações estava arrasada e a ação dos governos se desenvolvia no sentido de restaurar as suas economias e, ao mesmo tempo, no plano externo, a preocupação com as relações internacionais e o medo de um novo conflito criaram todo um clima de expectativa e precaução, tanto que passou a haver uma corrida em procura de armamentos para que assim pudessem os Estados se apresentar preparados

²⁸⁸ CANOTILHO, 1992, pp. 689 – 690.

²⁸⁹ Segundo Bonavides “Em todo sistema jurídico-constitucional do Estado de Direito contemporâneo, nascido à sombra dos postulados do contrato social, há, em rigor, três legisladores perfazendo as tarefas normativas do regime. Um legislador de primeiro grau que faz a norma fundamental – a Constituição. Sua autoridade depois remanesce no corpo representativo, legitimado pela vontade constituinte. Mas remanesce como um poder jurídico limitado, apto a introduzir tão-somente as alterações que se fizerem mister ao estatuto fundamental com o propósito de aperfeiçoar a Constituição e manter a estabilidade dos mecanismos funcionais de governo. E também para tolher, por via de emenda, reforma ou revisão, o advento das crises constitucionais, dando-lhes solução adequada e legítima. A seguir, depara-se-nos, em escala de verticalidade, o legislador de segundo grau, que faz a norma geral e abstrata, na qualidade de legislador ordinário. Para desempenhar este múnus constitucional recebe a colaboração do Poder Executivo, cujo Chefe sanciona ou não atos das assembléias parlamentares. Têm estas, porém, o poder de rejeitar o veto do presidente e restabelecer a vontade do órgão legiferante. Enfim, depara-se-nos o legislador de terceiro grau, no estreitamento do funil normativo, a saber, o juiz, que dirime conflitos e faz a norma jurídica do caso concreto. Legisla entre as partes.” (BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa (por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 21).

²⁹⁰ BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 52.

no caso da eclosão de novo conflito. Estas, entre outras, foram as causas que determinaram um novo conflito entre os Estados e agora em maior proporção em face do desenvolvimento científico e tecnológico por que passava a humanidade.

Foi nesse conturbado período que apareceu a chamada *legislação governamental*. O fato é que, durante a época dos conflitos, exigia-se uma maior rapidez nas tomadas de decisão. Não se podia esperar pelos processos legislativos normais. Tudo exigia celeridade. Uma decisão não tomada a tempo poderia acarretar sérios prejuízos. Neste clima, o Executivo atraiu para si grande parte das funções tipicamente legislativas.

No entanto, esperava-se que “findos os conflitos, a situação voltasse à normalidade constitucional, mas o que se verificou foi que “outras causas vieram a justificar e conservar aquelas práticas excepcionais: a inflação, a crise econômica, a deflação, mantiveram os governantes em estado de “mobilização” que, embora pacífica, continuou a reclamar medidas extraordinárias”. Os povos e as autoridades foram, assim, se habituando a esse esbulho de autoridade legislativa,”²⁹¹ e instrumentos como decretos-leis, *ordonances*, medidas-provisórias, etc, invadiram a experiência constitucional dos Estados.

Todavia, o eixo de tensão deslocou-se para o Legislativo-Judiciário e igualmente para o Executivo-Judiciário, no que hoje se tem chamado *judicialização* ou *juridicização da política*, ou ainda *politização do Poder Judiciário*. Efetivamente, é preciso “que se pense a concretização dos direitos humanos a partir do *prisma da jurisdição*, atribuindo-lhe expressão fundamental quando estejamos frente aos direitos de terceira geração, o que não a afasta da problemática (...) no âmbito das *liberdades positivas*, assim como não fica alheia quando tratamos das *liberdades negativas* a partir de sua interconexão com o complexo contudístico dos direitos humanos expressos através de interconexões que os mesmos projetam”²⁹². Essa necessidade projeta um *pluralismo funcional* que tem conduzido a jurisdição a atuar em searas que vão além do protótipo tradicionalmente concebido, ao escopo de ampliar o conteúdo e garantir a eficácia de direitos fundamentais e do núcleo essencial fundamental por meio de vinculação (controle formal e material) de ações às políticas públicas. Essa atuação

²⁹¹ RAO, Vicente. *Os Poderes Legislativo e Executivo e a elaboração e expedição de normas obrigatórias – A legislação governamental ou delegada e os regulamentos – A natureza jurídica dos regulamentos e suas conseqüentes limitações*. Separata de vol. I dos Estudos Jurídicos em nome de Soriano Neto, p. 526, Faculdade de Direito do Recife, Recife, 1962, a partir de BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. Vol. III, nº 84 (!) e seguintes, como ele próprio pontua.

²⁹² BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 75.

apenas ganha sentido, registra Bolzan, “como uma consequência inescapável a um Estado que se apresenta como de *bem-estar*, mas que se executa como de *mal-estar* – não apenas o mal-estar da civilização de que falava Sigmund Freud, mas de um mal-estar na civilização (no projeto civilizatório moderno)”, pois, prossegue o mestre gaúcho, “se os *sucessos* do Estado Social fossem incontestáveis e não contrastáveis não se enfrentaria o dilema de sua realização nos termos postos pelo constitucionalismo contemporâneo.”²⁹³

Efetivamente, o constitucionalismo contemporâneo está assentado num Estado Social marcado por promessas de prestações sociais não cumpridas. Isso tem elevado o grau de litigiosidade quando aqueles que se vêem excluídos dos benefícios prestacionais (moradia, saúde, educação, segurança social, basicamente) conduzem à jurisdição a resolução das políticas públicas não acudidas ou mal implementadas. Nessa contextura, ressalta Bolzan que

a disputa pela efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário passa a ser uma das marcas da contemporaneidade. Experimenta-se um arranjo organizacional na forma estatal da modernidade, fruto das próprias dificuldades do Estado Social e se percebe um embate do Estado com ele mesmo, da construção legislativa de promessas à disputa por sua concretização, em um primeiro momento no âmbito da administração (Executivo) envolta em projetos de *reforma do Estado* e, posteriormente, diante da insatisfação na sua (ir)realização, nos limites da jurisdição, em busca das *promessas perdidas*.²⁹⁴

Sem dúvida, a redemocratização do País, com a Constituição de 1988, “reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais (...) Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.”, anota Barroso que divisa, ainda, como causa decisiva da judicialização da política, a circunstância da Constituição brasileira trazer para seu bojo inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político-majoritário, seguindo a tendência das Cartas de Portugal de 1976 e da Espanha de 1978, e por isso registra que “A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em

²⁹³ BOLZAN DE MORAIS, 2008, p. 182.

²⁹⁴ Idem, p. 183.

uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica”, decorrendo, desde aí, a possibilidade de judicializar a exigência de direitos.²⁹⁵

Porém, a primeira questão que se coloca quando nos debruçamos sobre o problema da judicialização da política diz respeito à legitimidade. Com efeito, estariam os juízes legitimados para essa atuação? As considerações que vamos tecer sobre a judicialização da política voltam-se ao declarado fim. Deveras, a questão assume relevância nesta tese quando iremos, mais adiante, investigar a resposta certa em direito a partir da contextualidade heterogênea dos países da modernidade periférica.

A legitimação da judicialização da política tem sido palco de debates, sobretudo em face da diretriz imprimida à jurisdição pela constituição dirigente. Enfrentando a questão, Bercovici escreve que

um dos problemas desta concepção de Constituição é o fato de que, ao reear deixar a Constituição nas mãos do legislador, a Teoria da Constituição Dirigente acaba entregando a decisão sobre as questões constitucionais ao judiciário. Como os problemas da Constituição Dirigente são, em grande medida, de concretização constitucional, o papel dos órgãos judiciais de controle da constitucionalidade torna-se fundamental, contribuindo, ainda mais, para a despolitização da Constituição. Apesar das críticas de Canotilho ao papel dos tribunais constitucionais na concretização da Constituição Dirigente, a observação histórica dá razão a Böckenförde, que afirmou que a Constituição Dirigente, ao conter todos os princípios e possibilidades de conformação do ordenamento, favoreceria o crescimento do papel político do tribunal constitucional, que se autoconverteria em “senhor da Constituição”.²⁹⁶

Temos insistido, de nossa parte, em defender a atuação da jurisdição nessa missão, projetando a legitimação como o fez Bolzan “em uma perspectiva ampliada, que incluía não apenas a ação do agente público encarregado das atribuições afetas à função pública estatal, mas incorporando algo que poderíamos denominar como uma *prática jurídica comprometida* que congregue todos os operadores jurídicos”, o que implica a consideração e reflexão do “seu perfil como poder de caráter político inerente ao regime democrático e insubstituível para a concretização do Estado Democrático de Direito”²⁹⁷. Nessa perspectiva, a clivagem da legitimação decorre de um viés sócio-político, avultando-se inteiramente pertinentes as

²⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=77375, consulta realizada em 25/09/2009, pp. 03 – 04, passim, (2009a).

²⁹⁶ BERCOVICI, op. cit. p. 118.

²⁹⁷ BOLZAN DE MORAIS, 2002, pp. 75 – 76, passim, em nota de rodapé.

ponderações de Luhmann, que embora direcionadas a projetar os tribunais como o centro da redução da complexidade sistêmica na autopoiese do direito²⁹⁸, fornecem elementos para uma análise, que longe desse desiderato, divise a relevância da jurisdição no quadro emancipatório periférico.

Com efeito, ressalta Luhmann que “a diferenciação e a separação institucionais entre os processos legislativos e as decisões judiciais sobre disputas fazem parte dos dispositivos auto-evidentes das sociedades modernas”²⁹⁹. A questão, num primeiro momento, diz respeito a perquirir até que ponto os juizes podem criar normas, não apenas atuando dentro de uma margem já previamente delineada – mas não precisada pelo legislador – mas também a esse se substituindo. Luhmann já evidenciava que a interpretação desta diferenciação era imprecisa e carente de elaboração teórica.³⁰⁰

Para Luhmann³⁰¹, a diferenciação não pode residir na oposição da generalidade própria da lei em confronto com a norma particular criada pelo juiz. A partir do momento em que se opera a generalização das expectativas, porque congruentes – o que significa dizer que casos iguais devem ser decididos da mesma forma – a generalidade também repousaria na decisão judicial. Haveria, a partir daí, uma generalização primária que residiria na lei, e uma generalização secundária vazada na decisão judicial erigida a partir da formulação de princípios jurídicos. A legislação vê-se transformada neste procedimento de estruturação congruente secundária – criação da decisão judicial – em critério de diferenciação técnica.

O problema, todavia, reside na circunstância de que ao contrário do legislador, que pode decidir (entenda-se: generalizar expectativas) sem comprometer-se com elas - significa dizer: uma lei pode ser facilmente revogada por outra – o juiz, segundo Luhmann, “compromete-se com suas decisões e as premissas a elas vinculadas”³⁰² para idênticos casos futuros. Um novo direito apenas poderá ser criado quando ele tratar novos casos constituindo casos diferentes.³⁰³

Porém, o próprio Luhmann adverte para a circunstância de que “toda proclamação judicial de princípios jurídicos de vigência genérica é, no entanto, perigosa, pois

²⁹⁸ LUHMANN, 2002, ver capítulo 7, pp 212 – 240.

²⁹⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 34.

³⁰⁰ Idem, Ibidem.

³⁰¹ Idem, p. 35.

³⁰² Idem, Ibidem.

³⁰³ Idem, Ibidem.

leva a determinações rígidas, dificilmente retratáveis, o que é arriscado principalmente no contexto rapidamente mutável da sociedade moderna”³⁰⁴.

De fato, a experiência tem demonstrado que é mais fácil mudar uma lei do que uma generalização congruente consolidada na jurisprudência³⁰⁵, sobretudo quando, igualmente ao que acontece na generalização primária, os juízes encontram-se, do mesmo modo que o legislador, afetos a um tratamento oportunístico dos valores.

A análise sociológica de Luhmann ampara o pensamento de quem sustenta que o juiz atua como legislador para suprir omissões ou indeterminações, quando criaria norma – que não será a orientação adotada nesta tese – mas tem o condão de apontar a fragilidade do consenso vazado na generalização da lei, do mesmo modo que revela o quanto é arriscada a generalização secundária por parte do Judiciário. Contudo, a razão está com ele quando aponta para os tribunais como órgãos centrais do direito como sistema autopoietico. Essa posição tem-se firmado e resta validada sobretudo quando no processo de consolidação do constitucionalismo foram criados os

³⁰⁴ Idem, *Ibidem*.

³⁰⁵ Todavia, no sistema jurídico pátrio, a introdução pela Emenda Constitucional nº 45/2004, das súmulas vinculantes revelará uma generalização congruente consolidada pela jurisprudência. Assim, esta proclamação judicial de princípios jurídicos de vigência genérica terá maiores dificuldades de modificação, não obstante se tenha admitido como legitimados para deflagrar o processo ao declarado fito os mesmos legitimados da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI (CF: art. 103-A, § 2º), pois, não se olvide, é no próprio órgão que condensou ou generalizou o entendimento que o mesmo poderá ser modificado. Atento para o problema Streck registra: “ementas e enunciados em geral, que são predominantes no “mundo jurídico”, não têm força de lei e não gozam dos “requisitos” da regra-abstratação e generalidade. *E de qualquer modo não abarcariam todas as hipóteses de aplicação*. Mas, ao serem assim utilizados, transformam-se em regras, escondendo e impedindo o aparecimento do princípio que subjaz em cada regra (e o princípio é a razão prática da discussão jurídica; é a realidade que é trazida para dentro da discussão; enfim, é o caso – concreto –, que só existe na sua singularidade, irrepetível, pois!) Ementários não podem ser aplicados, portanto, de forma irrestrita e por “mera subsunção” (sic). Dito de outro modo: precedentes não são significantes primordiais-fundantes (de cariz aristotélico-tomista), nos quais estariam contidas todas as “universalidades” de cada caso jurídico. A partir das quais o intérprete teria a simplista tarefa de “subsumir” o particular ao geral/universal. Interpretar (e aplicar) não é nunca uma subsunção do individual sob os conceitos do geral. E exemplos de pautas gerais são comuns e recorrentes na nossa jurisprudência. Dito de outro modo, no “verbetes jurisprudencial” não está contida a essencialidade (ou o *holding*) relativa ao que seja uma insignificância jurídica (como era o caso *sub judice*). Como diz Heidegger, tomar aquilo que “é” por uma presença constante e consistente, considerado em sua generalidade, é resvalar em direção à metafísica. Por tal razão é que o saber representativo (metafísico), ao invés de mostrar o ente como ele é, acaba por escondê-lo e anulá-lo, ficando o “crime como o crime” afastado, obnubilado. Cumpre destacar, nesse sentido, que vem sendo prática recorrente em *terrae brasiliis* - não há sentença ou acórdão que assim não proceda – a menção de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões. Tal circunstância acarreta um enfraquecimento da força persuasiva da doutrina, deixando-se às decisões dos tribunais a tarefa de atribuição do sentido das leis, fenômeno que é retroalimentado por uma verdadeira indústria de manuais jurídicos, que colacionam ementários para servirem de “pautas gerais”. Tal menção pode confortar uma orientação ou demonstrar a viabilidade jurídica de um entendimento, *mas nunca fundamentar, de per si, a decisão*. Com efeito, como venho denunciando de há muito, os verbetes jurisprudenciais (ou enunciados) não possuem uma essência (acompanhada de um sentido em-si-mesmo) que seja comum e que se adapte (ou abarque) a todos os “casos” jurídicos. Na verdade, aplicados de forma descontextualizada, levam ao obscurecimento da singularidade do caso.” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006., pp. 215 – 217).

tribunais constitucionais, sendo notório o debate travado entre Kelsen e Schmitt por ocasião da criação do primeiro deles, pois, já àquela época, Schmitt se mostrava receoso com a judicialização da política que adviria da função institucional de guardião da constituição atribuída às cortes constitucionais, enquanto Kelsen defendia a jurisdição constitucional que Schmitt insistia iria se corromper com a politização da justiça.³⁰⁶

O ponto nodal, portanto, está em equacionar como os juízes, que não passaram pelo crivo direto da vontade popular, estariam legitimados a desempenharem um poder político a ponto de invalidar atos dos demais poderes? Essa *dificuldade contramajoritária*³⁰⁷, segundo Barroso, encontra justificativas de natureza normativa e filosófica. O fundamento normativo decorre “do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial”. Já a justificativa filosófica repousaria na circunstância de que o respeito aos direitos fundamentais impõe a limitação do poder (fundamentos do constitucionalismo), de tal modo que o exercício do poder fundado na soberania popular expressada na vontade da maioria, que caracteriza o regime democrático, deve respeitar os direitos fundamentais, o que enseja a possibilidade de conflito entre vontade da maioria e a proteção aos direitos fundamentais, que deve ser conformado pela Constituição, de onde resultaria a missão do Judiciário de velar pelo respeito aos valores e direitos fundamentais, sem descuidar da preservação do princípio majoritário.³⁰⁸

Mais adiante, o problema da vontade da maioria será retomado quando enfrentarmos a relevância dos princípios de conformidade com o pensamento de Dworkin e sua importância para se chegar a respostas corretamente fundamentadas no âmbito da descontextualização que assola a experiência democrática moderna. Por ora, a observação de Barroso não pode ser olvidada quando insiste em que a democracia não se resume ao princípio majoritário e problematiza: “Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em

³⁰⁶ SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. Conferir a edição brasileira sob o título *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, a partir da p. 55.

³⁰⁷ Barroso atribui a nomenclatura a Alexandre Bickel, *The least dangerous branch*, 1996, p. 16 e segs (BARROSO, 2009a, p.8).

³⁰⁸ BARROSO, 2009a, p. 8 – 9, passim.

maior número. Aí está o segundo papel da Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.”³⁰⁹

É exatamente por isso que Dworkin assevera, ao abrir a discussão sobre a tensão, que “as decisões que os juízes tomam *devem* ser políticas em algum sentido. Em muitos casos, a decisão de um juiz será aprovada por um grupo político e reprovada por outros porque esses casos têm conseqüências para as controvérsias políticas.”³¹⁰

Em que sentido, portanto, deve-se conceber a judicialização da política? Dworkin³¹¹ toma como ponto de partida para alcançar uma resposta, a concepção de Estado de Direito que opere o magistrado. Para ele, a expressão “Estado de Direito” pode ser enfrentada a partir de duas concepções: a primeira, do ponto de vista formal, a que ele denomina concepção “centrada no texto legal” e, a segunda, do ponto de vista material, denominada de concepção “centrada nos direitos”.³¹²

A concepção centrada nos direitos “pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo [...] O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais...”³¹³

A partir daí, Dworkin demonstra que a conduta dos juizes que adotam a concepção de Estado de Direito centrada no texto legal resvala para admitir que na solução dos

³⁰⁹ Idem, p. 9.

³¹⁰ DWORKIN, 2001, p. 3.

³¹¹ Idem, pp. 6 -7

³¹² A diferenciação entre Estado de Direito em sentido formal e material na linha do pensamento de Kelsen (vide notas n°s 113 e 114) foi muito bem deduzida por PEDROSA, Maria Bernardette Neves, em *Estado de Direito e Segurança Nacional*. Tese apresentada à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada em Curitiba em 1978. Àquela época, o inédito trabalho demonstrava que toda comunidade política tem forma e conteúdo. A forma se identifica com a própria ordem jurídica estatal, daí porque se vale do positivismo Kelseniano para concluir que “todo Estado é Estado de Direito”, porquanto ordem coercitiva. Todavia, se a análise for orientada para o exame dos fins e dos meios vinculados à idéia de um Estado ideal, a investigação descortinará para se verificar se a ordem é justa e aqui a conclusão será a de “Alguns Estados não são Estados de Direito”. Também sob o influxo das idéias de Kelsen, Bobbio (*Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000, pp 17 -19) coloca a questão na mesma esteira percorrida por Dworkin. Confira-se: “Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio “invioláveis” (esse adjetivo se encontra no art. 2º da constituição italiana). Desse ponto de vista pode-se falar de Estado de direito em sentido forte para distingui-lo do Estado de direito em sentido fraco, que é o Estado não despótico, isto é, dirigido não pelos homens, mas pelas leis, e do Estado de direito em sentido fraquíssimo, tal como o Estado kelseniano segundo o qual, uma vez resolvido o Estado no seu ordenamento jurídico, todo Estado é Estado de direito (e a própria noção de Estado de direito perde toda força qualificadora.)”

³¹³ DWORKIN, 2001, p.7.

casos “devem tentar descobrir o que está “realmente” no texto jurídico” e ainda que estariam proibidos de decidir “com base em seu próprio julgamento político, pois uma decisão política não é uma decisão sobre o que está, em qualquer sentido, no texto legal, mas, antes uma decisão sobre o que deveria estar lá.”³¹⁴

Por outro lado, se o juiz amolda-se à concepção de Estado de Direito centrada nos direitos terá presente que o texto jurídico não é a fonte exclusiva dos direitos³¹⁵. Terá mais presente ainda que “os direitos morais que os cidadãos efetivamente possuem devem ser acessíveis a eles no tribunal. Portanto, uma decisão que leva em conta direitos de fundo será superior, do ponto de vista deste ideal, a uma decisão que, em vez disso, especula, por exemplo, sobre o que o legislador teria feito se houvesse feito alguma coisa.”³¹⁶ O juiz, neste último modelo, prossegue Dworkin:

tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas no caso. Mas ele não pode aplicar tal princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras.³¹⁷

Todavia, para quem não superou a idéia de que direito é muito mais que a norma jurídica escrita, ou por outra, para quem vive sob o império da segurança sedutora da hermenêutica metodológica, o primeiro caminho alvitado por Dworkin será trilhado sem dificuldades. Ou existe norma e a incidência dessa sobre um fato permite a extração de certo efeito, ou a resposta a uma demanda é não.

Divisar uma atuação da jurisdição a partir de uma base principiológica que pode se encontrar ou não na constituição, mas que numa situação concreta, extirpe de qualquer dúvida, retrata os valores eleitos pela comunidade para, a partir daí desvelar o sentido que reflita a melhor resposta para a questão, não pode constituir excesso de ativismo judicial quando esse sentido se encontra compatível com a definição axiológica majoritária. E quando a decisão em defesa dos direitos fundamentais decorrentes da principiologia comunitária, sobretudo quando

³¹⁴ Idem, p. 10.

³¹⁵ A idéia de não se reduzir o Direito apenas ao texto da lei é antiga: *Se a justiça vem apenas pela lei, então Cristo morreu inutilmente*, era o que propagava São Paulo: (Gal. 2: 19 – 21).

³¹⁶ DWORKIN, 2001, p. 15.

³¹⁷ Idem, Ibidem.

expressa numa constituição, afasta o processo majoritário vazado em atos governo, ainda que criados pela maioria de mais de cinco centenas de pessoas e chancelada por outra, ou simplesmente editados por autoridade administrativa, esse contramajoritarismo não pode ser alçado a excesso de ativismo judicial ou de politização indevida da jurisdição.

Estamos convencidos, contudo, que esta hipótese não consubstancia originalidade alguma e para tanto, nesta tese, vamos nos valer da hermenêutica filosófica para validar essa proposição, que dita por outras palavras pretende expressar: o juiz não cria direito, nem mesmo na vaga ou indeterminação do texto, nem mesmo quando decide contramajoritariamente em defesa dos valores e princípios comunitários. Por isso, de logo ponderamos que não podemos concordar integralmente com Barroso quando afirma: “havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matérias de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular.”³¹⁸. Com efeito, as escolhas do legislador devem prevalecer quando permitam um sentido compatível com os princípios adotados pela comunidade, no caso brasileiro, expressos ou decorrentes da Constituição, de qualquer sorte, “a expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de uma reforma política. E essa não pode ser feita por juízes”, registra Barroso³¹⁹. Todavia, reforma política alguma terá o condão de ensejar uma definição prévia de sentidos absolutamente hermética, a ponto de dispensar a atividade judicial, bem como acabar com a possibilidade de escolhas legislativas incompatíveis com os valores e princípios vazados ou decorrentes da Constituição e, por isso, a hermenêutica filosófica de Streck se avulta fundamental para validação das proposições desta tese.

É preciso registrar, aqui, desde já, a ponderação do pensamento de Dworkin em defesa de argumento de princípio – que não pode ser solapado por um argumento de política como teremos oportunidade de analisar mais tarde – segundo ele, “um juiz não é pressionado por demandas da maioria política, que gostaria de ver seus interesses protegidos pelo direito, encontra-se, portanto, em uma melhor posição para avaliar o argumento”. Isso decorre da

³¹⁸ BARROSO, 2009a, p. 14.

³¹⁹ Idem, p. 15.

circunstância de que “um argumento de princípio nem sempre se fundamenta em pressupostos sobre a natureza e a intensidade dos diferentes interesses e necessidades distribuídos por toda a comunidade. Ao contrário, um argumento de princípio estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito que o argumento descreve, uma vantagem cuja natureza torna irrelevantes as sutis discriminações de qualquer argumento de política que a ela se pudesse opor.”³²⁰

Para Streck, a vivência do autêntico Estado de Direito repousaria hodiernamente na atuação do Poder Judiciário, já que “*Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.*”³²¹

A atuação do Judiciário como mecanismo de transformação tem sido, com efeito, objeto de investigação. A análise de Streck tem a originalidade de apontar o caminho da hermenêutica filosófica como novo paradigma. Streck³²², não obstante proclame que o Poder Judiciário não pode assumir uma atitude passiva diante da sociedade³²³, alerta, valendo-se da lição de Cittadino, para a circunstância de que a judicialização da política, conquanto condição de possibilidade no Estado Democrático de Direito, “não precisa invocar o domínio dos tribunais, nem defender uma ação paternalista por parte do Poder Judiciário. A própria Constituição de 1988 instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios, e essa tarefa é de responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende, é verdade, de uma atuação dos tribunais, mas sobretudo do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer”³²⁴, conforme, aliás, aqui já enfrentamos.

³²⁰ DWORKIN, 2002, p. 134, *passim*.

³²¹ STRECK, 2004a, p. 55.

³²² STRECK, 2004b, pp. 179 – 196.

³²³ Porque “as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito não estão relegadas somente ao governo e à administração (Gilberto Bercovici), mas têm o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário.” (KRELL, Andréas Joachim. “Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos”. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife*, nº 10. Recife: UFPE, 2000, pp. 41 e 55, *apud* STRECK, 2004b, p. 194)

³²⁴ CITTADINO, Gisele. “Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes”. In: VIANA, Werneck Luiz (Org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, IUPERJ, FAPERJ, 2002, p. 39.

Diferentemente de Dworkin, Streck tem a experiência de um operador do Direito em um Estado periférico onde são gritantes as deficiências do poder público na satisfação das políticas públicas estabelecidas na Constituição.³²⁵ Nos exemplos por ele ofertados, confira-se que o magistrado ao decidir invadiu a esfera de atuação do Executivo no âmbito das políticas públicas para garantir vagas em ensino fundamental, o que pode ter ocorrido em detrimento, por exemplo, de ampliação de leitos em hospitais. Isso, obviamente seria inconcebível no paradigma de estruturalização funcional clássica do poder.

A obra de Dworkin, também rica em exemplos, não poderia deixar de ofertá-los ao examinar a questão. Um deles chama a atenção porque diz com os limites da atuação do Judiciário ao criar norma geral. Trata-se do caso *Charter*³²⁶ onde o juiz teve de estabelecer se proibir a participação de negros como sócios de uma agremiação política encontrava vedação na lei que estabelece que as organizações que servem a “uma parte do público” não devem praticar discriminação.

³²⁵ Confirmam-se os exemplos por ele arrolados: “No Brasil, alguns exemplos mostram a viabilidade da tese do deslocamento do centro de decisões acima especificado. Segundo a Constituição Federal (art. 205), a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, tanto é que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, segundo estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 54, I, cabendo ao município atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação fundamental infantil (art. 211, § 2º, e art. 60 das disposições transitórias da CF). Isto aliado ao fato de que a Constituição estabelece, entre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade justa e solidária, garantindo o desenvolvimento, erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais (art. 3º). E se faltarem vagas na rede pública? Pergunta o Juiz de Direito Urbano Ruiz. Pois na cidade de Rio Claro, o Promotor de Justiça ingressou com uma ação civil pública (instrumento do Estado Democrático de Direito) para obrigar a municipalidade a criá-las, para que no ano letivo de 98 nenhuma criança ficasse fora da escola, sob pena de multa diária, além de responsabilizar penalmente o prefeito, que poderia ser destituído do cargo e ficar inabilitado para o exercício de cargo ou função pública por cinco anos. *O juiz determinou, liminarmente, a criação das vagas.* Não houve contestação por parte da prefeitura. Esse fato, complementa Ruiz, mostrou que é possível utilizar o Judiciário para o desenvolvimento de políticas públicas, ou seja, por meio dele é possível exigir das autoridades que cumpram seus deveres, que tomem atitudes. Na mesma linha, demonstrando o novo perfil do Poder Judiciário – não mais como mero assistente e, sim, intervencionista, em face do deslocamento de tensão já delineado anteriormente – vale conferir a decisão prolatada pelo magistrado Ivo Dantas, no processo n. 1.404/88 – JCY do Recife, tendo como pano de fundo os direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal. Segundo a sentença, “à primeira vista tem o empregador o poder potestativo de despedir, mormente se entendermos o inciso I do art. 7º de forma isolada. Contudo, a primeira lei da Hermenêutica é no sentido de nenhum artigo, inciso, parágrafo ou alínea poderão ser entendidos de forma isolada; devem, sim, ser interpretados sob a ótica sistêmica, tanto inter, quanto intra-sistematicamente. *Ademais, os princípios próprios da Interpretação Constitucional deverão estar obrigatoriamente presentes.* Assim, a despedida arbitrária, além dos ressarcimentos pecuniários previstos no art. 10, I, do ADCT, passa a ser informada pelos PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS do art. 1º, III, e IV, bem como pelo art. 193, ambos da Constituição vigente. Nos Princípios Fundamentais, vê-se, então, que o Estado Democrático de Direito Brasileiro tem por fundamento, entre outros, o trabalho, como valor social. *Ora, o valor social não pertence nem ao empregado, nem ao empregador, mas, sim, à sociedade como um todo.* Ela não poderá, dia após dia, receber em seu seio pessoas que, sem motivo e por simples fundamentação no poder de despedir, percam o emprego sem motivo justificado, como, aliás, entendem, além da Alemanha, os sistemas italiano, espanhol e português.” (STRECK, 2004a., pp. 57 – 58).

³²⁶ DWORKIN, 2001, pp. 10 – 14.

Neste caso, um olhar sobre a hermenêutica clássica mandará o juiz aferir a vontade do legislador ao estabelecer na norma a expressão etimológica “uma parte do público”, e a questão se tornará semântica, até mesmo por decomposição para saber o que é público, como precisar uma parte dele, etc. Na perspectiva dessa linha, Dworkin compreende que

diferentes juizes darão diferentes respostas a essas questões de semântica; nenhuma resposta será tão claramente correta a ponto de todos concordarem com ela. Não obstante, cada juiz estará tentando, de boa-fé, seguir o ideal do Estado de Direito segundo o livro das regras porque estará tentando, de boa-fé, descobrir o que as palavras do texto legal realmente significam.³²⁷

Porém, o que o juiz sente, o que ele acha, a inspiração divina, mediúnica, enfim, parece realmente não se apresentar como um critério racional a ponto de justificar a decisão judicial. É preciso que ela se assente numa compreensão do que desde e sempre existe e se encontra lançado (pré-compreensão a partir da finitude) e, possa, a partir daí, apontar para uma solução hermeneuticamente correta para solucionar a questão, de modo que a compreensão possa ser igualmente aferida por outros observadores a ela concernidos. A decisão que se constrói sob tal contextura deverá privilegiar os direitos de fundo e o direito que o cidadão possui de a eles ter acesso através do exercício da jurisdição, bem como aqueles estabelecidos ou decorrentes dos princípios selecionados como de valor permanente.³²⁸

É nesse sentido que Bonavides insiste em divisar o juiz como legislador de terceiro grau³²⁹ reconhecendo o papel a ele destinado na Nova Hermenêutica de matiz filosófico:

Intérprete normativo no ocaso da velha dogmática jurídica, esse juiz tende, desde o advento da Nova Hermenêutica, a ser, com razão, o legislador por excelência; aquele que tanto na esfera tópica como sistemática dissolve as antinomias do positivismo ou combina, na concretude social e jurisprudencial, a doutrina com a realidade, o dever-ser com o ser e integrado aos quadros teóricos da democracia participativa terá legitimidade bastante com que coibir de uma parte as usurpações do Executivo, de outra as tibiezas e capitulações do Legislativo. Sobretudo quando este, por omissão, se faz desertor de suas atribuições constitucionais.³³⁰

³²⁷ Idem, p. 11.

³²⁸ Cfe. Dworkin, 2001, p. 15 e Streck, 2004a, pp. 45 – 46.

³²⁹ BONAVIDES, 2001, p. 21. Vide, aqui, nota nº 289.

³³⁰ Idem, ibidem.

Tem-se dividido, a partir daí, uma visão *redentora* do Poder Judiciário e outra sorte de objeção se coloca na seguinte e preocupante indagação: Os juízes estão preparados para fazê-lo?

Observe-se, primeiramente, que esta visão não pretende que o Poder Judiciário, de modo indiscriminado, e se substituindo ao Poder Executivo, passe a definir as políticas públicas, ou ainda, passe a criar normas gerais substituindo-se ao legislador. Pretende-se, ao contrário, divisar uma via aberta e legitimada pelo pacto para conformar a atuação do poder público aos compromissos estabelecidos na Carta, assegurando, portanto, sua força normativa.

O primeiro argumento contrário à tese substancialista da politização da jurisdição decorre, como já vimos, exatamente da preocupação democrática com a legitimação. Se, de regra, não eleitos pelo povo, se as decisões que os juizes tomam não estão submetidas ao controle popular, então não teriam eles legitimação para tanto. Na verdade, a questão tomada sob este prisma parte de um pressuposto formal para a legitimação ditado pelas regras do jogo que podem, obviamente, ser modificadas por regras adrede estabelecidas. A legitimação em estudo deve decorrer menos do procedimento que da substância. Isso significa dizer, em outras palavras, que a decisão judicial, ao se vincular ao núcleo material essencial da Constituição (o art. 3º do Texto brasileiro), tendo como escopo o equacionamento formal e material das políticas públicas voltadas para a satisfação da justiça distributiva, atenderá a uma expectativa congruente generalizada³³¹ das camadas da população excluídas.

Sob o prisma deste entendimento, podemos entender que, conquanto formalmente legitimados, o Parlamento e o Executivo³³² podem – e tomam – decisões que

³³¹ LUHMANN, 1985, p. 34

³³² Bolzan propõe reconhecer a “*executivização da Constituição* ou sua *administrativização economicista*, quando a função executiva do Estado passa a desempenhar um papel de relevância para a (re)definição do conteúdo da Constituição utilizando-se dos mecanismos jurídico-constitucionais e de um discurso economicista apocalíptico, totalizante e monocórdico, para promover uma verdadeira desmontagem do texto constitucional originário patrocinado através da atuação do poder constituinte. Ao que transparece de algumas experiências constitucionais contemporâneas periféricas, o direito constitucional passou a ser *refém* de uma *lógica mercadológica da política*, transformando as constituições em prolongamentos subservientes aos programas de governo e rompendo com seu caráter estabilizante e sua pretensão a uma certa perenidade, provenientes do projeto liberal revolucionário vitorioso no final do século XVIII em seu núcleo político (ou político-jurídico) – sem que isto signifique um engessamento do real, ou uma vinculação estrita do ser ao dever-ser – bem como destroçando conquistas sociais consolidadas. Nesse sentido, é evidente que, mesmo matizado pelo reforço do papel da função executiva estatal assistido ao longo do século XX em face da mudança no perfil do Estado, assumido como *Welfare State*, esta executivização/administrativização da Constituição experimentada em diversos países – dos quais o Brasil parece se notabilizar – produz um refluxo profundo na prática constitucional, permitindo que se fale de um *golpe de Estado institucional*.” (BOLZAN DE MORAIS, 2002, pp. 87 – 88). Bolzan se louva do pensamento de Bonavides para quem “a anomalia de um Executivo presidencial atuando como se fora senhor absoluto do poder, ignorando as leis e

frustram expectativas generalizadas desvinculando-se do núcleo compromissário-dirigente da Constituição. Seriam elas legítimas? A pergunta pode ser feita de outra forma: Estariam os parlamentares ou os órgãos executivos legitimados substancialmente a tanto?

Se os juizes, de acordo com a estruturação clássica do Estado, não estão formalmente autorizados a tomar decisões políticas primárias, podem vir a substancialmente ter que tomá-las ante a necessidade de satisfazer os direitos humanos fundamentais, sobretudo os direitos sociais, de modo a imprimir a força normativa necessária àquele núcleo que revela as promessas da modernidade ainda não cumpridas. Aqui, a decisão judicial poderá ser tão legítima ou ilegítima quanto a lei ou a decisão executiva, na medida em que satisfaça ou não expectativas sociais congruentemente generalizadas. A atuação contramajoritária da parte do Poder Judiciário apenas se justifica na e pela promoção dos direitos fundamentais e ela se exerce, portanto, em direção ao fortalecimento da democracia.

O dilema em adotar, entre nós, a politização da decisão judicial sob o veio substancialista reside, como aponta com precisão Streck, no fato de que o Judiciário está preparado para “lidar com conflitos inter-individuais, próprios de um modelo liberal-individualista, não está preparado para o enfrentamento de problemas decorrentes da trans-individualidade, própria do (novo) modelo advindo do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição promulgada em 1988...”³³³

Isso acontece, registra Streck citando Faria, porque a magistratura “não preparada técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos dos pleitos a ela submetidos, ela enfrenta dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem direitos coletivos, protegem os direitos difusos e dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos.”³³⁴

a Constituição, governando ao livre alvedrio das medidas provisórias, despreitando a vontade nacional, esmagando as classes sociais, resultou, já, numa desfiguração do sistema jurídico sem símile nos anais republicanos e imperiais” (BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial*. São Paulo: Malheiros, 1999), para fazer ver que o golpe de Estado institucional caracteriza-se, em contraposição ao golpe de Estado governamental, pela *remoção do regime*, e não de governos, posto que “não entende com pessoas mas com valores, não busca direitos mas privilégios, não invade Poderes mas os domina por cooptação de seus titulares; tudo obra em discreto silêncio, na clandestinidade, e não ousa vir a público declarar suas intenções...”, sendo, então, o *golpe dos ditadores constitucionais*, fazendo mudar o teor, a substância e a essência das instituições, e não seus nomes.

³³³ STRECK, 2004a, p. 54.

³³⁴ FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995, pp. 14 – 15, *apud* Streck, 2004a, pp. 35 – 36.

Ainda pode-se referir como causa, a circunstância de que os juízes, de regra, não se encontram habituados a lidar com a constituição como um sistema estruturante dotado de sentido³³⁵, isto é, que deve revelar expectativas congruentemente generalizadas pelo procedimento social, produto da seletividade de princípios e valores de modo que a efetividade que lhe devem imprimir não pode frustrar aquelas expectativas.³³⁶

Postas estas reflexões sobre o problema da legitimação e limitação do poder, que apontam para a possibilidade de atuação da jurisdição numa perspectiva emancipadora, já é hora de, na seqüência, enfrentarmos os níveis de racionalidade que se apresentam ao declarado escopo para, depois, apresentarmos as proposições que sustentamos para o desenvolvimento do processo judicial decisório, com a consciência, desde já expressa, de que divisar o exercício da jurisdição como um caminho propulsor de inclusão em defesa da sociabilidade estatal, não implica a desconsideração de outras vias de atuação, sobretudo as decorrentes da atuação popular de caráter nitidamente não-governamental, que devem ser privilegiadas sem que isso conduza a um menoscabo ao exercício da jurisdição pelo concebido viés.

³³⁵ O sentido ora imprimido à constituição está erigido a partir do conceito de direito elaborado por LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 183.

³³⁶ Dentro dessa linha, a decisão seguinte proferida pela 2ª Turma Suplementar do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, imprimiu densidade ao princípio da moralidade. Confira-se a ementa: “*Constitucional. Ação Popular. Moralidade jurídica (CF/88: art. 37, caput). Nomeação de filha de presidente da República para adjunto da Secretaria-Geral da Presidência. Lesividade ao patrimônio jurídico*. I. A inserção de racionalidade moral, altamente legitimada em expectativa cognitiva social transformada em normativa e condensada no art. 37 da Carta, confere o nível conceitual da moralidade jurídica voltada para bloquear atos lesivos dos níveis de validade de correção (sinceridade, verdade e retidão), que o consenso popular brasileiro exige do agir de seus agentes públicos. II. A pressão seletiva social assim plasmada no art. 37 da Carta, presente, portanto, no Estado de Direito brasileiro, afasta a atuação de agente público ocupante do cargo de secretário-geral da Presidência da República no sentido de nomear a filha do presidente da República para o cargo de adjunto da Secretaria-Geral da Presidência, porque isso implica um agir ocultamente estratégico voltado para a satisfação de interesses pessoais e não orientado para o entendimento, o acordo, o consenso, que gerou a condensação da expectativa normativa. III. Apelações e remessa oficial não providas.” (DJ 2 de 03/03/05). (TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Apelação Cível 1999.01.00.040000-7/DF*. In: Revista do Tribunal Regional Federal – Primeira Região, ano 17, nº 4. Brasília: TRF/1ª Região, abr./ 2005, pp. 128 – 133).

Capítulo II – Pré-compreensão

Conhecer o caminho não dispensa o percurso.

(provérbio francês)

2. Monismo, pluralismo e racionalidade

A passagem do *estado de natureza* ao *estado de direito* processou-se, como se pôde perceber, a partir de um elemento comum: uma ordem normativa que concernisse o cotidiano, as mais variadas relações sociais, a uma racionalidade ditada pelo monopólio do Estado na criação e aplicação do direito. De fato, esse lento processo de mudança crivou-se a partir da formação do Estado Moderno, no qual “a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar, aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária.”³³⁷

Esse monopólio projetou-se, também, segundo faz ver Bobbio³³⁸, na aplicação do direito, na medida em que, agora, o juiz não mais poderia decidir as controvérsias a partir das regras de costume, ou ainda com base naquelas elaboradas pelos juristas ou de acordo com critérios equitativos, segundo princípios da razão natural. Deixava, portanto, de ser um livre órgão da sociedade para se tornar um órgão do Estado, solucionando as controvérsias de conformidade com os critérios estabelecidos pelo legislador, fazendo emergir, desde aí, a pugna entre direito natural e direito positivo.

Pensar numa *natureza racional* projetada a partir de uma *natureza instintiva ou natural* requer que se considere inevitavelmente a existência de um caminho, uma metodologia que permita assegurar os passos no sentido dessa racionalidade. Esse caminho permite apontar

³³⁷ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 27.

³³⁸ Idem, p. 28

para duas fronteiras conceituais por onde passam os problemas que envolvem a ciência do direito: o monismo e o pluralismo jurídico.

O monismo jurídico parte do pressuposto que o direito é aquele criado ou chancelado (no caso de normas consuetudinárias ou direito natural)³³⁹ e aplicado exclusivamente pelo Estado. Podemos, então, falar de um direito oficial, que é posto pelos homens em decorrência de uma convenção, de um contrato, de um pacto social, seja qual for a origem desse, como já vimos, e se contrapõe àquele direito que decorre da natureza e que “prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros.”³⁴⁰ Essa dicotomia entre direito natural e direito positivo que se arrasta desde a antiguidade clássica, está a merecer, contemporaneamente, uma atenção maior da parte dos juristas, com vista à uma melhor compreensão do fenômeno jurídico.

Nesse contexto, Barzotto faz ver que desde as sociedades pré-modernas (período clássico), o ser humano é definido a partir de sua inserção social (*zoon politikon, animale sociale*), mostrando-se decisivo determinar como devem ser reguladas suas relações com os outros membros da sociedade, avultando-se, desde aí, a relevância do conceito de justiça que consiste em atribuir a cada um o que lhe é devido. De tal sorte que o indivíduo deve atribuir à sociedade o que é necessário para que esta alcance o seu bem (bem comum) e esta deve atribuir ao indivíduo o que é necessário para que este alcance o seu bem (vida boa, felicidade). A justiça deriva da necessidade social de determinar, em situações concretas, quais são as condutas necessárias para equilibrar o bem natural da sociedade (composta por indivíduos) e o bem natural do indivíduo (animal social). E a partir daí, o professor gaúcho aponta para a circunstância de que:

Quando o jusnaturalismo moderno propõe uma teoria da sociedade que parte não da comunidade, mas do indivíduo isolado no estado de natureza, ele é compelido a determinar até onde pode ir o arbítrio individual sem que o convívio social degenera em conflito aberto. A Lei Natural, estabelecida pela razão, passa a ser vista como limite necessário que constitui uma esfera de ação para cada indivíduo imune à interferência alheia. Essa esfera constitui um direito subjetivo natural. O Direito Natural é desse modo, o conjunto das leis naturais que disciplinam a liberdade de indivíduos entendidos como *mônadas auto-*

³³⁹ Conforme lembra Bobbio (1995, p. 29).

³⁴⁰ Idem, p. 17.

suficientes (Marx) por meio da outorga de direitos naturais. Ao lado do Direito Natural, oriundo da razão, tem-se o direito positivo, oriundo da vontade.³⁴¹

Efetivamente, no jusnaturalismo moderno, o processo de racionalização do direito “aponta para uma maior sistematização lógica e dedutiva do pensamento jurídico; contudo não faz o discurso jurídico abandonar as questões típicas da ética, tais como as noções de justiça, de liberdade, de bem-estar geral, de vontade, onde o Direito e a ética não se excluem mutuamente”. De fato, a configuração do jurídico a partir de qualquer proposta racional não se desvincula, hodiernamente, de um apelo às questões éticas. E é por isso que Pepe prossegue afirmando que “o mundo jurídico tornou-se cada vez mais técnico, mais operacional no sentido de manejar tão-somente com elementos da racionalidade técnico-instrumental, onde os juristas se autodenominam de “operadores do Direito”, termos típicos da linguagem moral continuam atravessando a prática discursiva dos que legislam, dos que aplicam e dos que ensinam o Direito”³⁴². Esse apelo, todavia, nem sempre está voltado para a realização da justiça através da experiência jurídica, seja no momento da criação, seja no momento da aplicação. No mais das vezes, o recurso a argumentos éticos, valorativos, ou, enfim, filosóficos, revelam uma apropriação indevida de tais argumentos adrede e estrategicamente voltada à satisfação de certos fins à guisa de satisfazer às exigências de justificação do mundo da vida, como lembra ainda, com muita razão, Pêpe.³⁴³

Nessa contextura, tem razão Barzotto quando lembra que “a modernidade [também, se se quiser, a pós-modernidade] caracteriza-se pelo predomínio de ações estratégicas (Weber, Habermas). Isto é a conduta dos indivíduos está voltada para a escolha dos meios mais eficientes para a obtenção dos fins, especialmente em dois planos: economia e política.”³⁴⁴ Parece, efetivamente, que a distinção do bem e do mal, do justo e do injusto se tornam instrumentais a serem, portanto, validadas por um procedimento que será legítimo se o fim preconizado for atingido. A questão agudiza-se quando se percebe que não estão em causa escolha de valores. Quando não há temperança. E num mundo de seis bilhões de habitantes pode-

³⁴¹ BARZOTTO, Luis Fernando. “Positivismo Jurídico”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006, p. 643.

³⁴² PÊPE, Albano marcos Bastos. “O Jusnaturalismo e o Juspositivismo modernos”. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; e STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, 2006, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 10 – 11, passim.

³⁴³ Idem, *ibidem*.

³⁴⁴ BARZOTTO, 2006, p. 644.

se falar disso? Não é preferível nessa sociedade hipercomplexa e contingente correr o risco de um retorno ao estado de natureza, a uma autoridade moral e politicamente totalitária... Talvez seja por isso que o mestre gaúcho apresente uma visão tão cética, conquanto realista, do contrato social, divisando que “o indivíduo, como agente social, está engajado na tarefa de maximizar sua posse de riqueza e poder. O Direito deve se apresentar como instrumento oportuno para a obtenção desses fins.” Daí professa que o jusnaturalismo moderno

vai propor uma teoria do Direito que *naturalize* a busca burguesa pelo acúmulo de riqueza e pela posse do poder político. Essa é a doutrina contratualista. Quais são os instrumentos mais eficazes para a busca dos fins próprios à esfera econômica e política da sociedade moderna (burguesa)? Certas faculdades (direitos) que serão naturalizados: o direito de propriedade (absoluto) e livre-iniciativa, e o direito (dos mais abastados) de participar no processo político. Esses são dos direitos que, pertencendo ao ser humano no estado de natureza, são reconhecidos como *naturais*. O contrato social disporá sobre o arranjo institucional que, do ponto de vista do indivíduo isolado, seja o mais vantajoso para o seu interesse. O resultado é um conjunto de direitos que, impondo-se ao Estado, viabilizem a busca do auto-interesse na economia capitalista e no Estado Liberal. A Teoria do Direito não é mais uma teoria ética como no jusnaturalismo clássico, mas uma teoria da escolha racional (Rawls): quais são as escolhas que maximizarão o bem do indivíduo? Valerá como direito os meios (direitos) que o indivíduo auto-interessado e racional determinar como sendo os mais eficientes para obter os fins no contexto de uma sociedade moderna. O legislador positivo nada mais deve fazer senão detalhar, por meio de regras gerais e abstratas, as condições ótimas do uso desses direitos.³⁴⁵

Todavia, a abertura do direito a elementos éticos, valorativos, enfim, filosóficos e político-sociais coloca a experiência jurídica sob os trilhos do pluralismo jurídico que aparece como resposta ao normativismo estatal positivista, que conforme escreve Wolkmer tem como principal núcleo “a negação de que o Estado seja a fonte única e exclusiva de todo o Direito. Tal concepção minimiza, exclui ou nega o monopólio de criação das normas jurídicas por parte do Estado, priorizando a produção de outras formas de regulamentação, geradas por instâncias, corpos intermediários ou organizações sociais providas de certo grau de autonomia e identidade própria.”³⁴⁶ Trata-se, lembra ainda Wolkmer em lição nesta tese já citada³⁴⁷, “de uma visão antidogmática e interdisciplinar que advoga a supremacia de fundamentos ético-sociológicos sobre critérios tecnoformais.”

³⁴⁵ Idem, *ibidem*.

³⁴⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. “Pluralismo Jurídico”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006, p. 637.

³⁴⁷ Vide nota n° 182.

Na verdade, está em moda nos dias presentes o desenvolvimento de profundas e originais reflexões sobre questões morais³⁴⁸. Fala-se mesmo de um *eticismo* que afetaria não apenas o discurso, mas a pragmática das ciências sociais com preocupação voltada para o espaço público e o homem como centro de irradiação de dignidade.

Em razão disso, o discurso, seja jurídico, seja político, tem sido marcado com um forte apelo às questões éticas alavancadas sob o que se pode denominar de *espírito do Estado*³⁴⁹ dividido ao se colocar o homem como o centro das atenções, ou seja, partindo-se da idéia de dignidade para afastar justificações políticas e até mesmo jurídicas erigidas sob a idéia de *razão de Estado*.

Esse movimento, como registra Habermas³⁵⁰, decorre do “fracasso das ciências sociais convencionais, que não puderam cumprir suas promessas teóricas e práticas” e veio a ser caracterizado como a virada hermenêutica (*interpretative turn*³⁵¹) e propugna pela crítica do arcabouço metodológico do positivismo para irromper a experiência das ciências sociais a partir da *compreensão* e é exatamente esse espaço que permitiu o retorno à ética, de modo a ensejar novas atitudes, novo agir comunicativo no espaço público.

No direito, é fácil hodiernamente divisar todo um movimento no sentido de revelar uma dependência da axiologia jurídica aos fundamentos éticos voltados para proteção de direitos fundamentais em defesa da dignidade humana.

Essa dependência ora se faz tentando operacionalizar construções da ética teleológica clássica grega ou cristã, ora sob o prisma de uma ética iluminista de matiz deontológico. No viés teleológico, a ética vai deitar raízes na identificação de um fim na e para a vida do homem, buscando divisar meio ou bem para alcançá-lo, como se pode perquirir nas

³⁴⁸ Comumente no discurso os étimos ética e moral são usados indistintamente. Pode-se, todavia, considerar um significado mais preciso que conduz a uma distinção. Deveras, a ética pode ser identificada como a tematização das normas morais, ou seja, os fundamentos éticos imprimem vetores que socializam costumes aceitos pela sociedade que, segundo Kant, não teriam origem na natureza, daí porque ele identifica a ética como “metafísica dos costumes”. Por outro lado, a moral identifica-se com o conjunto de normas condensadas espontaneamente pela comunidade e que podem ou não ser objeto de sistematização teórica, hipótese em que podem coincidir com o próprio direito positivo, mas não se limitando a ele.

³⁴⁹ O *espírito do Estado* poderia, assim, ser identificado como uma proposta ética positiva de valorização da dignidade humana erigida, segundo Gobardo sob uma ‘ética política’ de inspiração universalista (hegeliana) e socialista (gramsciana) a partir de um abandono do conceito negativo de virtude contemplado por Maquiavel (GOBARDO, op. cit. p. 43).

³⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. “Ciências Sociais Reconstitutivas versus Ciências Sociais Compreensivas”. In: *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 38.

³⁵¹ A expressão, segundo Habermas (op. cit, pp. 38 e 58), é atribuída a Paul Rabinow e Willian Sullivan in: RABINOW, Paul e SULLIVAN, Willian. *Interpretative Social Science*. Berkeley, 1979.

reflexões de Aristóteles. Já na ética deontológica o viés dirige-se para o conceito de dever e, portanto, de norma, como se pode verificar no pensamento de Kant, depois em Bentham e ainda em Rawls ou Habermas, entre tantos outros.

O paradigma aristotélico tem sido operado por muitos filósofos e jusfilósofos contemporâneos que enxergam no questionamento básico “para que devo viver?” ou “qual o fim da vida?” uma resposta para enfrentar os problemas da sociedade hodierna a partir de uma pragmática que vise o desenvolvimento de todas as potencialidades humanas em favor de uma vida boa, digna.

Deveras, para Aristóteles³⁵², a felicidade é constituída a partir de atividades virtuosas, já que as atividades viciosas nos conduzem à situação oposta (infelicidade). Todavia, se de um lado a virtude conduz à felicidade, o que faz com que o homem verdadeiramente bom suporte com maior nobreza e decoro as vicissitudes da vida³⁵³, de outro lado, Aristóteles insistia em que a felicidade também se encontrava vinculada ao homem se encontrar suficientemente provido de bens exteriores³⁵⁴. Esse realismo de Aristóteles tem sido enfrentado pelos seus seguidores hodiernos como a dificuldade de reunir numa sociedade hipercomplexa e hipercontingente as condições do bem³⁵⁵, ou por outra, que o estagirita não estaria olvidando as circunstâncias do ‘estar-no-mundo’³⁵⁶.

A conquista do ideal de vida boa (*eudamonía*) afasta a virtude dos extremos e conduz sua prática para o equilíbrio, ou seja, um uso racional das virtudes. Assim, o agir, a práxis igualmente devem ser conduzidos de tal modo que a obra humana também seja boa.³⁵⁷

A idéia de felicidade humana concebida a partir de um ideal de vida boa que caracteriza, como se vê, o pensamento da ética aristotélica e posteriormente a cristã³⁵⁸, restou

³⁵² ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 33.

³⁵³ Idem, *ibidem*.

³⁵⁴ Idem, p. 34. Nesse ponto o pensamento de Aristóteles confronta com o de Platão para quem a vida boa decorreria da simples posse da virtude pelo indivíduo, não dependendo de fatores externos. “Para Platão, quem possui a virtude da justiça possui um bem intrínseco, mesmo que seja vítima das maiores injustiças, e é, por isso, feliz” conforme SANTOS, José Manuel. *Ética da Comunicação*. Covilhã, Portugal: Universidade da Beira Interior, in www.bocc.ubi.pt/pag/santos-jose-manuel-etica-comunicacao.pdf em 01.04.2007, p. 23.

³⁵⁵ Cfe. NUSBAUM, Martha C. “The fragility of godness. Luck and ethics in Greek tragedy and philosophy”. Cambridge, U.P, 1986, *apud* SANTOS, op. cit., p. 26.

³⁵⁶ Cfe. AUBENQUE, Pierre. *La prudence chez Aristote*. Paris: PUF, 1963, *apud* SANTOS, op. cit., p. 26.

³⁵⁷ ARISTÓTELES, 2004, pp. 41 e 47.

³⁵⁸ Com o pensamento de São Tomás de Aquino, sobretudo, a ética cristã abraça elementos da ética clássica, notadamente seu caráter teleológico – e nisso ambas se confrontam com a ética iluminista que se volta para um caráter deontico ocupando-se com *deveres* independentemente de *fins*. Todavia, pode-se afirmar que introduziu uma certa racionalidade quando traz à cena a questão da lei, sob a versão dos mandamentos. Promoveu, ainda, uma

profundamente abalada em razão do iluminismo. Com efeito, o desenvolvimento das idéias redirecionou a pergunta própria do paradigma ético grego (como viver?), para um questionamento que pode ser traduzido numa das três questões básicas propostas por Kant³⁵⁹: *o que devo fazer?*, ou por outras palavras, como expressa Santos³⁶⁰, “como encontrar no homem, tal qual o pensa a nova antropologia, uma lógica própria para suas razões?”

Divisa-se, a partir daí, uma verdadeira revolução no pensamento que se traduz na insistência da autonomia do sujeito ético e da própria ética em relação à religião e à teologia. Kant envereda por esse caminho apontando ao declarado escopo o método dedutivo e apriorístico a partir dos conceitos da razão pura, como aponta Santos, que confrontando a ética teleológica com a ética deontológica, registra:

Neste último caso, a crítica do recurso à antropologia em ética tem os seus limites, visto que também, aqui se tomou a decisão antropológica de considerar o homem, enquanto sujeito ético, como “ser racional”. Comum a estas duas abordagens opostas da ética há um pressuposto epistemológico que constitui um outro aspecto da *epistémé* iluminista. Do ponto de vista epistemológico, a ética, de acordo com a crítica generalizada do pensamento teleológico, deixa de partir da idéia de um conhecimento dos fins. Ao conhecimento do lugar do homem no cosmos, correspondia, naturalmente, um conhecimento da melhor forma de vida e, portanto, dos “fins” de uma vida propriamente humana, e das “virtudes” necessárias à sua realização. Em vez de causas *finais* para agir, o ético procura, agora, motivos ou móveis, causas *eficientes* da acção, que podem ser ou bem sentimentos (Hume) ou bem um “dever” puramente racional (Kant).³⁶¹

Todavia, isso conduz, inegavelmente, ao seguinte paradoxo: “de que vale o homem ter-se emancipado de entidades transcendentais para encontrar em si próprio as razões da

reorganização da tabela das virtudes para introdução de valores como amor ao próximo, humildade e caridade, de maneira que o ideal de vida boa voltava-se para uma visão escatológica em direção à salvação. Propagou, enfim, uma universalização, com suporte igualitário, da mensagem que se destinaria a todos, indo, neste aspecto, como faz ver Santos, muito além da ética grega e judaica quando suprime diferenças entre os receptores (SANTOS, op. cit., pp. 29 – 30)

³⁵⁹Segundo Pêpe “Kant entendia que toda filosofia digna deste nome deveria orientar-se para os problemas fundamentais do homem que demonstrem um interesse racional. Para tanto, ele pretende apresentar seu interesse buscando responder a três perguntas que se faz: 1. que posso saber? 2. que devo fazer? 3. que posso esperar? Em relação à primeira pergunta que ele se põe, dedica a sua *Crítica da Razão Pura*, talvez sua mais conhecida obra, dedicada ao desenvolvimento teórico, fundamento da moderna Teoria do Conhecimento. Para a segunda, ele dedica alguns de seus melhores livros para o desenvolvimento da sua filosofia moral e do Direito, dentre eles a *Crítica da Razão Prática*, a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* e a *Metafísica dos Costumes*. E quanto à terceira pergunta, ele dedica seus estudos acerca da filosofia da história e da filosofia da religião. Alguns escritos seus neste sentido são: *Idéia de uma História Universal de um ponto de vista cosmopolita. O conflito das faculdades e a religião dentro dos limites da mera razão*. (PÊPE, 2006, pp. 11 – 12).

³⁶⁰ SANTOS, op. cit, p. 31.

³⁶¹ Idem, ibidem.

sua própria ação, se a sua vontade se torna escrava de “sentimentos”, “inclinações” e “paixões”?”. Ainda conforme Santos, do ponto de vista kantiano, a solução do paradoxo iluminista da liberdade repousa na circunstância de que

a lógica do agir “por dever”. Do agir verdadeiramente moral, seja totalmente independente de “inclinações” naturais, aspirações à felicidade ou cálculos de interesse e utilidade, e tenha a sua fonte apenas na razão. “Liberdade” é a independência da razão do “ser racional” em determinar a máxima da sua ação sem constrangimentos sentimentais, pulsões naturais, perspectivas de felicidade, ameaças de sanções ou promessas de compensações. Esta posição radical de um “dever moral” que corresponde a um agir absolutamente racional, conforme à razão prática, a todas as “inclinações” naturais, leva a uma justificação ou fundamentação desse dever através de um método processual, puramente formal, dedutivista e contra-intuitivo. Assim, enquanto, por exemplo, na ética grega o respeito do outro é justificado pela necessidade de o indivíduo ter “amigos”, ou seja, ter relações sociais, para ser feliz, e no contexto cristão através da experiência do “amor”, a fórmula kantiana que imprime a obrigação de respeitar o outro, “o imperativo categórico”, não pode recorrer, para se justificar, nem a argumentos pragmáticos nem a intuições dadas em experiências vividas. A moral, segundo Kant, não só não necessita, mas deve-se interditar o recurso à intuição para se fundar na razão.³⁶²

Isso porque o homem como “ser racional, como inteligência, considera-se como pertencente ao mundo inteligível, e só denomina *vontade* à sua causalidade como causa eficiente pertencente a esse mundo inteligível.”³⁶³. Decorrentemente, ele tem que considerar as leis do mundo inteligível como imperativos e as ações conforme esse princípio de deveres.³⁶⁴ E assim Kant prossegue enfaticamente:

Assim são possíveis os imperativos categóricos, porque a idéia da liberdade faz de mim um membro do mundo inteligível; se eu não fizesse parte mais do que desse mundo inteligível, todas as minhas ações seriam sempre conformes à autonomia da vontade; mas como, ao mesmo tempo, me considero membro do mundo sensível, essas minhas ações devem ser conformes a mesma autonomia. E esse dever categórico representa uma proposição sintética *a priori*, porque sobre minha vontade afetada por apetites sensíveis sobrevêm, além disso, a idéia dessa mesma vontade, mas como pertencente ao mundo inteligível, pura, prática por si mesma, que contém a condição suprema da primeira, segundo a razão...³⁶⁵

³⁶² Idem, p. 32, passim.

³⁶³ KANT, Immanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 86.

³⁶⁴ Idem, ibidem.

³⁶⁵ Idem, pp. 86 -87.

Por isso Höffe afirma que “com o imperativo categórico Kant apresenta um critério supremo de ajuizamento da moralidade e, numa reformulação correspondente, para o todo da moralidade.”³⁶⁶

Nessa linha, Pêpe registra que “A liberdade de arbítrio vincula o homem a uma ação comprometida com o dever, uma ação conforme o dever, que é estabelecida a partir de normas que ele mesmo se representa, numa superação clara dos impulsos sensíveis, que o afetam, mas que não o determinam.”³⁶⁷

Daí porque, segundo Höffe³⁶⁸, para Kant a validade da moral vincula-se objetivamente ao próprio sujeito, o que ocorre quando “a origem da moral encontra-se na autonomia³⁶⁹, na autolegislação da vontade. Visto que a autonomia é equivalente à liberdade, o conceito-chave³⁷⁰ da época moderna, a liberdade, obtém através de Kant um fundamento filosófico.” E, mais adiante, Höffe prossegue afirmando que:

De um lado, segundo Kant, o querer não consiste porventura num simples desejo, mas no emprego de todos os meios – na medida em que estão em nosso poder (GMS, IV 394). A vontade não é de modo algum indiferente em relação à sua manifestação no mundo social e político, ela não é nenhum além da realidade efetiva, muito antes, é o seu fundamento determinante último – na medida em que o fundamento encontra-se no próprio sujeito. Certamente a manifestação da vontade pode, devido a deficiências corporais, espirituais, econômicas e outras, não corresponder ao que é querido; por exemplo, um socorro pode sem culpa chegar muito tarde ou muito debilmente. Todavia, esse risco o homem não pode evitar. Sua conduta se exerce num campo de forças que depende de condições naturais e sociais e não é determinada apenas pela vontade do agente, não sendo sequer totalmente abarcável com a vista. Pelo fato de a moralidade (S.) referir-se apenas ao espaço de responsabilidade do sujeito, ao possível a ele, não pode o resultado nu e cru, o êxito objetivamente observável, ser qualquer medidor de grau da moralidade (M.). A moralidade (S.) pessoal não tem importância na ação como tal, mas só na vontade que lhe serve de fundamento. Uma filosofia moral alternativa à “mera ética da intenção” que vê o padrão de medida decisivo no êxito, considera o homem como totalmente responsável por condições pelas quais ele não pode de modo algum ser totalmente responsável. Desconhecendo a situação fundamental do homem, ela

³⁶⁶ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 197.

³⁶⁷ PÊPE, 2006, p. 14.

³⁶⁸ HÖFFE, 2005, p. 184.

³⁶⁹ Com efeito, Kant proclama a autonomia da vontade como princípio supremo da moralidade: “A autonomia da vontade é a constituição da vontade, graças à qual ela é para si mesma sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão de modo a que as máximas da escolha no próprio querer sejam simultaneamente incluídas como lei universal.” (KANT, 2006, p. 70).

³⁷⁰ Cfe. Kant, 2006, pp.79 – 81.

não contribui com nenhuma melhora, mas é, em um sentido fundamental, desumana nos casos em que for aplicada conseqüentemente.³⁷¹

É por isso que sem perder de vista esta compreensão, Pêpe realça a realização do homem livre por meio do direito quando afirma que:

A liberdade só o é enquanto dever, enquanto indicador da ação que aponta os caminhos da universalidade normativa do *ethos*. Entende-se, dessa forma, que o homem detentor da liberdade ética só existe no âmbito da organização política, onde sua vida social é regida por normas racionais estritamente vinculadas a um *dever-ser*, ou seja, sob a égide do Direito. O ser ético do homem o eleva à condição do ser político, cuja forma racional de se constituir reside no Direito.³⁷²

Nessa linha, se se descarta uma filosofia moral que vê o padrão de medida decisivo no êxito, afastando do agir cálculos de interesse e utilidade e projetando-o para se fundar na razão, temos, necessariamente, que objetar o utilitarismo de Bentham. Com efeito, para Bentham “a natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: *a dor e o prazer*. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos (...) *O princípio da utilidade* reconhece esta sujeição e a coloca como fundamento desse sistema, cujo objetivo consiste em construir o edifício da felicidade através da razão e da lei...”³⁷³. Assim, a felicidade estaria condicionada à soma dos prazeres e dores dos indivíduos apurada sob um cálculo hedônico, sob o influxo do prazer individual e imediato como princípio e fim da moral. Daí o acerto de Matteucci quando afirma que “El utilitarismo disuelve totalmente la ética, en la medida en que sólo considera los efectos de una acción y no sus motivos.”³⁷⁴

Por outro lado, a razão prática kantiana ampara-se em dois caminhos: o primeiro, a autonomia da vontade que conduz à liberdade e, o segundo, a heteronomia da vontade – “a vontade como fonte de todos os princípios ilegítimos da moralidade”³⁷⁵, onde se avulta a função do Direito tal qual divisada por Pêpe, como acima registramos.

³⁷¹ HÖFFE, 2005, p. 196.

³⁷² PÊPE, 2006, p. 12.

³⁷³ BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. São Paulo: Abril S.A Cultural, Coleção: Os Pensadores, 1984, p. 3.

³⁷⁴ MATTEUCCI, 1998, p. 266.

³⁷⁵ KANT, 2006, p. 71.

É preciso que se perceba, todavia, como o fazem Höffe³⁷⁶ e Pêpe³⁷⁷, que isso não significa dizer que para Kant o direito se encontra separado da moral, ou dito de outro modo, lhe constitua uma alternativa. Na verdade, conclui Höffe:

A moralidade não se encontra em concorrência com a legalidade, muito antes, contém uma exacerbação das condições. No agir moral é, primeiro, feito o moralmente correto, portanto, é cumprido o dever e, segundo, o cumprimento do dever é tornando fundamento determinante. Assim, a moralidade (M.) não perde terreno para a legalidade, muito antes, proporciona um desenvolvimento e um sobrepujamento.³⁷⁸

É necessário observar – como chama a atenção Höffe³⁷⁹ – que o imperativo categórico não é um teste para a conformidade à legalidade em desapego à moralidade da ação, o que poderia conduzir a uma precipitada conclusão no sentido de que o pensamento kantiano revelaria uma indiferença ao bem-estar dos homens e às conseqüências das ações conforme o dever para com a felicidade de todos envolvidos.

Deveras, a felicidade é apresentada por Kant como um grau de racionalidade. Um grau da razão, todavia, atrelado aos imperativos pragmáticos da prudência voltados para a promoção do objetivo efetivo de entes racionais necessitados: a própria felicidade. Nas suas palavras:

Há, no entanto, um fim do qual se pode dizer que todos os seres racionais o perseguem realmente (enquanto lhes convêm os imperativos, como seres dependentes que são); há um propósito que não só podem ter, mas que podem pressupor com segurança que todos o têm por uma necessidade natural. E esse propósito é a felicidade. O imperativo hipotético que representa a necessidade prática da ação como meio para fomentar a felicidade é assertórico. Não é certo apresentá-lo como necessário para um propósito incerto e meramente possível, mas sim para um propósito que se pode admitir como certo e a *priori* para todos, pois que pertence à sua essência. Ora, a habilidade na escolha dos meios para atingir o maior bem-estar próprio pode chamar-se prudência [*Klugheit*], no sentido mais restrito da palavra. Portanto, o imperativo que se relaciona com a escolha dos meios para alcançar a própria felicidade, ou seja, o preceito a prudência, continua sendo hipotético; a ação não é ordenada de maneira absoluta, mas unicamente como meio para outro propósito.³⁸⁰

³⁷⁶ HÖFFE, 2005, p. 196.

³⁷⁷ PÊPE, 2006, p. 15.

³⁷⁸ HÖFFE, 2005, p. 196.

³⁷⁹ Idem, p. 197.

³⁸⁰ KANT, 2006, pp. 46 – 47.

Os imperativos pragmáticos da prudência, ao lado dos imperativos técnicos são imperativos hipotéticos porque a validade deles se encontra subordinada a pressupostos limitantes. Como Höffe esclarece “*Se eu quero x, então tenho de fazer y*”³⁸¹. Já o imperativo categórico mostra-se como terceiro grau de racionalidade revelando obrigações que são válidas sem reserva, sem pressupostos, justamente categóricas e portanto sem exceção e universalmente válido.

Assim, se é verdade que *os imperativos técnicos e os pragmáticos* voltam-se para a aspiração natural da felicidade, também é verdade que *o agir moral* eleva-se acima de toda a funcionalidade como com agudeza assenta Höffe³⁸², mas isso não significa dizer que esses três níveis de racionalidade do agir, pois, da razão prática, se justaponham, ao contrário, constroem-se cumulativamente.

Ora, bem já se vê que Kant não apresenta a felicidade como um propósito certo, concebido *a priori* para todos. E se o imperativo revela-se hipotético quando estão em causa os meios para a própria felicidade³⁸³, já que não podem ser ordenados de maneira universal e absoluta, o mesmo não se pode dizer quando está em causa a felicidade alheia. E aqui o próprio Kant pondera:

... devo (...) procurar fomentar a felicidade alheia não como se eu tivesse qualquer interesse por sua existência (por inclinação imediata, ou, indiretamente, por qualquer satisfação obtida pela razão), mas somente porque a máxima que exclua essa felicidade não pode estar incluída em um só e mesmo querer como lei universal.³⁸⁴

Percebe-se, desde aí, o acerto do pensamento de Höffe³⁸⁵, aqui já revelado, quando divisa que os níveis da razão prática não se justapõem, mas se constroem cumulativamente.

³⁸¹ HÖFFE, 2005, p. 201.

³⁸² Idem, p. 200.

³⁸³ Cfe. Kant “Ser feliz é o desejo de todo ser racional, mas finito, por conseguinte, é um princípio que inevitavelmente determina a sua faculdade de desejar (...) Cada qual põe a sua felicidade naquilo que está de acordo com o seu sentimento particular de prazer ou desprazer, e mesmo em um único indivíduo depende da diversidade das necessidades, conforme as modificações daquele sentimento; e uma lei *subjetivamente necessária* (como lei natural) é, portanto, *objetivamente* um princípio prático inteiramente *contingente*, que pode e deve ser bem diverso em diferentes sujeitos; e por conseguinte, nunca pode fornecer uma lei, pois, no desejo da felicidade, não é a forma da lei o que importa, mas sim a matéria, isto é, se posso esperar, e em que proporção, o prazer do cumprimento da lei.” (KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 34). Outra coisa, todavia, é o raciocínio kantiano quando se encontra em jogo a felicidade alheia, como acima pode-se conferir.

³⁸⁴ KANT, 2006, pp. 71 – 72.

³⁸⁵ HÖFFE, 2005, p. 200.

Não se pode divisar, sob tal contextura, que o pensamento kantiano revele indiferença ao bem-estar dos homens e à felicidade de todos. É imperativo categórico procurar fomentar a felicidade alheia. E isso somente pode ocorrer a partir de um querer, uma vontade livre que tenha ciência de que o homem – tal qual enxerga Pêpe – “como detentor da liberdade ética só existe no âmbito da organização política, onde sua vida social é regida por normas racionais estritamente vinculadas a um *dever-ser*, ou seja, sob a égide do Direito. O ser ético do homem o eleva à condição do ser político, cuja forma racional de se constituir reside no Direito.”³⁸⁶

Efetivamente, esse é o caminho a ser palmilhado, inteiramente divisado por Kant, a fim de que “a razão prática (vontade) não seja mera administradora de interesse alheio, e sim manifeste a sua própria autoridade imperativa como legislação suprema.”³⁸⁷

Dito de outro modo, pensamos, com efeito, que a razão prática apenas se manifestará como liberdade moral se consideramos como imperativo categórico que “só se é livre quando todos são livres”, como outrora proclama Sartre. E é de fato, a consideração da igualdade como lei universal, que permitirá que se procure fomentar a felicidade alheia como uma máxima que não pode ser excluída.

É bom, aliás, termos sempre presente que para Kant “o imperativo categórico é, portanto, único e pode ser descrito da seguinte forma: *age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.*”. Indo mais além, considerando que “a universalidade da lei pela qual certos efeitos se produzem constitui aquilo a que se chama propriamente *natureza* no sentido mais amplo do termo (quanto à forma), ou seja, a realidade das coisas enquanto determinada por leis universais”, Kant alerta para que “o imperativo universal do dever poderia também exprimir-se da seguinte forma: *age como se a máxima da tua ação devesse se tornar, pela tua vontade, lei universal da natureza.*”³⁸⁸

Enfim, Kant afirma que o imperativo categórico é um fim necessariamente para todos porque é um fim em si mesmo (*a natureza racional existe como um fim em si*). E por isso conclui:

É assim que o homem se representa necessariamente a sua própria existência; e neste sentido, esse princípio é um princípio subjetivo das ações humanas. Mas é

³⁸⁶ Vide nota n° 372.

³⁸⁷ KANT, 2006, p. 71.

³⁸⁸ Idem, pp. 51 – 52, passim.

também assim que qualquer outro ser racional se representa a sua existência, em conseqüência do mesmo fundamento racional válido para mim; é pois, ao mesmo tempo, um princípio objetivo, do qual, como princípio supremo, não de se poder derivar todas as leis da vontade. O imperativo prático será, pois, o seguinte: *age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.*³⁸⁹

É sob tal contextura que o imperativo categórico se apresenta como padrão de medida da moralidade³⁹⁰, de tal sorte que se avulta como critério ético do discurso, seja como limitação, seja mesmo como fundamento, por mais abstrato que ele possa parecer significa, arremata Höffe, “a forma suprema de toda racionalidade, o grau de consumação da racionalidade prática.”³⁹¹

Dito isto, impende que enfrentemos, a partir de agora, algumas propostas de racionalidade para o direito. Elas vão desde os caminhos percorridos pelo positivismo jurídico até as posturas pós-positivistas, que buscam firmar o direito no âmbito das ciências sociais compreensivas.

³⁸⁹ Idem, p. 59.

³⁹⁰ HÖFFE, 2005, p. 203.

³⁹¹ Idem, ibidem.

2.1 Racionalidade instrumental ou metodológica: o positivismo clássico³⁹² com sua auto-suficiência metodológica sedutora

A tradicional idéia de reduzir o direito à norma escrita ainda goza de foros de exclusividade dentre os juristas. É comum desde o estudante até o magistrado o comportamento de procurar a norma adequada, cuja incidência sobre o fato, permita a extração de certo efeito.

Efetivamente, vê-se, no dia-a-dia, certa dificuldade na experiência jurídica quando a questão não aponta para solução vazada numa norma escrita. A consulta demora resposta do parecerista. O advogado tarda para ajuizar a demanda ou oferecer resposta. A decisão judicial é também retardada nos juízos e tribunais. Isso decorre, sem dúvida, da falta de habilidade, de preparo, para tratar o direito fora dos domínios exclusivos da dogmática.

A dogmática jurídica parte do pressuposto de que a norma é um dogma. Significa dizer que as construções jurídicas não podem se distanciar dos parâmetros estabelecidos pela norma (aqui entendida como texto), muito menos confrontar sua existência.

Decorre, daí, a dificuldade para o trato das questões jurídicas quando o operador do direito se depara com a ausência de norma ou quando a solução ofertada por ela não satisfaça o sequioso espírito de justiça, o que ocorre porque sendo o direito uma ciência cultural, o conteúdo da norma se expõe às alterações da cultura, necessitando o intérprete de se valer de meios para ensejar a compreensão e/ou revisão dos conteúdos através de procedimentos integradores, que no dizer de Adeodato³⁹³ formam uma ponte para a nova realidade. Nessa linha, Sobota³⁹⁴ também divisa este fenômeno ao registrar que:

A maioria das pessoas, nas democracias modernas, parece estar convencida de que o direito é um sistema constituído de normas explícitas... Essa fachada normativa é a versão popular de uma concepção teórica que se desenvolveu a partir do espírito do iluminismo e da admiração pelos sucessos da ciência,

³⁹² A expressão etimológica “positivismo clássico” é tomada nesta tese para revelar o positivo de matiz lógico-metodológico a partir do pensamento de Kelsen. E ao escopo de contrapô-lo ao pós-positivismo, aportes do pensamento de Ross e Hart serão coligidos, sem desprezar, entre nós, as significativas contribuições de Lourival Vilanova e de Barzotto sobre o tema. O objetivo é fomentar a validação das proposições da tese dirigidas para que o processo judicial decisório trilhe um caminho emancipatório, mormente a consideração de que os princípios assumem tamanha relevância na busca de respostas corretamente justificadas, deixando a função de mera complementação das normas escritas, no âmbito de uma compreensão pós-positivista da experiência jurídica.

³⁹³ ADEODATO, João Maurício Leitão. *Inautenticidade do pensamento dogmático na ciência do direito contemporâneo*. In: Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco. Ano 25/26. Recife: 1983/84, p.131.

³⁹⁴ SOBOTA, op. cit., p. 251.

refletidos no movimento positivista do fim do século XIX e começo do século XX...

Por esse caminho, o direito fica reduzido a um sistema fechado³⁹⁵ com a pretensão de dispor sobre as condutas humanas através de um ordenamento hermético, auto-produtivo e auto-suficiente, altamente sedutor em nome da segurança que ensejaria.

O positivismo jurídico como projeto para a experiência jurídica irrompeu no Estado Liberal de Direito. Com efeito, expungir do direito qualquer fundamento que não seja o próprio direito – significa dizer: escoimar fundamentos éticos voltados sobretudo para perquirir sobre a ressonância social da ordem jurídica (eficácia), o que implica em questionar se o direito é justo, assim como afastar de sua fundamentação a legitimação (fato), ou resumindo: purificar o direito, afastando dele fundamentos morais e políticos, satisfazia plenamente os ideais do Estado

³⁹⁵ Ressalta Rocha que “O conceito de sistema que se origina [a partir da concepção kelseniana] é a de um sistema fechado, a partir da idéia de norma jurídica. Depois, surgem posturas diferentes de sistema. Como exemplo, cito um autor que também é muito conhecido, que é Hebert Hart, que vai propor, ao contrário de Kelsen, uma idéia de sistema aberto. Hart fala de sistema aberto por vários motivos, alguns até bem óbvios. Primeiro, é o fato de que existe no Direito uma diferença entre o sistema europeu-continental e o sistema chamado common law. O sistema common law dos Estados Unidos, Inglaterra, e alguns países escandinavos, não coloca a legislação como uma fonte principal do Direito, privilegiando os chamados precedentes, decisões judiciais, etc. Enquanto no sistema continental, sempre a fonte do Direito é considerada a lei, ainda hoje, no Brasil, é difícil um jurista que não diga que o Direito tenha que estar conforme a Constituição. Portanto, o sistema continental é tradicionalmente mais fechado, e o sistema do *common law* é naturalmente mais aberto, abrindo-se para as interpretações dos juízes, no momento em que analisam os casos. Tais interpretações geraram padrões de conduta obrigatórios para decisões de outros casos semelhantes, permitindo a criação de precedentes. Por isso, Hart, um inglês, postula a idéia de um sistema aberto do Direito, um sistema que obriga o Direito, ao contrário de Kelsen, a se comunicar com a moral, com a política e com a sociedade. Hart enfrenta o problema que Kelsen tentou evitar, ou seja, de discutir moral e política juntamente com o Direito. Kelsen nunca confundiu a ciência do Direito com a moral e política, por vê-las constituídas por valores relativos. Ele queria uma ciência universal e absoluta, não acreditando numa moral absoluta. Se não há moral absoluta, seu estudo não pode ser científico. Hart aceita o desafio: para ele, o Direito tem contatos com a moral. E se não levamos em consideração a moral, e a justiça, não conseguiremos reconhecer, identificar o que é o Direito. O Direito precisa de regras de reconhecimento que atribuam sentido ao que é Direito. A teoria de Hart ajudou os juízes a perceberem que tinham uma grande autonomia hermenêutica. Porém, na Inglaterra, onde os ingleses sempre tiveram um apego maior à tradição, quando os juízes decidem conforme o poder discricionário, sempre se mantêm dentro de certos padrões, de uma certa moralidade pública. Os juízes americanos, ao contrário, utilizam mais o seu poder. Isso tem causado muitas discussões sobre questões de aborto, de homossexualismo, eutanásia, etc. Estas polêmicas, nos estados Unidos foram assumidas por Ronald Dworkin (opositor de Hart) – que chegou à conclusão de que o sistema não poderia ser tão aberto, devendo ter um relativo fechamento. Foi aí que surgiu a idéia de se recuperar uma antiga idéia da Revolução Francesa, também de Kant e Fichte, que as decisões devem se ligar a princípios, pois os princípios fundamentam sistemas morais e jurídicos. Dworkin aponta que os princípios estão disponíveis, e que os juízes devem se inspirar neles para fazer sua interpretação, se quiserem encontrar uma *resposta certa*. Neste ponto, esta concepção se aproxima do Direito do pós-guerra da Alemanha que entende que os princípios inscritos na Constituição são direitos fundamentais. Essa idéia pretende fechar novamente um pouco o sistema. Dentro desse ponto de vista há uma certa razão nisso: fechar-se o sistema para que as decisões dos juízes tenham um mínimo de coerência. Se for para decidir fora da dogmática dominante, que se decida conforme certos padrões jurídico-constitucionais.” (ROCHA, Leonel Severo. “Sistema do Direito e Transdisciplinariedade: de Pontes de Miranda a Autopoiese.” In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Rio dos Sinos – UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 186 – 188).

Liberal, que se voltava para um direito seguro, que definindo condutas e delimitando precisamente o âmbito de atuação da autoridade, garantisse o exercício da liberdade. Na primeira parte desta tese tivemos oportunidade de analisar as bases do Estado de Direito Liberal que, resumidamente, erigido sob o influxo da ideologia liberal burguesa, apresentava dois núcleos constitutivos: o primeiro, voltado para proclamar a primazia do indivíduo sujeito de direitos naturais e inalienáveis, inerentes à dignidade da pessoa; e o segundo, decorrente do primeiro, a rigorosa limitação do poder político através de técnicas especiais a fim de garantir o exercício dos direitos individuais. Não foi por outra razão que o Código Prussiano de 1794 (*Preussisches Allgemeines Landrecht*) continha mais de dezenove mil artigos, numa expressa manifestação de racionalidade, autoconfiança, coroada, segundo faz ver Sobota³⁹⁶, com uma proibição geral de interpretação judicial.

Essa busca por segurança revela a posição doutrinária, então prevalente, que possuía como tese central a idéia de reduzir o direito a uma técnica social, negando-lhe caráter científico, onde

as únicas questões que podem ser suscitadas pelo Direito enquanto técnica não ultrapassam o âmbito da sua adequação às exigências e necessidades sociais; o Direito é um instrumento de que o homem se serve para realizar uma finalidade prática. Esvazia-se, assim, o Direito de qualquer outro significado que não seja o de meio para realização de certos fins imediatos, postos pela realidade objetiva concreta. O direito é simplesmente útil; nada mais que isso.³⁹⁷

É fato: a experiência jurídica não pode se situar fora de técnica e de método. Por isso, a antiga professora da Faculdade de Direito do Recife prossegue com propriedade registrando que “toda técnica pressupõe um ciência que lhe corresponde. A técnica médica só é possível porque existe uma ciência da medicina; a técnica econômica, porque há uma ciência da economia; a técnica jurídica, porque existe uma ciência do Direito. Tire-se o fundamento

³⁹⁶ Sobota, op. cit, p. 252. Ali, Sobota chama a atenção para o fato de que não obstante toda vinculação normativa, “este código, supostamente perfeito revelou-se um amontoado de regras desajeitado e às vezes ridículo, superado em suas partes principais antes mesmo de ser publicado”. Franz Wieacker pondera, contudo, no sentido de que esta crítica não deve ofuscar os méritos do Código Geral Prussiano (ALR); *inter alia* ele realizou um progresso notável na questão da supremacia da lei e da proteção legal (conforme a própria autora registra em nota de rodapé fazendo menção ao pensamento de Wieacker in: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed., Göttingen, 1967, p. 334).

³⁹⁷ PEDROSA, Maria Bernardette Neves. *Filosofia e Direito Penal*. Palestra realizada em 23 de novembro de 1972, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Separata da Revista do Ministério Público de Pernambuco. Ano 01, nº 02, pp. 03/04.

científico da técnica e do que resulta é pura improvisação, a partir da qual os resultados práticos que se pretende alcançar são ocasionais.”³⁹⁸

Não obstante, o progresso das ciências naturais conduzia ao desprestígio do direito como ciência e propiciava o vicejamento da concepção reducionista, que se irradiava exatamente em detrimento do pensamento que se voltasse para converter o direito em objeto a conhecer e não a ser manipulado, ou seja, uma visão científica.

Nessa linha, como registra Machado Neto³⁹⁹, movidos pela fidelidade ao pensamento naturalista, autores como Picard⁴⁰⁰ e Kirchmann⁴⁰¹ colocavam o direito no mesmo espaço das ciências da natureza, culminando, esse último, por negar completamente sua cientificidade.

E foi exatamente nesse espaço, no final do século XIX, que começaram a aparecer as bases para a compreensão e conhecimento do direito como ciência⁴⁰². O positivismo

³⁹⁸ Idem, pp. 04 – 05.

³⁹⁹ MACHADO NETO, Antônio Luís. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 15.

⁴⁰⁰ Segundo Picard “o Direito – julgou-se por muito tempo o contrário – é *uma Ciência Natural*, como a Botânica ou a Zoologia, uma ciência de *fatos* suscetíveis de observação científica e não um conjunto de *conceitos cerebrais*” (PICARD, Edmond. *O Direito Puro*, p. 217, *apud* Machado Neto, op. cit, p. 15).

⁴⁰¹ Kirchmann se notabilizou entre negadores da cientificidade do direito. Sua famosa conferência proferida em Berlim em 1847 – que chegou até nós inicialmente com o título *El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho* (in: SAVIGNY, KIRCHMANN et all. *La Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Ed. Lousada, 1949, pp. 248 - 289), hoje sob o título *La Jurisprudência no es Ciencia*, na edição espanhola publicada pelo Centro de Estudios Constitucionales – é toda voltada para revelar a falta de caráter científico da *jurisprudência* (conferir a nota seguinte). Com efeito, sob o influxo do naturalismo, Kirchmann está convencido de que o caráter científico repousa numa generalização estabilizada o que fazia, por exemplo, a física ser ciência porque *o sol é o centro do universo, a terra é redonda, 2 + 2 são 4*, e por aí em diante. Mas, em relação ao direito não haveria generalizações estáveis dado o caráter fugidivo e mutável de seu objeto, repleto de imperfeições, lacunas, contradições, equívocos, onde se erigiam as acrobáticas controvérsias preferidas pelos juristas. Daí, sua célebre sentença: *Drei berechtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur* (Três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras tornam-se papel de embrulho). Daí a crítica de Machado Neto no sentido de que “a argumentação de Kirchmann fundamentava-se num conceito demasiadamente restrito de ciência. Para ele, como para todo o naturalismo do século XIX, o modelo vitorioso das ciências naturais, alçado à condição de exemplar do conhecimento científico, impedia a menor possibilidade de uma ciência de outro tipo.” (MACHADO NETO, op. cit, p. 53). Na verdade, hoje não se pode conferir o caráter de ciência apenas sob o ponto de vista da generalização estável do objeto. As leis da natureza – e isso Kirchmann não conseguiu perceber – são verdadeiras até que se prove em contrário. Com efeito, *o sol já não é mais o centro do universo!* Alguns séculos antes de Kirchmann *a terra era quadrada*. E a física não deixou de ser física com tais mudanças. Seus cientistas passaram a trabalhar sob novos paradigmas. De mais a mais, posicionado o direito como ciência cultural, decorre, necessariamente, a necessidade de atualização de seu conteúdo para acompanhar o desenvolvimento da humanidade.

⁴⁰² “O cientificismo peculiar ao século XIX levou o jurista a um sentimento de inferioridade insuportável diante do progresso das ciências naturais e humana. A todo custo, procurou-se determinar quais eram as condições sob as quais o conhecimento jurídico poderia ser chamado de *científico*. O primeiro a realizar de modo sistemático um estudo dos procedimentos intelectuais empregados pelo jurista na sua atividade de compreender e descrever o Direito foi Friedrich Carl von Savigny. Com ele altera-se o nome da disciplina dos juristas de *Jurisprudenz* (que remete à *jurisprudentia* romana, um saber prático não-científico) para *Rechtswissenschaft*, literalmente, *Ciência do Direito*. Para Savigny, o saber jurídico é um saber científico, por duas razões: ele é empírico: trata-se de saber como o Direito

foi onde o direito primeiramente se amparou para garantir sua cientificidade. Pedrosa coloca esse momento com precisão quando afirma que

“o positivismo, de modo breve, pode ser resumido como decidida reação contra a Filosofia, entendida como Metafísica nos séculos precedentes. O único conhecimento válido é aquele fornecido pelos dados da experiência, seja em termos de natureza física seja em termos de vida social. Como consequência, entenderam os positivistas ser possível e valioso o transplante dos métodos utilizados pelas ciências sociais. O movimento positivista culminou neste século [refere-se a autora ao século XX] com a formação do famoso Círculo de Viena, sob a inspiração do matemático RUDFOLF CARNAP.”⁴⁰³

O positivismo jurídico “partilhava, como doutrina positivista em geral, da aversão à especulação metafísica e a procura de razões finais. Rejeitou quaisquer tentativas dos juristas para discernir e formular uma concepção do direito que transcendesse das realidades empíricas dos sistemas legais existentes.”⁴⁰⁴ Deveras, até o século XIX a tradição jurídica se amparava numa abordagem filosófica do direito como “uma teoria do que seria justo segundo a própria natureza – com visível intenção demolidora – ao que seria justo segundo a convenção dos homens, estabelecendo assim, as bases de uma justiça imutável e eterna (...) sob a forma de variegadas doutrinas do direito natural...”⁴⁰⁵

A idéia era, portanto, esvaziar o direito de significação moral o depurando de ambigüidades numa construção sistêmica que lhe assegurasse autonomia científica, o que ocorreria a partir da definição de seu objeto. Ao declarado escopo, surgem no século XX as contribuições de Kelsen, Ross e Hart marcadas, todas, por uma visão empírica do direito dissociado da política e da moral.

Com efeito, em sua Teoria Pura do Direito, Kelsen⁴⁰⁶ considera o ordenamento jurídico estatal como uma estrutura escalonada na qual as normas estariam dispostas de forma

se faz presente como fato histórico, e não como ideal moral, como no jusnaturalismo; ele é sistemático, isto é, utiliza os procedimentos lógicos para obter um sistema, imprimindo ao Direito: clareza, coerência e completude. No âmbito anglo-saxão, é John Austin (1790 – 1859) quem no século XIX leva o projeto epistemológico positivista à ciência do Direito da *common law*. Esta, como se sabe, é marcada pelo casuísmo e pela consideração da jurisprudência dos tribunais como fonte. Diante desta realidade Austin, para assumir o Direito como saber científico estabelece dois procedimentos: considerar como fonte principal do Direito decisiva as leis, enquanto comando do soberano. Com isso ganha-se em termos empíricos: é a vontade, e não a razão (jusnaturalismo), que estabelece o Direito. De outro lado, ele utiliza o método da análise lingüística pra estabelecer o conteúdo dos conceitos jurídicos, recusando qualquer conotação moral para estes.” (BARZOTTO, 2006, pp. 644 – 645).

⁴⁰³ PEDROSA, 1972, p. 8.

⁴⁰⁴ BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do Direito*. Rio: Forense, 1966, p. 112.

⁴⁰⁵ MACHADO NETO, op. cit, p. 14.

⁴⁰⁶ KELSEN, 1979, pp. 309 – 310.

hierarquizada de tal sorte que a validade de uma norma de escalonamento inferior repousaria numa outra de escalonamento superior que estabelecesse o modo de sua produção. A partir daí, a cientificidade do direito restaria assegurada num esquema metodológico onde a criação de direito sempre implica na aplicação de direito e vice-versa.⁴⁰⁷

A decisão judicial, o ato administrativo e os negócios jurídicos se encontram na base da pirâmide que representaria o ordenamento jurídico estatal e se avultam como normas jurídicas de caráter particular que encontrariam fundamento de validade em normas gerais de escalonamento superior até o último fundamento de validade dentro do sistema estatal que seria a constituição.⁴⁰⁸, que encontraria, a seu turno, fundamento numa norma pressuposta, significa dizer, uma norma que estabelece o dever de se obedecer à constituição. Nas palavras de Kelsen: “Devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjectivo do acto de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição.”⁴⁰⁹ A norma fundamental (*Grundnorm*) se apresenta para Kelsen como condição lógico-transcendental da possibilidade de atribuição de sentido objetivo⁴¹⁰, ou seja, como fator de validação jurídica de todos os atos e normas existentes no sistema.

Realmente, a experiência jurídica, para Kelsen, repousa em duas categorias: norma e validade. A juridicidade decorre da atribuição de um sentido objetivo à manifestação de vontade. É esse sentido objetivo que permite se possa distinguir entre a atuação do carrasco ao desferir o golpe mortal e a conduta de um latrocida que para assegurar o fruto do roubo mata sua vítima. O que torna um ato jurídico é algo além do sentido subjetivo que todo ato possui enquanto fenomenologicamente vinculado ao tempo e ao espaço e produto, portanto, de uma manifestação de vontade (*sein*). É, na verdade, a norma como dever-ser (*sollen*) que atribui o “sentido de um acto através do qual a conduta é prescrita ou especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Neste ponto, importa salientar que a norma, como o sentido específico de um acto intencional dirigido à conduta humana de outrem, é qualquer coisa de diferente do acto de vontade cujo sentido ela constitui.”⁴¹¹

⁴⁰⁷ Na dicção de Rocha, “Para Kelsen, para se fazer ciência, é preciso uma postura diferente, é necessária uma redução de complexidade, com a criação de definições e categorias – a principal no Direito sendo a de norma jurídica – que possam ser sistematizadas. Esta concepção kelseniana implica a construção de um sistema fechado para o Direito...” (ROCHA, 2006, p. 186).

⁴⁰⁸ KELSEN, 1979, p. 324.

⁴⁰⁹ Idem, p. 279.

⁴¹⁰ Idem, Ibidem.

⁴¹¹ Idem, p. 22.

A norma é tomada, assim, como um *esquema de interpretação*. Como o próprio Kelsen explica:

o juízo em que se enuncia que um acto de conduta humana constitui um acto jurídico (ou antijurídico), é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. Mas também na visualização que o apresenta como um acontecer natural, apenas se exprime uma determinada interpretação, diferente da interpretação normativa: a interpretação causal. A norma que empresta ao acto o significado de um acto jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um acto jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma. O que faz com que um facto constitua uma execução jurídica de uma sentença de condenação à pena capital e não um homicídio, essa qualidade – que não pode ser captada pelos sentidos – somente surge através da operação mental: confronto com o código penal e com o código de processo penal⁴¹².

A validade da norma decorre, em condições que tais, sob três sentidos imbricados. Pelo primeiro, Kelsen identifica a validade com a *existência*: “Se designarmos a existência específica da norma como a sua <<vigência>>⁴¹³, damos por esta forma expressão à maneira particular pela qual a norma – diferentemente do ser dos factos naturais – nos é dada ou se nos apresenta.”⁴¹⁴.

O segundo sentido, decorrente do primeiro, atribui à validade a significação de *pertinência*. A norma é uma estrutura de sentido, mas esse sentido é perceptível em função do sistema no qual ela se insere. Significa dizer, em outras palavras, a norma pertence a certo ordenamento jurídico. Não existe isoladamente. Isolada do todo de que é parte, reduz-se a uma simples proposição que se distingue das demais pela natureza dos conectivos formais (dever-ser) e por isso somente poderá ser objeto de investigação lógica. Se a norma existe somente dentro de determinado sistema, é nele que se deve buscar o modo de sua produção, ou seja, o fundamento de sua validade. Como já assentamos, para Kelsen o fundamento de validade de uma norma inferior repousa numa norma superior e não em fatos, o que aponta, como com propriedade

⁴¹² Idem, p. 20.

⁴¹³ Na edição portuguesa da Teoria Pura do Direito de 1979, que estamos utilizando, o termo *vigência* foi usado para traduzir do alemão o étimo *Gültigkeit*. Parece, efetivamente, que a termo *vigência*, sobretudo entre nós, mostra-se insuficiente para exprimir o sentido imprimido por Kelsen, o que se percebe diante dos sentidos por ele empregados para a validade. Para Kelsen, a vigência, como fixação positiva da norma, é condição de validade, como é condição de validade sua eficácia (KELSEN, 1979, p. 297).

⁴¹⁴ KELSEN, 1979, p. 29

registra Barzotto⁴¹⁵, para a conclusão de que Kelsen predica à validade uma relação intranormativa.

Enfim, Kelsen insiste em que validade significa também *obrigatoriedade*.

Segundo ele:

As normas do Direito positivo são <<válidas>>, ou seja, devem ser obedecidas, não porque, como as leis do Direito natural, derivam da natureza, de Deus ou da razão, de um princípio do absolutamente bom, reto ou justo, de um valor ou norma fundamental absolutamente supremo ou de uma norma fundamental, a qual se acha, ela própria, investida da pretensão de validade absoluta, mas, simplesmente, porque foram criadas de certo modo ou feitas por certas pessoas. Isso não implica nenhum enunciado categórico quanto ao valor do método de legiferação ou da pessoa que funciona como autoridade jurídica positiva; esse valor é uma pressuposição hipotética.⁴¹⁶

A qualificação de uma norma como jurídica repousa, enfim, em se saber se esta norma é válida, ou seja, se ela encontra fundamento de validade em norma de escalonamento superior que deve, a seu turno, encontrar fundamento de validade na constituição, que por sua vez, encontra fundamento de validade na norma fundamental.

Assim, no positivismo kelseniano, a existência não pode ser coisa distinta da validade. O sentido da existência de uma norma é a sua validade, isto é, sua força vinculante de conduta. Essa força ela recebe de outra norma. Nas palavras de Kelsen:

Dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo <<vale>> (é <<vigente>>), significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma. Já anteriormente, num outro contexto, explicávamos que a questão do porque é que a norma vale – quer dizer: por que é que o indivíduo se deve conduzir de tal forma – não pode ser respondida com a simples verificação de um facto da ordem do ser, que o fundamento de validade de uma norma não pode ser um tal facto. Do facto de algo *ser* não pode seguir-se que algo *deve ser*; assim como do facto de algo *dever ser* não pode seguir-se que algo *é*. O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser outra norma.⁴¹⁷

Kelsen, portanto, se mostra convencido de que fato não gera direito e de que direito não gera fato. Decompondo seu raciocínio poderíamos considerar, por exemplo, um decreto baixado pelo governador do Estado de Pernambuco que prescrevesse que três dias após a sua publicação, para felicidade dos pernambucanos, que é sua missão velar, choverá em todo

⁴¹⁵ BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 38.

⁴¹⁶ KELSEN, 1992, p. 384.

⁴¹⁷ KELSEN, 1979, p. 267.

território do Estado assolado por longa estiagem. Publicado o ato, a pergunta que se avulta é a seguinte: três dias após a publicação choverá em todo Estado de Pernambuco? Decreto é direito. Ele possuiria o condão de gerar o fato? Dificilmente alguém admitirá, considerando que tenha chovido torrencialmente em todo o território do Estado, que foi o decreto que fez chover. Consideremos, contudo, um exemplo mais factível: a norma jurídica que institui um tributo gera fato? Em sala de aula os alunos gritam de imediato que sim: o pagamento! Para a Teoria Pura do Direito, o pagamento não decorre da norma. O que a norma criou foi apenas a *obligatoriedade* de pagar o tributo, isso porque uma norma superior determinou o seu conteúdo no momento de sua aplicação, o que faz prescrevendo determinado conteúdo ou vedando ou permitindo. Para o positivismo lógico-metodológico, onticamente, o direito se apresenta com esses conteúdos de onde decorreria o princípio tido por ontológico, que imprimiria, segundo essa visão, tamanha hermeticidade ao sistema, quando *tudo que não é juridicamente proibido, é juridicamente permitido*.⁴¹⁸

A consideração de outro exemplo nos coloca diante da outra vertente de sustentação da Teoria: a mediação entre o *ser* e o *dever-ser* se faz por meio de norma e não de fato. Com efeito, considerando o disposto nos arts. 2º, 6º e 1.784 do novo Código Civil brasileiro, tem-se que personalidade civil começa com o nascimento com vida e termina com a morte, quando se opera a transmissão dos direitos e dos deveres aos sucessores. Contudo, ali se estabeleceu a hipótese de morte presumida. O que faz com que uma pessoa que faticamente não está comprovadamente morta seja para tanto considerada a ponto de se deflagrar a sucessão? A resposta: a norma. Então a norma atribui um sentido objetivo a ponto de considerar alguém que pode estar vivo, morto. O que a Teoria Pura do Direito quer dizer é que não é a morte que gera o direito de sucessão, mas uma norma que atribuiu esse sentido objetivo a um acontecimento do mundo dos fatos. Vamos mais além. Sob a validade do Código Civil anterior aos vinte e um anos completos cessava a menoridade e ficava o indivíduo habilitado para todos os atos da vida civil (art. 9º). Hoje, o novo Código Civil prescreve que a menoridade termina aos dezoito anos completos (art. 5º). Então, o que faz o fato de alguém completar vinte e um anos hoje não gerar mais o direito de gerir, ele próprio, sua pessoa e seus bens? A resposta: um sentido objetivo

⁴¹⁸ Na roupagem da Constituição brasileira: *ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* (Art. 5º, II), descortina uma visão positivista de matiz lógico-metodológico da experiência jurídica, em descompasso com a perspectiva pós-positivista que divisa um maior espectro da juridicidade que não pode se limitar à legalidade formal.

atribuído por uma norma. Completar vinte e um anos tornou-se, sob a ótica em exame, um fato irrelevante para o direito porque desprovido de sentido objetivo, sentido, pois, jurídico. O sentido objetivo (*dever-ser*) dirigiu-se para outro fato: o indivíduo completar dezoito anos. Isso pode acontecer porque o novo Código Civil é uma norma válida, isto é, criada a partir da aplicação de uma norma superior (a Constituição) que criou o órgão legislativo com competência para fazê-lo, ou seja, confere sentido normativo ao ato a ser criado, a partir de uma atribuição de sentido ensejada pela norma fundamental, que se pressupõe, na hipótese, imprimindo logicidade ao sistema.

A pressuposição da norma fundamental que compele todos à obediência à Constituição não se opera arbitrariamente, alerta Kelsen. Significa dizer que não há possibilidade de escolha quando se interpreta o sentido objetivo de um ato constituinte ou dos atos criados de acordo com a constituição. A norma fundamental é pressuposta⁴¹⁹ em relação a uma constituição

⁴¹⁹ A Teoria Pura do Direito em um único momento considera a norma fundamental (*grundnorm*) como norma posta. Isso em decorrência do monismo kelseniano que propugna pela supremacia do Direito Internacional sobre o direito estatal. Assim, partindo-se do primado da ordem jurídica internacional, alerta Kelsen que de fato há “uma norma que representa o fundamento de vigência [entenda-se validade, vide nossa observação na nota nº 413] das ordens jurídicas estaduais. Por isso, o fundamento de vigência da ordem jurídica estadual pode ser encontrado no Direito internacional positivo. Nesta hipótese, o fundamento de vigência daquela ordem jurídica é uma norma posta, não uma simples norma pressuposta. A norma de Direito internacional que representa este fundamento de vigência é usualmente descrita pela afirmação de que, de acordo com o Direito Internacional geral, um governo que, independentemente de outros governos, exerce o efectivo domínio sobre a população de um determinado país, constitui um governo legítimo, e que o povo que vive nesse país sob um tal governo forma um Estado no sentido do Direito Internacional – e isto sem curar de saber se este governo exerce esse domínio efectivo com base numa Constituição por ele revolucionariamente estabelecida. Traduzindo esta mesma idéia na linguagem do Direito: uma norma do Direito internacional geral reconhece a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos o poder de, com base na Constituição eficaz, criar e aplicar, como governo legítimo, uma ordem normativa de coerção. Ela legitima assim, para o domínio territorial da sua eficácia real, esta ordem coerciva como ordem jurídica válida, assim como legítima o Estado, no sentido do Direito internacional, a comunidade constituída através desta ordem coerciva – isso sem curar de saber se o governo é legítimo no sentido de uma Constituição anteriormente existente ou se alcançou o poder pela via revolucionária. Esse poder, segundo o Direito internacional, é de considerar como um poder jurídico. Isso significa que o Direito internacional legitima a revolução triunfante como um processo criador de Direito. Se, por esta forma, se reconhece como fundamento de vigência da ordem jurídica estadual uma norma positiva de Direito internacional na sua aplicação à Constituição estadual, sobre cuja base se ergue a ordem jurídica do Estado, então desloca-se o problema da norma fundamental. Com efeito, nesse caso, o fundamento de vigência de uma ordem jurídica estadual não reside numa norma pressuposta mas numa norma jurídico-positivamente estabelecida do Direito internacional; e, então, levanta-se a questão do fundamento de vigência desta norma e, portanto, a questão do fundamento de vigência da ordem jurídica internacional de que é parte integrante a norma sobre a qual se apoia a autoridade da ordem jurídica estadual, a norma que esta ordem jurídica encontra o seu fundamento imediato de vigência, se bem que não o seu fundamento de vigência último. Este fundamento de vigência apenas pode, então, ser a norma fundamental do Direito internacional que, portanto, é o fundamento mediato de vigência da ordem jurídica estadual. Como genuína norma fundamental, não é uma norma posta mas uma norma pressuposta. Ela representa o pressuposto sob o qual o chamado Direito internacional geral, isto é, as normas, globalmente eficazes, que regulam a conduta de todos os Estados entre si, são consideradas como normas jurídicas que vinculam os Estados. Estas normas são criadas pela via de um costume que é constituído pela conduta efectiva dos Estados, isto é, pela conduta dos indivíduos que, de acordo com as ordens jurídicas estaduais, funcionam como governos. Se elas são pensadas como

inteiramente determinada, em relação à qual se pode interpretar o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos constitucionalmente postos como sendo seu sentido objetivo, isto é, normas jurídicas válidas.⁴²⁰

Assim, pode-se afirmar que no sistema jurídico brasileiro, não é válida uma sentença (norma jurídica de caráter particular) que condene alguém à pena de morte, porque essa norma não encontra fundamento de validade na Constituição, que deve ser obedecida porque se pressupõe uma norma, não positivada, que lhe serve de fundamento e que não permite a atribuição de sentido objetivo quanto à pena capital. Da mesma forma, não é uma norma negocial (negócios jurídicos particulares) a compra e venda de trezentos gramas de maconha, porque, igualmente, não se pode atribuir a esse fato um sentido objetivo. Na linguagem de Kelsen “somente quando pressuponhamos que nos devemos conduzir de acordo com esta Constituição concretamente determinada, é que podemos interpretar o sentido subjectivo do acto constituinte e dos actos constitucionalmente postos como sendo o seu sentido objectivo, quer dizer, como normas jurídicas objectivamente válidas...”⁴²¹

A relação de pertinência assim expressada e inerente à validade afasta, no pensamento kelseniano, qualquer referência a fatos e valores morais⁴²². O que distingue o ato do

normas jurídicas vinculantes para os Estados é porque se pressupõe uma norma fundamental que institui o costume dos Estados como facto produtor de Direito. O seu teor é: os Estados, quer dizer, os governos dos Estados, devem conduzir-se nas suas relações mútuas de harmonia com um dado costume dos Estados, ou: a coacção de um Estado contra outro deve ser exercida sob os pressupostos e pela forma correspondentes a um dado costume dos Estados. É esta a constituição – lógico-jurídica – do Direito internacional.” (KELSEN, 1979, pp. 301 – 302). A norma posta que, na concepção monista serviria de fundamento de validade para a constituição é o *Princípio da Efetividade* que assim pode ser expressado a partir da construção kelseniana: quando, no seio de uma comunidade, que vive em determinado território, o poder é exercido de forma efetiva a ponto de romper com uma ordem jurídica anteriormente estabelecida, esse poder produz direito novo. Então, não teria sido o fato ocorrido em 7 de setembro de 1822 (declaração da independência), que seria o fundamento de validade da Constituição brasileira de 1824, mas a incidência da norma de Direito Internacional vazada no *Princípio da Efetividade* que conduz os Estados a agir de determinada maneira, qual seja, reconhecer um novo direito (o direito brasileiro) em oposição a um direito anteriormente existente (o direito português) em ato unilateral conhecido como *reconhecimento de Estado*. O raciocínio é o mesmo para o *reconhecimento de governo*, como ocorreu, por exemplo, após 15 de novembro de 1889. Contudo, os Estados não se conduziram dessa mesma maneira em relação a um fato ocorrido no Brasil em 1789 – a insurreição mineira – exatamente porque ali não se divisou a incidência da norma de Direito Internacional consubstanciada no *Princípio da Efetividade*. Com efeito, as forças leais a Tiradentes não foram suficientes o necessário para romper com a ordem jurídica portuguesa e implantar uma nova ordem apta a criar direito novo. É sob essa compreensão que Kelsen não transfere para os fatos – aqui uma revolução, um golpe de estado ou mesmo uma assembléia constituinte – a validade do direito.

⁴²⁰ KELSEN, 1979, p. 278, passim.

⁴²¹ Idem, ibidem.

⁴²² Efetivamente, para Kelsen, a validade do direito não se encontra vinculada a qualquer espécie de juízo de valor; “não significa o reconhecimento de um valor de Justiça que, destarte, não é por forma alguma elevado à categoria de um elemento do conceito de Direito e, por isso, também não pode servir como critério para a distinção entre comunidade jurídica e bando de salteadores, conta o que sucede na teologia de Agostinho. Na sua *Civitas Dei*, onde

Poder Executivo ao baixar uma Medida Provisória que aumenta a carga tributária do ato de um assaltante que, com arma em punho, exige a entrega de certa quantia? Em ambas as hipóteses deparamo-nos com um fato carregado de sentido subjetivo, mas, quando submetidos ao *esquema de interpretação* do jurídico (norma) verifica-se que o sistema jurídico predicou sentido objetivo apenas ao segundo. Não havendo norma a validar a manifestação de vontade do assaltante, o fato avulta-se desprovido de sentido objetivo e, portanto, insusceptível de produzir direito. De modo contrário, a manifestação de vontade do chefe do executivo encontra-se validada a partir de uma norma, o que qualifica o ato a produzir direito. Kelsen se encontra convencido, com efeito, de que direito apenas é criado a partir da aplicação de direito. O *dever-ser* se mostra irredutível do *ser*. Assim, a medida provisória que instituiu um tributo não geraria nenhum fato, senão a *obrigatoriedade* de pagar o tributo. Isso não desloca por completo, na concepção de Kelsen, os fatos do mundo jurídico – e nem poderia! – já que a eficácia é tomada como condição de validade, ou seja, situam-se igualmente no sistema todos os efeitos da norma. A eficácia encontra-se, assim, em estreita conexão com a validade da norma. Diz respeito à sua executoriedade ou aplicabilidade. De regra, a norma é apta a produzir os efeitos jurídicos determinados. Às vezes, todavia, o legislador condiciona a eficácia ao decurso de certo tempo

levanta a questão desta distinção, escreve este autor: << Que são os impérios sem Justiça, senão grandes bandos de salteadores? E são os bandos de salteadores outra coisa senão pequenos impérios?>>. Um Estado, ou para Agostinho, uma comunidade jurídica, não pode existir sem Justiça. Pois <<o Direito não pode existir onde não exista a verdadeira Justiça. O que acontece de conformidade com o Direito, acontece de facto justamente; o que é feito de uma maneira injusta, não pode acontecer segundo o Direito>>. O que é, porém, a Justiça? << Justiça é a virtude que dá a cada um o que é seu (*Justitia porro ea virtus est, que sua cuique distribuit*). Em que consiste, pois, a Justiça dos homens que rouba o homem ao verdadeiro Deus e o submete aos demónios impuros? Ou não é injusto aquele que subtrai ao comprador um pedaço de terreno e o dá a quem não tem qualquer direito a ele? E é porventura justo aquele que se furta a si próprio ao Senhor por quem foi criado e se põe ao serviço de espíritos maléficos?>> Segundo a concepção que está na base deste raciocínio o Direito é uma ordem de coerção justa e distingue-se, assim, através da Justiça do seu conteúdo, da ordem coercitiva de um bando de salteadores. Que a Justiça não pode ser uma característica que distinga o Direito de outras ordens coercitivas resulta do carácter relativo do Juízo de valor segundo o qual uma ordem é justa. Visto Agostinho somente querer considerar como justa uma ordem que atribua a cada um o que é seu e empregar esta fórmula destituída de conteúdo por maneira a fazer valer como justa aquela ordem que reserva ao verdadeiro Deus – que é para ele o Deus judaico-cristão, e não os deuses romanos – o que a ele só a ele pertence, a saber, a correspondente adoração, que adquire a sua expressão no culto, uma ordem que não corresponda a esta exigência não pode ser Direito mas apenas um bando de salteadores. Com isso recusa-se ao Direito romano o carácter jurídico. Se a Justiça é tomada como o critério da ordem normativa a designar como Direito, então as ordens coercitivas capitalistas do mundo ocidental não são de forma alguma Direito do ponto de vista do ideal comunista do Direito, e a ordem coercitiva comunista da União Soviética não é também de forma alguma Direito do ponto de vista do ideal de Justiça capitalista. Um conceito de Direito que conduz a uma tal consequência não pode ser aceito por uma ciência jurídica positiva. Uma ordem jurídica pode ser julgada como injusta do ponto de vista de uma determinada norma de Justiça. O facto, porém, de o conteúdo de uma ordem coercitiva eficaz poder ser julgado como injusto, não constitui de qualquer forma um fundamento para não considerar como válida essa ordem jurídica.”(KELSEN, 1979, pp. 80 – 82).

(*vacatio legis*), à superveniência de um fato ou de outra norma (norma regulamentar). Em casos que tais, a norma existe (é válida na acepção kelseniana), mas não é ainda eficaz.

Kelsen, inteiramente atento à circunstância básica de que para sua teoria o que distingue a norma jurídica de outras normas é a possibilidade de conformação da conduta humana sob coerção⁴²³ (*dever-ser*), já que uma norma “é uma norma jurídica apenas se pretende regular a conduta humana e se regula a conduta humana estabelecendo um ato de coerção como sanção”⁴²⁴, não poderia descurar, contudo, que a eficácia se avulta como condição necessária da validade. E assevera que

Cada norma individual perde sua validade quando a ordem jurídica total perde sua eficácia como um todo. A eficácia da ordem jurídica como um todo é condição necessária para a validade de cada norma individual da ordem. Uma *conditio sine qua non*, mas não uma *conditio per quam*. A eficácia da ordem jurídica total é uma condição, não um fundamento, para a validade de suas normas constituintes. Essas normas são válidas não porque a ordem total é

⁴²³ Kelsen cogita, contudo, da construção de um conceito de direito que ignore o elemento coerção. Segundo ele “É fato que o legislador pode decretar comandos sem considerar necessário vincular uma sanção criminal ou civil à sua violação. Se tais normas também são chamadas de normas jurídicas, é porque elas foram criadas por uma autoridade que, segundo a constituição, é competente para criar Direito. Elas são Direito porque emanam de uma autoridade criadora de Direito. De acordo com esse conceito, o Direito é qualquer coisa que se tenha efetuado da maneira que a constituição prescreve para a criação de Direito. Esse conceito dinâmico difere do conceito de Direito como ordem coercitiva. Segundo o conceito dinâmico, o Direito é algo criado por certo processo, e tudo o que é criado desse modo é Direito. Ele não contém nenhuma resposta à questão do que é a essência do Direito, de qual é o critério pelo qual o Direito pode ser distinguido de outras normas sociais. Esse conceito dinâmico fornece resposta apenas à questão de se saber se e por que certa norma pertence a um sistema de normas jurídicas válidas, se e porque ela faz parte de certa ordem jurídica. E a resposta é a de que certa norma pertence a certa ordem jurídica se for criada de acordo com um procedimento prescrito pela constituição fundamental dessa ordem jurídica.” (KELSEN, 1992, p. 126 – 127). Todavia, Kelsen prossegue consciente de que se não está presente conteúdo deontico (obrigação, proibição e permissão), não há espaço para se falar em norma jurídica: “Deve-se notar, porém, que não apenas uma norma, i. e., um comando que regula a conduta humana, pode ser criada da maneira prescrita pela constituição para a criação de Direito. Um estágio importante no processo criador de Direito é o procedimento pelo qual normas gerais são criadas, ou seja, o procedimento legislativo (...) A forma de uma lei – uma declaração votada pelo parlamento, aprovada pelo chefe de Estado, publicada no diário oficial – é escolhida a fim de dar a certa matéria, no caso a expressão de gratidão da nação, o caráter solene. O reconhecimento solene dos méritos de um estadista não é, de modo algum, uma norma, mesmo que surja como conteúdo de um ato legislativo, mesmo que tenha a forma de uma lei. A lei, como produto do procedimento legislativo, um estatuto no sentido formal do termo, é um documento que contém palavras, sentenças; e aquilo que é expresso por essas sentenças não tem de ser necessariamente uma norma. Aliás, várias leis – nesse sentido formal do termo – contêm não apenas normas jurídicas, mas também certos elementos que não possuem qualquer caráter jurídico, i.e., normativo, específico, tais como visões puramente teóricas a respeito de certos assuntos, as motivações do legislador, ideologias políticas contidas em referências tais como “justiça” ou “a vontade de Deus”, etc., etc. Todos esses são conteúdos juridicamente irrelevantes do processo criador de Direito. O procedimento criador de Direito inclui não apenas o processo legislativo, mas também o procedimento das autoridades jurídicas e administrativas. Mesmo os julgamentos dos tribunais contêm, muitas vezes, elementos juridicamente irrelevantes. Se pelo termo “Direito” quer se exprimir algo pertencente a certa ordem jurídica, então Direito é qualquer coisa que foi criada de acordo com o procedimento descrito pela constituição fundamental dessa ordem. Isso não quer dizer, porém, que tudo o que foi criado de acordo com esse procedimento seja Direito no sentido de norma jurídica.” (Idem, p. 127).

⁴²⁴ KELSEN, 1992, p. 127.

eficaz, mas porque elas são criadas de uma maneira constitucional. Elas são válidas, porém, apenas sob a condição de que a ordem total seja eficaz; elas deixam de ser válidas não apenas quando anuladas de maneira constitucional, mas também quando a ordem total deixa de ser eficaz. Em termos jurídicos não se pode sustentar que os homens devam se conduzir em conformidade com certa norma, se a ordem jurídica total, da qual essa norma é parte integrante perdeu a eficácia.⁴²⁵

Assim é que, a perda de eficácia de uma constituição, por um golpe, uma revolução ou pelo exercício de poder constituinte por uma assembléia, com a instituição de nova constituição e, portanto, nova ordem, implica que as normas infraconstitucionais anteriores perdem a validade a não ser que adquiram novo fundamento de validade, sendo certo que essa convalidação pode se dar de forma expressa ou tácita. Dessa maneira, fica claro que os órgãos competentes somente poderão aplicar a norma se ela recebeu um novo fundamento de validade. Decorre, desde aí, uma eficácia em sentido jurídico vinculada à aplicação da norma pelos órgãos competentes, que se distingue da eficácia em sentido sociológico que sob a pretensão de fazer corresponder a conduta prescrita (*dever-ser*) à conduta efetivamente realizada (*ser*), colocaria a validade da norma em fato e invalidaria a construção kelseniana. Daí porque, sob o prisma da Teoria Pura do Direito, pode-se afirmar que a eficácia, como *possibilidade* de executoriedade da norma, convive com uma correspondência mínima entre o *dever-ser* e o *ser*.

As propostas positivistas de Ross e Hart constroem seus projetos sob uma perspectiva normativista, onde o direito se encontraria validado através de esquemas interpretativos gerados, para o primeiro, a partir de uma ideologia normativa que imprime validade à produção normativa a partir da efetividade das normas do sistema e, para o segundo, por meio de um critério comum aos indivíduos e às autoridades de identificação do direito através de regras de reconhecimento. O ponto em comum é a separação do direito de avaliação moral.

Ross foi aluno de Kelsen e na busca por uma compreensão do direito afastada de fundamentos metafísicos e voltada, portanto, para uma experiência empírica, seu pensamento se coloca no âmbito do realismo jurídico em busca de fundamentos sociológicos para o direito. Conquanto trabalhe o direito sob uma perspectiva normativa, Ross distancia-se de Kelsen notadamente com relação ao conceito de validade, exatamente porque coloca a validade do direito no plano empírico de tal sorte que o direito seria o conjunto de regras *efetivamente*

⁴²⁵ Idem, p. 123.

observadas pela sociedade. O problema da validade do direito, para ele, é o problema fundamental da filosofia do direito e se vale da analogia a um jogo de xadrez para explicá-lo:

Imaginemos que duas pessoas estão jogando xadrez, enquanto uma terceira observa. Se o observador nada conhecer de xadrez não compreenderá o que está se passando. Com base em seu conhecimento de outros jogos provavelmente concluirá que se trata de algum tipo de jogo. Porém, não será capaz de compreender os movimentos individuais ou perceber qualquer conexão entre eles. Terá, menos ainda, qualquer noção dos problemas envolvidos por qualquer disposição particular das peças sobre o tabuleiro. Se o observador conhecer as regras de xadrez, mas além disso não conhecer muito a respeito da teoria do jogo, sua experiência sobre o jogo dos outros mudará de caráter. Compreenderá que o movimento “irregular” do cavalo é o prescrito para essa peça. Estará em posição de reconhecer os movimentos das peças em turno como movimentos prescritos pelas regras (...) Para um completo entendimento do jogo é essencial um conhecimento não apenas das regras do xadrez como também um certo conhecimento da teoria do jogo (...) Cumpre notar que o “entendimento” que estamos aqui pensando é de um tipo distinto do causal. Não operamos aqui com leis de causalidade. Os movimentos não entretêm qualquer relação mutuamente causal. A conexão entre eles é instaurada por meio de regras e da teoria do xadrez. A conexão é de significado (...) Ora, tudo isso demonstra que o jogo de xadrez pode ser tomado como um simples modelo daquilo que chamamos de fenômeno social. A vida social humana não é um caos de ações individuais mutuamente isoladas. Adquire o caráter de vida comunitária do próprio fato de que um grande número de ações individuais (não todas) são relevantes e têm significação relativamente a um conjunto de regras comuns (...) Aqui também há interação mútua, motivada pelas regras comuns do “jogo” social, que lhe conferem seu significado. E é a consciência dessas regras que possibilita o entendimento, e numa certa medida, a predição do curso dos eventos.⁴²⁶

As regras comuns do jogo são para Ross de duas categorias, a saber: a primeira, diz respeito às regras técnicas do jogo. São enunciados hipotéticos-teóricos voltados para alcançar determinada finalidade, certo resultado, como vencer o jogo de xadrez. São as regras da teoria do xadrez. Se não há interesse no resultado, as regras técnicas que compõem a teoria do jogo carecem de importância para o jogador. A inobservância ou infringência causará espanto ou desapontamento. Já na segunda categoria estão as regras primárias do xadrez que indicam o modo de como o jogo deve ser jogado. São, portanto, diretivas “sentidas por cada jogador como socialmente obrigatórias, quer dizer, o jogador não só se sente espontaneamente motivado (“ligado”) a um certo procedimento como também está ao mesmo tempo seguro de que uma transgressão às regras provocará uma reação (protesto) de seu adversário. E desse modo, as

⁴²⁶ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: EDIPRO, 2003, pp. 34 -37.

regras primárias distinguem-se claramente das regras técnicas que formam a teoria do jogo. Um movimento estúpido pode causar espanto, porém não um protesto.”⁴²⁷

E para identificar quais são as regras válidas, Ross aponta duas alternativas bem sintetizadas por Barzotto nos seguintes termos:

A primeira alternativa é fornecida pelo modelo “condutivista”. Segundo este modelo, é possível identificar as regras observando o comportamento dos usuários. Mas por esse modelo, segundo Ross, nunca se chega a identificar as regras do jogo. Isso porque a observação externa não permite diferenciar uma regra de xadrez de uma simples regularidade de comportamento, de um hábito, de uma regra técnica, ou de uma prática corrente. Por exemplo, depois de uma infinidade de jogos, pode-se achar que abrir o jogo com o peão situado em frente à torre é contrário às regras, porque nunca se teria observado tal jogada. A segunda alternativa de identificação das regras do xadrez consiste em recorrer aos códigos e regulamentos do jogo de xadrez, uma alternativa que poderia ser chamada de “formalista”, para verificar quais regras encontram-se aí prescritas. Isso também é insuficiente, pois não se sabe se essas regras recebem adesão na prática, isto é, se efetivamente governam o jogo de xadrez enquanto um fenômeno social. Dada a insuficiência do condutivismo e do formalismo, Ross propõe dois critérios pra determinar quais são as regras do xadrez que existem enquanto tais: a) Contra o formalismo, Ross propõe que a regra deve ser efetiva, efetividade essa que pode ser aferida por observação externa. b) Contra o condutivismo, Ross estabelece a necessidade da experiência emocional da regra como socialmente obrigatória.⁴²⁸

A conjunção das duas vertentes apontaria para o critério de validade do direito. Assim, a validade para Ross “significa o conjunto abstrato de idéias normativas que serve como esquema interpretativo para os fenômenos do direito em ação, o que por sua vez significa que essas normas são efetivamente acatadas e que o são porque são experimentadas e sentidas como socialmente obrigatórias.”⁴²⁹. Daí a afirmação de Kretschmann no sentido de que no pensamento de Ross o direito válido – é aquele “relativo às normas efetivamente vividas, constitutivas de um fato social (e não simplesmente eficaz, relativa à norma aplicada pelos juízes, nem vigente, que se refere a uma qualidade da norma relativa ao tempo de validade). Para Alf Ross, portanto, o que interessa é a efetividade da norma, buscando unir o elemento psicológico, determinado pela aplicação da mesma pelos juízes, e o condutivismo, a efetiva aceitação por seus destinatários

⁴²⁷ Idem, pp. 37 – 38.

⁴²⁸ BARZOTTO, 2003, p. 75.

⁴²⁹ ROSS, op. cit, p. 41.

(elemento sociológico).”⁴³⁰ Contudo, a verificação da vigência apontaria para um teste onde Ross coloca a relevância da figura do juiz na determinação do direito vigente. Nas suas palavras:

O teste de vigência é que nesta hipótese – ou seja, aceitando o sistema de norma como um esquema interpretativo – podemos compreender as ações do juiz (as decisões dos tribunais) como respostas plenas de sentido a dadas condições e, dentro de certos limites, podemos predizer essa decisões – do mesmo modo que as normas do xadrez nos capacitam a compreender os movimentos dos jogadores como respostas plenas de sentido e predizê-los.⁴³¹

A partir daí, para Ross, os fenômenos jurídicos – resultado do enfrentamento de fatos através de esquemas interpretativos pelos tribunais – são decisivos para determinar a vigência das normas. Ele prossegue afirmando que o conceito de vigência do direito repousa em hipóteses que concernem à vida espiritual do juiz. Haveria, portanto, uma certa ideologia que motivaria as decisões judiciais.⁴³² Da mesma sorte que os comportamentos, inclusive do juiz, isoladamente considerados, são insuficientes para exprimir o sentido de validade do direito, o modo de como os juízes decidem também se avulta isoladamente deficiente ao declarado escopo se não se divisar, a partir dele, a manifestação de uma interpretação ideológica do sistema jurídico como um todo. O próprio Ross explica a conjunção dos dois aspectos para ele indissociáveis do conceito de validade:

Não é possível determinar o que é direito vigente por meio de recursos puramente comportamentais, ou seja, pela observação externa da regularidade nas reações (costumes) dos juízes. Ao longo de um extenso período o juiz pode ter manifestado uma certa reação típica; por exemplo, pode ter imposto penas por aborto criminoso. De súbito, essa reação muda porque uma nova lei foi promulgada. A vigência não pode ser determinada recorrendo-se a um costume mais geral, externamente observável, nomeadamente, o de “obedecer ao legislador”, pois não é possível a partir da observação externa identificar o “legislador” que está sendo obedecido. A observação puramente externa poderia levar à conclusão de que se obedece às pessoas, mencionadas nominalmente, que no momento da observação eram membros da legislatura. Mas um dia também a composição desta sofrerá mudança. Pode-se prosseguir dessa maneira ascendendo até a Constituição, mas nada há que impeça que um dia a Constituição seja também mudada. Nada se obtém, pois, mediante uma interpretação comportamental. O comportamento de mudança do juiz somente pode ser compreendido e predito mediante interpretação ideológica, isto é, por meio da hipótese de uma certa ideologia que anima o juiz e motiva suas ações

⁴³⁰ KRETSCHMANN, Ângela. “Ross, Alf Neils”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006, p. 742.

⁴³¹ ROSS, op. cit, p. 59.

⁴³² Idem, pp. 61 – 62, passim.

(...) o direito é ao mesmo tempo algo real no mundo dos fatos e algo válido no mundo das idéias...⁴³³

Para Kelsen, colocar a validade no âmbito do *ser*, ou seja, no mundo dos fatos, identificando-a com a eficácia, é algo que deve ser negado na medida em que existem normas que são consideradas válidas se bem que não sejam eficazes⁴³⁴, ou ainda não sejam eficazes, como acima já tivemos oportunidade de verificar. Esse é o grande ponto de dissenso que estabelece com a construção teórica de seu aluno dinamarquês.⁴³⁵

Hart, de sua parte, afasta pretensões de divisar o conceito de direito a partir de elementos factuais como o hábito de obediência, o costume, coerção, e, por isso, constrói seu projeto teórico tendo o elemento normativo como básico. Para demonstrar onde reside a validade do direito – que não poderia se encontrar à base de um modelo simples de ordens coercitivas como concebido por John Austin⁴³⁶ – ele convida o leitor a imaginar uma sociedade primitiva sem poder legislativo e judicial e uma simples organização à base de normas primárias de obrigação, emanadas de um monarca absoluto (Rex), que exerce o poder com base em ameaças as quais exigem a prática de determinados atos e abstenção de outros que sem elas (as ameaças),

⁴³³ ROSS, op. cit, pp. 61 – 63.

⁴³⁴ KELSEN, 1979, pp. 296 – 297.

⁴³⁵ Kelsen se contrapõe a Ross utilizando-se dos seguintes argumentos: “Se a validade, quer dizer, o facto psicológico designado por ROSS como <<validty>>: a crença na autoridade ou competência da instância legisladora (<<belief in authority>>, <<disinterested behaviour attitude>>) e, portanto, a crença de que nos devemos conduzir de harmonia como Direito como norma objetivamente válida, é – como Ross afirma – um elemento essencial do conceito de Direito, este fenómeno tem de apresentar-se sempre que o fenómeno jurídico se apresenta. É, porém, patente que tal não sucede. Em muitos casos em que os indivíduos se conduzem juridicamente (de acordo com o Direito) – e numa tal conduta factual consiste o fenómeno jurídico, se o Direito não é norma mas conduta fáctica – , o motivo da conduta não é esta crença. Com efeito, a questão de saber se a instância legislativa é << competente>>, quase nunca é consciencializada pelos indivíduos que se conduzem em conformidade com o Direito. Em muitos casos, eles conduzem-se de acordo com o Direito apenas por temor das sanções do Direito (<<interested behaviour attitude>>, segundo ROSS); em muitíssimos casos, a sua conduta conforme ao Direito é motivada, não pela crença na autoridade da instância legisladora, nem pelo receio das sanções do Direito, mas apenas pelo temor das sanções divinas; e em muitíssimos outros casos é apenas o desejo de evitar certas desvantagens sociais que de facto se encontram ligadas à conduta contrária ao Direito sem terem o caráter de sanções jurídicas, tais como a perda de crédito no caso do não pagamento de dívidas, ou o desprezo social no caso de homicídio, furto, fraude e outros delitos. Se, porém, o Direito é conduta de facto, e conduta conforme ao Direito, e o motivo da conduta conforme ao Direito, no entanto, nem sempre é, de modo algum, o facto-de-ser designado por ROSS com <<validity>>, esta <<validity>> não pode ser um elemento essencial do conceito de Direito. Como elemento essencial do conceito de Direito, a <<validade>> não pode ser senão validade de <<dever-ser>>. ROSS rejeita o postulado afirmado pela Teoria Pura do Direito de que o conceito de Direito deve necessariamente compreender o sentido com o qual o Direito se endereça aos indivíduos cuja conduta regula, e deve necessariamente, por isso, ser determinado como norma de dever-ser...” (KELSEN, 1979, pp. 295 – 296, em nota de rodapé).

⁴³⁶ Hart critica a concepção de direito construída por John Austin onde “os fundamentos do sistema jurídico constituem na situação em que a maioria de um grupo social obedece habitualmente às ordens baseadas em ameaças da pessoa ou pessoas soberanas, as quais não obedecem elas próprias habitualmente a ninguém. Essa situação social é, para esta teoria, uma condição não só necessária, como suficiente para a existência do direito” (HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 111).

de outro modo seriam praticados. Superadas as dificuldades iniciais, pode-se dizer que o povo obedecia a Rex. E prossegue Hart:

Visto que é frequentemente oneroso o que Rex exige e a tentação da desobediência, bem como o risco de castigo, é considerável, dificilmente se pode supor que a obediência, embora geralmente prestada, seja um <<hábito>> ou <<habitual>> no pleno sentido daquela palavra no seu sentido mais usual. Os homens podem, na verdade, adquirir de forma praticamente literal o hábito de acatarem certas leis: conduzir pelo lado esquerdo da via constitui talvez um paradigma, para os ingleses, de um tal hábito adquirido. Mas quando a lei vai contra inclinações profundas como, por exemplo, sucede com as leis que exigem o pagamento de impostos, o nosso acatamento eventual dessas leis, ainda que regular, não tem a natureza isenta de reflexão, sem esforço e enraizada, de um hábito.⁴³⁷

E Hart prossegue afirmando que na sociedade de Rex, tão rudimentar, a obediência não é questionada, significa dizer, não há a preocupação de saber se o exercício do poder é legítimo. A obediência pessoal a Rex gerou uma certa unidade que se poderia chamar de “um Estado”. Com a morte de Rex, o seu filho Rex II assume o poder. Contudo, o fato de que Rex I era habitualmente obedecido não significa que Rex segundo também o seja. “Não poderemos dizer da primeira ordem de Rex II, como poderíamos dizer da última ordem de Rex I, que foi dada por quem era soberano e era, por conseguinte, direito (...) apenas depois de sabermos que as suas ordens foram obedecidas durante um certo tempo, estaremos aptos a dizer que se firmou o hábito de obediência (...) até que este estágio seja atingido, haverá um interregno em que não será criado nenhum direito.”⁴³⁸

Hart chama a atenção para que a mudança no comando, ou seja, a mudança de legislador, pode ocorrer por meio de regras adrede estabelecidas, no caso da imaginária monarquia de Rex, que o comando passaria para o seu primogênito. Isso significa dizer que mesmo antes de se criar o hábito de obedecer a Rex II, já se poderia identificar suas ordens como direito e que poderiam sequer vir a ser efetivamente obedecidas se viesse Rex II a morrer logo após a emissão de suas primeiras ordens. A regra de sucessão, pela sua aceitação, é que enseja a obediência ao novo legislador e não um hábito de obediência ao comando.⁴³⁹

A partir daí, Hart introduz as regras secundárias que marcam sua construção teórica. Se as regras primárias estipulam obrigações; as secundárias voltam-se para estabelecer

⁴³⁷ HART, op. cit, p. 61.

⁴³⁸ Idem, p. 62, passim.

⁴³⁹ Idem, p. 63 – 64, passim.

poderes (competências) e se referem a critérios de identificação, alteração e aplicação das regras primárias e o direito se apresenta como a união das duas espécies de regras⁴⁴⁰.

Se as regras secundárias destinam-se a identificar o direito, então, conforme o pensamento de Hart “é a explicitação de certos comportamentos como obrigatórios, ou não, que permite a apreensão do significado do fenômeno jurídico”⁴⁴¹. Com efeito, o direito seria constituído por um sistema de enunciados jurídicos que expressam usos lingüísticos aferíveis por critérios diversos de interpretação filtrados a partir da *regra de reconhecimento*.

Na monarquia de Rex, a regra de reconhecimento é facilmente identificada: direito é aquilo estabelecido por Rex. Nas sociedades modernas, todavia, são múltiplos os critérios que encerram a *regra de reconhecimento*. “Na maior parte dos casos a regra de reconhecimento não é enunciada, mas a sua existência *manifesta-se* no modo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos tribunais ou outros funcionários, como pelos particulares e seus consultores”⁴⁴² Para demonstrar isso, Hart faz um paralelo com a identificação das regras de um jogo onde as regras utilizadas pelos árbitros e pelos jogadores mostram a possibilidade de conflito entre a aplicação das regras dotadas de autoridade e a compreensão geral do que a regra claramente exige segundo o que ela dispõe. Com isso, a teoria de Hart introduz um elemento muito importante para este estudo que é a interpretação. Com efeito, o uso da regra de reconhecimento pelos diferentes atores pode ser examinado, segundo ele, sob dois aspectos: interno e externo. Assim ele coloca a questão:

O uso pelos tribunais e outras entidades de regras de reconhecimento não afirmadas, para identificar as regras concretas do sistema, é característico do ponto de vista interno. Aqueles que as usam deste modo manifestam através desse uso a sua própria aceitação das regras como regras de orientação e, relativamente a esta atitude, está associado um vocabulário característico diferente das expressões naturais do ponto de vista externo. Talvez a mais simples destas expressões seja <<O direito dispõe que...>>, que podemos ouvir da boca não só dos juízes, mas até de homens comuns vivendo sob o domínio dum sistema jurídico, quando identificam uma dada regra do sistema. Tal expressão (...) é a linguagem de quem avalia uma situação por referência a regras que tal pessoa, em comum com outros, reconhece como apropriadas para este propósito. Esta atitude de aceitação compartilhada de regras deve ser contraposta a de um observador que registra *ab extra* o facto de que um grupo social aceita tais regras, mas ele próprio não as aceita. A expressão natural deste

⁴⁴⁰ Idem, p. 89.

⁴⁴¹ KOZICKI, Kátya. “HART, Herbert Lionel Adolphus”. In : BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006, p. 410.

⁴⁴² HART, op. cit. p. 112 – 113, passim.

ponto de vista externo não <<O direito dispõe que...>>, mas << Na Inglaterra reconhecem como direito... tudo o que a Rainha no Parlamento aprova...>>>. À primeira destas formas de expressão chamaremos uma *afirmação interna*, porque manifesta o ponto de vista interno e é naturalmente usada por quem, aceitando a regra de reconhecimento e sem declarar o facto de que é aceite, aplica a regra, ao reconhecer uma qualquer regra concreta do sistema como válida. À segunda forma de expressão chamaremos *afirmação externa*, porque é a linguagem natural de um observador externo ao sistema que, sem aceitar ele próprio a regra de reconhecimento desse sistema, enuncia o facto de que outros aceitam.⁴⁴³

É sob o prisma desses dois critérios que se pode, na perspectiva hartiana, atuar frente ao sistema jurídico para compreender o que é o direito válido. A validade repousa, assim, na exposição e superação da regra a todos os testes facultados pela regra de reconhecimento. Já a validade da regra de reconhecimento é questão de fato e repousaria na aceitação dos integrantes do sistema⁴⁴⁴.

E como a regra carrega consigo uma *textura aberta*⁴⁴⁵ decorre, desde aí, a necessidade de seu sentido vir a ser preenchido por um processo de interpretação, o que conduz Hart a admitir que os juízes gozam de discricionariedade judicial, mas esta questão será objeto de exame mais adiante quando nos debruçarmos sobre a *compreensão* do direito a partir da

⁴⁴³ Idem, pp. 113 – 114.

⁴⁴⁴ “A regra de reconhecimento é a regra suprema do sistema. Isso pode ser visto pelo fato de que ela é a última regra a ser invocada em um processo de validação. Um decreto do Executivo é considerado válido se tiver sido elaborado em conformidade com uma lei. A lei é considerada válida se tiver sido emanada nos termos previstos pela constituição. Esta é válida porque a regra de reconhecimento diz que aquilo que está disposto na constituição é direito. Com a regra de reconhecimento, a fundamentação da validade alcança seu termo, pois ela contém critérios para determinar a validade de outras regras, mas não há uma regra à qual se apele para determinar sua validade. Por isso mesmo, não há sentido em predicar a sua “validade” ou “invalidade”, pois estas são qualificações a serem feitas a respeito de regras *no interior* do sistema, e não a respeito do fundamento do sistema (...) Se “validade”, ao contrário do que ocorre com outras regras, não é um atributo da regra de reconhecimento, cabe perguntar pelo seu estatuto: regra ou fato? Aqui se volta à distinção entre o ponto de vista interno e externo. Do ponto de vista externo, a regra de reconhecimento é uma prática de identificação do direito pelos tribunais e outros funcionários do sistema, a qual é aceita pela generalidade dos cidadãos. Do ponto de vista interno, a regra de reconhecimento é um padrão aceito de identificação das regras do sistema por parte dos juízes e funcionários. A regra de reconhecimento, do ponto de vista interno, é uma regra, mas a questão acerca da sua existência é uma questão factual. A regra de reconhecimento é uma prática social complexa. Sua identificação requer a observação do modo efetivo como os funcionários do sistema agem na identificação de regras. A existência de uma regra no interior do sistema pode ser determinada por um juízo de validade. Uma regra existe quando é identificada como válida com o auxílio da regra de reconhecimento. Dessa forma, ao passo que a questão sobre a existência da regra de reconhecimento é uma questão factual, só podendo ser determinada por referência a fatos, a existência (validade) de uma regra no interior do sistema é uma questão jurídica, sendo determinada por referência a regras. Uma das preocupações centrais de Hart é diferenciar a sua regra de reconhecimento da norma fundamental kelseniana. Esta última, como Kelsen não cansa de repetir, é uma norma pressuposta. Para Hart, a regra de reconhecimento não é pressuposta, mas envolve dois pressupostos: a aceitação por parte daquele que faz um juízo de validade da regra; em segundo, a aceitação de tal regra por parte dos funcionários do sistema. Essas “pressuposições” formam o contexto normal da regra de reconhecimento.” (BARZOTTO, 2003, pp. 115 – 116).

⁴⁴⁵ HART, op. cit., pp. 137 – 149.

linguagem, não como um *medium*, mas como uma condição de possibilidade de deixar vir à tona aquilo que desde já e sempre existiu.

Essa contextura revela que o projeto positivista, por qualquer uma das vertentes analisadas, coloca o elemento normativo no centro da análise da experiência jurídica afastando-o do exame de aspectos fáticos e critérios valorativos em maior ou menor intensidade conforme cada uma das concepções enfrentadas. Busca-se uma análise epistemológica do direito com o propósito de deixar a abordagem valorativa ou factual para outros domínios do conhecimento científico exatamente, como vimos, ao escopo declarado de assegurar a autonomia científica do direito. Entre nós, um dos maiores epistemologistas do direito foi, sem dúvida, o professor pernambucano Lourival Vilanova. O conjunto de sua obra revela um íntimo contato com a teoria kelseniana e em sua análise lógico-formal aponta para a circunstância de que “o tratamento científico-dogmático do direito positivo requer técnicas de investigação adequadas ao direito. Tais técnicas, que todo advogado, jurisconsulto ou magistrado emprega, pertencem à Metodologia do direito”⁴⁴⁶ que, ainda conforme lição do festejado epistemologista, quando repousam nos fundamentos que a lógica formal oferece, conduzem a um maior rendimento teórico-científico e prático-profissional, porque “Distantes da realidade concreta pelo seu nível de abstração, aparentemente inservíveis para o manuseio prático do direito, o domínio dos problemas lógicos oferta ao jurista destreza, rigor e clareza no trato do direito em função da experiência”⁴⁴⁷

A experiência jurídica fica reduzida a encontrar, descobrir na linguagem de Kelsen⁴⁴⁸, a norma jurídica a incidir sobre o fato que permita a extração de certo efeito. O processo decisório judicial revela um silogismo onde as formas lógicas encobrem referências significativas do mundo dos fatos. Sim, porque se há fórmula geral (norma), que permita a subsunção, a consequência é a criação normativa.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 9.

⁴⁴⁷ Idem, p. 10.

⁴⁴⁸ KELSEN, 1979, p. 329.

⁴⁴⁹ Segundo Kelsen “A teoria, nascida no terreno da *common law* anglo-americana, segundo a qual somente os tribunais criam Direito, é tão unilateral como a teoria, nascida no terreno do Direito legislado da Europa Continental, segundo a qual os tribunais não criam de forma alguma Direito mas apenas aplicam o Direito já criado. Esta teoria implica a idéia de que só há normas jurídicas gerais, aquela implica a de que só há normas jurídicas individuais. A verdade está no meio. Os tribunais criam Direito, a saber – em regra – Direito individual; mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como facto produtor de Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica.” (KELSEN, 1979, p. 349).

A cientificidade do direito restaria, assim, assegurada pelo conhecimento das estruturas lógicas das proposições normativas e das operações que por meio delas ensejam conclusões, ou seja, permitam a extração de efeitos, ou ainda, criem direitos, sem qualquer procedimento crítico reflexivo que permita uma aproximação com o mundo da vida. Aqui, o direito é tratado em nível de meta-linguagem através de juízos apofânticos, retirando-se da abordagem a fundamentação moral e política, e, enfim, a preocupação com a verdade, dito de outra forma: afastando-se os questionamentos acerca dos fundamentos e da finalidade do direito.

Para Vilanova “a lógica jurídica justificar-se-á se encontrarmos formas ou estruturas no discurso ou linguagem normativa (*in specie*, jurídica) próprias do direito. Em outros termos: as formas *apofânticas* não são os únicos tipos de formas, mas as há *deônticas*, umas e outras reciprocamente irreduzíveis.”⁴⁵⁰ Mais tarde, explica as formas deônticas acrescentando: “A relação sintática própria da região do normativo e, pois, do normativo-jurídico é a de que estabelece através das expressões verbais, ‘ter faculdade (de fazer ou omitir)’, ‘estar obrigado (a fazer ou omitir)’, ‘estar proibido (de fazer ou omitir)’. São três modalidades deônticas do verbo dever-ser.”⁴⁵¹

A racionalidade jurídica decorreria, a partir daí, de uma redução operacional aos três modais deônticos (obrigação, proibição e permissão) que seriam guindados à condição ontológica do próprio direito.

O reducionismo decorrente desta vertente preconiza a *lei do quarto excluído* como comando de exclusão do direito, considerando que somente existiriam três modais deônticos. Assim, como as operações da matemática podem ser reduzidas a partir de dez elementos modais (1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 0) e nessa ciência vigoraria a *lei do décimo-primeiro excluído*, cada norma jurídica seria moldada a partir de *proibição*, *obrigação* ou *permissão* e apenas por no mínimo uma destas três categorias formais. O trabalho do jurista seria, portanto, identificar o conteúdo deôntico das normas no processo de subsunção, o que, segundo a vertente, imprimiria um grau de segurança – diga-se de passagem, altamente sedutor – às operações jurídicas semelhante ao das ciências exatas, advindo, desde aí, uma auto-suficiência metodológica sedutora do ponto de vista lógico-formal. Contudo, já se tem divisado a existência de um modal neutro que estaria presente em alguns tipos de normas como aquelas

⁴⁵⁰ VILANOVA, 1976, pp. 84 – 85.

⁴⁵¹ Idem, p. 94.

exclusivamente preceptivas ou instituidoras de conceitos. Porém, como aqui já divisado, nas práticas jurídicas em sistemas da família romano-germânica, como o brasileiro, se há norma e ela se encaixa no fato tal qual a mão à luva, o jurista trabalha com rapidez (o advogado peticiona, o agente do ministério público oferece denúncia e o magistrado decide rapidamente). Mas se a luva aperta, significa dizer, se a norma não se ajusta bem ao fato, exigindo do jurista um maior trabalho hermenêutico de compreensão, a situação se complica e o trabalho do jurista prático retarda. Pior ainda é se a luva não é encontrada. É dizer: o jurista não conseguiu divisar a norma a incidir sobre o fato. Aqui, tem-se dito aos quatro cantos: esqueçam o processo! Isso já se avulta suficiente para revelar o quanto o processo decisório judicial necessita ser (re)estudado e erigido sob novas maneiras de compreensão.

Mas a própria Teoria Pura do Direito⁴⁵² faz emergir a segurança jurídica na razão inversa da flexibilização do direito considerada inicialmente a partir do problema das lacunas onde os juízes são chamados a decidir mesmo à ausência de norma, o que elevaria em grau máximo o princípio da hermeticidade do ordenamento jurídico, que adquire roupagem, no sistema jurídico pátrio, na dicção da norma de fechamento do sistema vazada no art. 126 do Código de Processo Civil: *O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas gerais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.*

Escapa realmente aos objetivos desta tese um aprofundamento crítico sobre o positivismo, não obstante Bernardette Pedrosa consegue objetivamente apontar para dois caminhos onde são oportunas as restrições: “primeiro no que diz respeito à total inadequação do emprego dos métodos das ciências naturais ao estudo da realidade social e das instituições humanas; segundo no tocante à redução de toda a Filosofia, como pretendem os integrantes e seguidores do Círculo de Viena, a uma pura análise lógica do pensamento.”⁴⁵³ Todavia, a mestra pernambucana está igualmente convencida de que “um mérito, porém, não se pode negar ao positivismo, o de haver contribuído decisivamente para a autonomia das ciências sociais, apontando-lhe o caminho da realidade concreta despojada de implicações ideológicas.”⁴⁵⁴

Os delineamentos críticos ao positivo jurídico começam, efetivamente, por esses pontos. Se é verdade que os métodos são vetores de racionalidade para projetar a

⁴⁵² KELSEN, 1979, p. 348.

⁴⁵³ PEDROSA, 1972, p. 8

⁴⁵⁴ Idem, ibidem.

compreensão – e por isso não se pode negar as contribuições epistemológicas de Kelsen e entre nós Vilanova⁴⁵⁵, entre outros –, também é verdade que a redução da ciência jurídica ao tecnicismo da dogmática sob o véu do monopólio estatal da criação e aplicação normativas está longe de revelar a completude do fenômeno jurídico que não pode se separar de outras dimensões da experiência humana condicionadas por uma série de fatores, dirigida a finalidades e orientadas por valores. Atento a isso, Nedel salienta com propriedade, que a redução científico-neutral suprimiu – a contrário senso – a autonomia científica do direito, transformando-o tecnicamente em instrumento de dominação política. Nas suas palavras:

A partir dessa instrumentalização técnica, que o transformou numa entidade formal destinada a delimitar burocrático-normativamente os objetivos do poder político, o direito perdeu sua autonomia e, subsistindo neutralmente na redoma dogmático-metafísica de um abstrato sistema fechado, alienou-se das contingências práticas da realidade e separou-se do mundo da vida. O dogmatismo metódico do positivismo jurídico subtraiu do direito a sua verdadeira intenção normativa, impondo uma práxis jurídica em contradição com o sentido histórico do dever-ser jurídico, sentido este que tem o seu fundamento originário, ontológico-normativamente identificado com os princípios éticos da humanidade.⁴⁵⁶

Daí, no dizer de Adeodato⁴⁵⁷, “o surgimento de práticas a que as doutrinas tradicionais não conseguem se adequar e a necessidade de novas óticas para a compreensão da realidade jurídica ...” A aceitação de novas maneiras de divisar a realidade jurídica encontra dificuldade no tradicionalismo com que o direito é tratado. Isso decorre, sem dúvida, da circunstância de que seus operadores, desde o ensino até a práxis, de regra, não voltam os olhos

⁴⁵⁵ Lourival Vilanova, conquanto trabalhasse em nível de meta-linguagem, no âmbito, portanto, da epistemologia jurídica, estava atento, contudo, para a circunstância de que na construção e na aplicação do direito, a lógica formal se avulta insuficiente: “não se resolve com a lógica o que é extra-lógico: o conteúdo – a referência a fatos do mundo e a valores que procuram realizar-se através de normas. A lógica material que exige SICHES (*Filosofia Del Derecho*, pág. 642) vai além da analítica das formas: é a lógica-instrumento com que trabalha o jurista teórico ou prático, cujo objetivo não é fazer lógica, mas relacionar o logos com a concreção existencial, de onde procede e para onde se dirige o direito, como instrumento cultural destinado a estabelecer um tipo de ordenação na vida humana coletiva. Essa atitude retrovertida (a reflexão husserliana) para o logos, pondo entre parênteses metódico a existência mesma dos fatos e dos valores (axiológicos, digamos) não foi nem pode ser a atitude dos juristas com senso da realidade. Foi teorização, excesso racionalista, cujo fundo subjacente o sociólogo sabe descobrir. E descobrir como ideologia que quer se confundir com ciência, falsa competência que KELSEN implacavelmente sempre denunciou.” (op. cit. pp. 168 – 170). Não obstante, é verdade, porém, que noutro ponto, Vilanova assenta sem nenhum receio que “O isolamento é artificial. Na relação do homem com o mundo que o contorna, conhecer é um comportamento operativo, dirigido contextualmente.” (op. cit., p. 17).

⁴⁵⁶ NEDEL, Antônio Carlos. “A ilusão metafísica do positivismo jurídico”. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 165.

⁴⁵⁷ ADEODATO, João Maurício Leitão. *Filosofia do Direito e Dogmática Jurídica*. In: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco. Recife: ESMAFE, jun./1996, p.277.

para uma perspectiva não-dogmática, seja sociológica, seja no campo da filosofia epistemológica do direito, ficando restritos à uma limitação imposta pelo “dado” – o direito estabelecido pela ordem positiva. Esse outro viés “tem uma tarefa prática, na medida em que fornece os subsídios para se criarem respostas aos estímulos da vida, isto é, decidir alternativas de conflito, tomar posições éticas, técnicas, políticas, tomar posição científica.”⁴⁵⁸

Nessa ordem de pensamento, o fenômeno jurídico pode ser enfrentado sob outros prismas que propiciam a compreensão da ciência jurídica por meio de sensível modificação no positivismo clássico e propõem um rompimento na estrutura científica do direito com a adoção de novos modelos, novos padrões, enfim, a partir de novos paradigmas porque os existentes “deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por meio que ajudaram em parte criar”.⁴⁵⁹

É imperioso, todavia, ter-se presente que a experiência jurídica não pode se afastar totalmente da prática dogmática, porém, definitivamente, não pode ser reduzida a ela. Isso Barzotto expressa com bastante precisão:

Os positivistas partiram da idéia de que o direito positivo é um produto acabado, e como tal poderia ser identificado e fundamentado com o auxílio das categorias de validade e norma suprema. A positividade se constitui, ao contrário, em um processo contínuo, que envolve juízos de valor e atos de poder, não se esgotando na atividade do legislador ou do juiz, mas ocorrendo mesmo na práxis do cidadão que utiliza o direito.⁴⁶⁰

Portanto, é preciso buscar um lugar onde hermeneuticamente possamos nos colocar para enfrentar o fenômeno jurídico. Uma coisa, porém, é certa: é preciso renunciar o positivismo com sua estrutura garantidora, altamente sedutora. Isso não significa, queremos deixar isso bem claro, uma renúncia ao método. Todavia, é preciso ver o direito e a moral como co-originariamente fazendo parte do *ethos*. Ou por outra, divisar que o direito está nos costumes, na cotidianidade, onde deve ser arquitetonicamente pensado, elaborado, construído, sob o influxo de uma adequada compreensão.

⁴⁵⁸ Idem, p. 278.

⁴⁵⁹ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 126.

⁴⁶⁰ BARZOTTO, 2003, p. 147.

2.2 Pós-positivismo e racionalidade

Expungir a neutralidade científica do positivismo e colocar o direito em interação com a moral e a política, ou seja, em maior contato com o mundo da vida impunha, em primeiro lugar, expandir a experiência jurídica para além da racionalidade formal. Regras de inferência, apropriadas à lógica formal, abrem espaço para uma postura compreensiva do direito, onde sua validade não decorria exclusivamente a partir de um fundamento igualmente normativo, mas a partir de operações onde possa o jurista desvelar o direito que nem sempre está expresso num texto legal.

É nessa contextura que se pode compreender o pós-positivismo. Conquanto não possa ainda delimitar com precisão os limites teóricos que sustentam a concepção, porque, sem dúvida, ainda difusos, pode-se, todavia, concebê-la como um novo paradigma para o enfrentamento da experiência jurídica no qual se louvam várias correntes teóricas amparadas, todas elas, em um forte discurso de superação do solipsismo jurídico propugnando por alçar a experiência jurídica num campo de interacionismo com a moral, a política, a economia, enfim, apostando, portanto, numa racionalidade prática.

Diniz e Maia destacam cinco aspectos que caracterizam o quadro teórico pós-positivista: a) deslocamento de agenda; b) a importância dos casos difíceis; c) o abrandamento da dicotomia descrição/prescrição; d) a busca de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivo jurídico; e) o papel dos princípios na resolução dos casos difíceis. Esse deslocamento de agenda aponta, prosseguem os autores cariocas, “para três eixos onde se encontram os esforços dos juristas que deixam de lado o foco privilegiado pelos autores positivistas – a estrutura lógica das normas e do ordenamento jurídico: a importância dos princípios gerais do Direito, a relevância crucial da dimensão argumentativa na compreensão e funcionamento do Direito nas sociedades democráticas contemporâneas e a reflexão aprofundada sobre o papel desempenhado pela hermenêutica jurídica.”⁴⁶¹

No exame pós-positivista da experiência jurídica que nos propomos realizar a partir de agora, o caminho a ser percorrido considera, com efeito, essa virada paradigmática na estrutura científica do direito que para ser alçada pressupõe, necessariamente, um abrandamento

⁴⁶¹ DINIZ, Antonio Carlos e MAIA, Antônio Cavalcanti. “Pós-positivismo”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006, p. 651.

na dicotomia *prescrição/descrição* como ponto de partida para uma compreensão do direito fora dos domínios exclusivamente normativos. A própria compreensão do texto e de sua complementação produtiva – a norma – exige, como adiante veremos, que os limites rígidos entre a *prescrição* e a *descrição* sejam rompidos. Isso ocorre, efetivamente, porque a teoria assume um lugar de destaque quando fornece meios ou instrumentaliza o jurista prático no trabalho de buscar a resposta mais adequada ao caso concreto, em ordem a eliminar vícios que conduzam a um retorno a práticas jusnaturalistas ou normativistas-dogmáticas e garantir a presença de limites no processo jurídico-decisório, ao escopo de expungir a discricionariedade.

A abertura dos textos realça a importância que a *compreensão* assume no novo paradigma, bem como o lugar de destaque em que se coloca a *teoria*. Com efeito, elevar o direito a uma posição além de uma mera técnica social, a uma postura, portanto, científica, exige todo um aparato teórico, ou como quer Dworkin, uma abordagem de *teoria-integral*, que propicie a argumentação jurídica de modo a trazer luz a problemas jurídicos relevantes por meio de “uma vasta rede de princípios derivados da ordem jurídica ou da moralidade política.”⁴⁶²

Hodiernamente, cada vez mais se torna difícil separar o jurista prático, que trata o direito como instrumento de trabalho – o advogado, o agente do ministério público, o magistrado, o delegado, etc. – daquele exclusivamente dedicado às suas questões teóricas, pois essas já não se encontram tão mais dissociadas da ordem prática e, não raro, é exatamente pela falta de familiaridade com determinados conceitos genéricos, certas categorias e os caminhos hermenêuticos que viabilizam a mobilização de tais conceitos e categorias, que a compreensão do direito deixa a desejar. Evidentemente não queremos dizer que o cientista prático do direito deva ser um jurista teórico ou um filósofo, mas que os dois modos operacionais – o instrumentalista e o teórico – não se encontram completamente separados. Já não se pode dizer que o primeiro apenas utiliza os resultados alcançados pela investigação sistemática do segundo. Cada dia mais a ciência é para o jurista prático atividade e não apenas fonte de informação. Nesse sentido, Pedrosa, conquanto ainda propugnasse por uma divisão mais estanque das duas atividades, já divisava, contudo, que “na verdade, a atividade do jurista prático não se consome na mecânica aplicação das normas jurídicas, pois supõe o necessário entendimento dessas normas, sua

⁴⁶² DWORKIN, Ronald. “Elogio à Teoria”. In: *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*. Montes Claros, MG: Faculdade de Direito Santo Agostinho – FADISA, vol. 1, n.1, 2006, p. 11.

interpretação. O técnico do Direito é um intérprete, e é justamente isso que o distingue dos demais técnicos.”⁴⁶³

Há, todavia, uma perigosa alienação técnica onde sob o rótulo de *operadores do direito*, os juristas práticos agem como se estivessem operando uma máquina, sem se dar conta do modo objetivante como concebem o direito sob um viés exclusivamente normativista, no qual a tarefa não desborda do campo da *prescrição*, sentindo apenas curiosidade acerca das questões teóricas. O abandono desta visão, já propugnado, entre nós, desde 1972 por Bernardette Pedrosa⁴⁶⁴, ainda que sob o influxo de concepção epistemológica de feição positivista, obteve grande impulso no pensamento de Dworkin, onde alcançou refinado nível de teorização.

A mudança paradigmática impõe uma nova qualificação do conhecimento jurídico onde a *prescrição* guia da autosuficiência metodológica do positivismo abre espaço para uma reflexão jusfilosófica ocupando-se de *descrever* o processo da experimentação jurídica.

Nessa contextura, Dworkin alvitra que no processo jurídico-decisório os juristas podem se deparar com a necessidade de procurar por uma *ascensão justificadora* que não é prevista *a priori*. A chamada *ascensão justificadora* constitui um degrau da ascensão teórica que sempre está lá no horizonte do provável, mesmo quando ninguém ousa dar o primeiro passo e conduziria o jurista a trabalhar de-fora-para-dentro, porque o âmbito do vasto domínio da justificação inclui princípios abstratos de moralidade política. Isso conduziria o juiz a embarcar em longas incursões teóricas, donde a identificação do direito envolve um exercício interpretativo vulnerável a essa ascensão justificadora, pelo que a ele (juiz) deve ser dada a prerrogativa de conduzir este exercício em qualquer tipo de ocasião que se imponha.⁴⁶⁵

A relevância da teorização conduz a atuação dos juristas a trabalhar com outras pautas regulatórias além do texto legal, como princípios, não apenas da ordem jurídica como também da moralidade política, em busca de uma sustentação para a argumentação que se vêm obrigados a tecer diante dos casos difíceis, que conduzem, no pensamento de Dworkin, a uma (única) resposta certa.

⁴⁶³ PEDROSA, 1972, p. 5.

⁴⁶⁴ Segundo Pedrosa “A concepção do Direito como instrumento corresponde a uma visão parcial, como já dissemos, dessa realidade. Sob a perspectiva teórica, contrapondo-se logicamente à visão pragmática, o Direito converte-se em objeto a conhecer, não a ser manipulado. Em um primeiro estágio esse conhecimento é ciência; em um segundo, filosofia. Têm ambas um ponto comum, que é exatamente a problematização do Direito, isto é, a visualização do Direito como problema, na qual encontra abrigo inclusive o seu aspecto instrumental ou técnico.” (PEDROSA, 1972, p. 6).

⁴⁶⁵ DWORKIN, 2006, pp. 16 – 17, passim.

Nesta tese, o pensamento de Dworkin será mais adiante objeto de mais detalhado exame ao escopo, como já registramos, exatamente de demonstrar que no processo jurídico-decisório, o magistrado não goza de discricionariedade, o que pressupõe que se considere a inexistência de uma verdade objetiva a par da heterogeneidade social vivenciada nos Estados da modernidade periférica, o que afasta a existência, nessa condição, de uma (única) resposta certa e permite falar em um nível de correção substancial testificado por fundamentação que desvele o direito como condição de possibilidade de emancipação.

Antes, porém, impende ainda à guisa de amealhar elementos necessários para a *compreensão* que pretendemos alcançar, que enfrentemos – ainda que de forma não percuciente – os principais traços da racionalidade argumentativa e da racionalidade dialógica ou comunicativa. Deveras, se vamos enfrentar o que torna uma alegação falsa ou verdadeira, ou seja, se o direito oferece uma única resposta correta para cada caso, ou ainda, como se justifica essa ou aquela decisão judicial, é preciso que se investigue qual ou quais as maneiras mais apropriadas para se argumentar sobre as proposições jurídicas. Acreditamos que aportes teóricos de Viehweg, Perelman, Alexy e Habermas são suficientes ao nosso preconizado escopo.

2.3 Racionalidade argumentativa

Advogados, magistrados, agentes do ministério público, entre outros cientistas práticos do direito, estão sempre argumentando. Pretende-se sempre utilizar de meios para justificar as conclusões que sustentam corretas a partir de situações concretas. As decisões judiciais apresentam-se sempre alçadas em razões justificadoras e raramente, como já tivemos oportunidade de frisar, essa razão justificadora ascende para além dos domínios normativos. Isso significa dizer que a metodologia empregada pelos juristas não se distancia do processo de subsunção dedutiva onde o texto legal se apresenta como a premissa maior; a situação fática a premissa menor, e o silogismo é completado com a conclusão a partir daí extraída. Contudo, o âmbito de domínio da lógica formal não se apresenta suficiente para permitir o trabalho do jurista prático quando ele se depara com uma situação onde não encontre no sistema um texto legal, ou quando o texto legal não se ajusta perfeitamente à situação fática de modo a permitir facilmente a extração de certo efeito. Estamos diante dos chamados casos difíceis. E a solução apenas poderá

ser encontrada se o jurista fizer aquilo que Dworkin chama de *ascensão justificadora*, ou como pretendem outros autores, se penetrar nos domínios da lógica material ou informal sob o pálio, por exemplo, da tópica e da retórica.

Porém, a insatisfação com a validade dedutiva como método não é apenas divisada quando o jurista se depara com casos difíceis. Na verdade, Atienza tem razão quando faz ver que “a lógica dedutivista só nos fornece critérios de correção formais, mas não se ocupa das questões materiais que, claramente, são relevantes quando se argumenta com contextos que não sejam os das ciências formais (lógica e matemática).” Isso aponta para o fato de que obnubilar aspectos materiais pode conduzir o jurista a argumentar a partir de premissas falsas, conquanto do ponto de vista lógico-formal possa se alcançar uma conclusão que se apresente como correta. E Atienza chama a atenção para que o recurso à lógica dedutiva não permite sequer estabelecer requisitos necessários com relação ao que deve ser um bom argumento, evidenciando que um argumento não lógico – no sentido de não dedutivo – pode ser, contudo, um bom argumento.⁴⁶⁶

Um exemplo permitirá a explicitação desses aspectos: uma corte regional eleitoral do Brasil teve que decidir um caso de aplicação de multa por propaganda eleitoral irregular. O caso pode assim ser resumido: a mulher de um senador, que já havia antes sido prefeita da capital, era candidata ao cargo de governadora do Estado e para evitar os óbices das condições de elegibilidade encontrava-se vinculada a partido político diverso daquele de seu marido. O senador, seu marido, no programa partidário de seu partido veiculado no final do primeiro semestre do ano eleitoral, ressalta as qualidades administrativas de sua esposa comprovadas à frente da gestão da capital e se refere a ela como opção para o Estado pelos próximos quatro anos. A Lei nº 9.504/97 – que estabelece normas gerais para as eleições – dispõe que a propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição (art. 36). A violação sujeitará o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário, à multa no valor de vinte mil a cinquenta mil UFIR ou equivalente ao custo da propaganda, se este for maior, prescreve o § 3º do mesmo artigo. Todos os magistrados não tiveram dúvida quando à prática de propaganda eleitoral irregular pelo senador porque a fita do programa que instruía a representação fazia prova cabalmente da propaganda irregular, porque antes do prazo estabelecido pela lei. Todavia, não houve

⁴⁶⁶ ATIENZA, Manoel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2006, p. 28, passim.

concordância com o voto do relator no ponto em que acolhia igualmente o pedido para aplicar idêntica multa à candidata ao governo do Estado. Os motivos do dissenso residiram na circunstância de que o § 3º do art. 39 exige que a sanção apenas pode ser aplicada ao político-beneficiário da propaganda se estiver comprovado o seu prévio conhecimento. Como não havia prova do conhecimento prévio da candidata, a multa não se avultava devida. O voto vencido argumentava primeiro que a norma vazada no § 3º do art. 36 trazia consigo ínsita a impossibilidade de aplicação da penalidade em relação ao beneficiário, salvo se o próprio viesse ao processo e confessasse que possuía conhecimento prévio da propaganda. Do contrário, muito dificilmente poder-se-ia cogitar de uma hipótese onde se pudesse comprovar o conhecimento prévio do político-beneficiário quando a norma adredemente já o alertara para se subtrair a atos que implicassem o conhecimento prévio da propaganda irregular. Nisso divisou-se uma insinceridade normativa do texto dirigida à punição do beneficiário. Num segundo momento, o voto vencido argumentava que não era crível que a mulher do senador não tivesse conhecimento da propaganda, por ele próprio feita em seu favor. Para tanto, invocava uma regra de experiência comum, segundo a qual, entre marido e mulher não há segredo, ao menos desse tipo. A invocação dessa regra de experiência comum veio lastreada no comando vazado no art. 335 do Código de Processo Civil Brasileiro, segundo o qual “em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”. O voto vencido concluía no sentido de que como não havia normas específicas para dispor sobre como provar o conhecimento prévio do beneficiário, o juiz encontrava-se autorizado a aplicar as regras de experiência comum com base naquilo que ordinariamente acontece. E o que ordinariamente acontece, diz a experiência comum, é que não há segredo entre marido e mulher! O que permitia deduzir o prévio conhecimento, no caso, da beneficiária da propaganda eleitoral irregular.

Primeiramente, impende observar que a invocação ao art. 335 do CPC ocorria, naquele momento, à guisa de satisfazer o imaginário dos juristas brasileiros que se sentem desonerados de justificação quando vislumbram a subsunção do fato a uma norma (texto) ante à não-superação do paradigma positivista, como veremos mais adiante. Na verdade, tem razão Streck quando divisa no dispositivo uma “inequívoca inspiração positivista (permitindo discricionariedade e decisionismos) e sua frontal incompatibilidade com uma leitura

hermenêutica do sistema jurídico, superadora do esquema sujeito-objeto (filosofia da consciência)⁴⁶⁷.

Voltando à contextualização, se sob o império da lógica formal dedutível, partirmos do pressuposto que uma implicação ou uma inferência lógica apenas possa constituir uma argumentação dedutivelmente válida se todas – premissas e conclusão – são verdadeiras, a sujeição do nível de argumentação deduzido no voto vencido deverá de plano ser afastada. Todavia, se admitirmos que há enunciados indeterminados em seu valor de verdade, ou inclusive declaradamente falsos e que a partir desses enunciados pode-se chegar a conclusões que podem ser igualmente verdadeiras ou falsas⁴⁶⁸, a coisa muda de rumo em direção a uma lógica material ou informal. Realmente, um argumento material, não dedutível, pode-se apresentar um bom argumento, como igualmente uma falácia, ou seja, parece válido, mas não é. Realmente é preciso termos consciência de que a experiência jurídica não pode se processar sob o mesmo critério de correção da validade dedutiva da lógica ou da matemática. Em muitos casos, com efeito, o caráter apofântico de muitos enunciados há de ser considerado e a correção do argumento desloca-se, a partir daí, para o domínio da lógica não-dedutiva porque a passagem das premissas à conclusão não é necessária.

Voltando ao exemplo, percebe-se que a corte eleitoral afastou a penalidade porque não divisou a passagem necessária das premissas à conclusão, ou seja, porque entendeu que não restou comprovado o conhecimento prévio. É dizer, o nível de argumentação deduzido no voto vencido foi afastado porque não se divisou correção na validação dedutiva. Contudo, o argumento do voto vencido não possui efetivamente caráter dedutivo e no campo dos argumentos não-dedutíveis a passagem da premissa à conclusão é altamente provável, não necessária, advindo, desde aí, a grande dificuldade com a qual os juristas se deparam nos casos em que não possam argumentar dedutivamente ou, ainda, quando estejam a exigir argumentos para além da dedução silogística. Não foi por outra razão que se acusou o juiz relator de estar decidindo com base em suposição. De fato, a premissa inserida no voto vencido que expressa que não há segredo entre marido e mulher não se encontra inserida numa norma jurídica. Foi retirada a partir de regras de experiência para permitir uma inferência semelhante à própria dos argumentos dedutivos a partir de um juízo de valor e, nesses casos, registra com pertinência Atienza “o

⁴⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas correta em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a, p. 210.

⁴⁶⁸ ATIENZA, 2006, p. 27.

arbítrio judicial desempenha um papel fundamental.”⁴⁶⁹ É exatamente aqui que o problema se acentua e onde encontramos justificativa para esta tese.

Com efeito, o problema reside em como evitar que a decisão judicial seja fruto de uma abdução ou constitua uma “conseqüência inaceitável” produto de uma “redução ao absurdo”, pois o voto vencido no exemplo examinado foi assim considerado quando se afirmou que o relator estava decidindo com base em suposição; já porque não se pode admitir como verdade absoluta – apenas provável – que a candidata teve conhecimento prévio da propaganda; já porque a inserção da premissa segundo a qual não há segredo entre marido e mulher conduz a uma “redução ao absurdo”. Porém, a lição ainda é de Atienza, é preciso ter em mente que “a argumentação jurídica é entimemática”⁴⁷⁰, porque sempre – não apenas nos casos difíceis – estão em causa premissas que são acrescentadas às explicitamente formuladas⁴⁷¹. Essas premissas ocultas ou implícitas precisam, todavia, serem justificadas num processo de reconstrução (interpretação) do próprio direito através da *compreensão*. Daí porque a nossa opção pela hermenêutica de matiz filosófico ao escopo de divisar blindagens ao processo jurídico-decisório. Antes, porém, cumpre registrar a maneira como algumas teorias argumentativas buscam justificar as premissas implícitas naquilo que se tem denominado justificação externa⁴⁷².

⁴⁶⁹ Idem, p. 36.

⁴⁷⁰ Idem, ibidem.

⁴⁷¹ Atienza trabalha o seguinte exemplo extraído de um julgamento da Audiência Provincial de Alicante (n. 477/89) para chamar a atenção para o uso de argumentos não-dedutíveis: *A* e *B* são acusados do delito de tráfico de drogas tipificado no artigo 344 do Código Penal, com a concorrência da circunstância agravante do artigo 344 rep. a) 3º, pois a quantidade de heroína apreendida com eles (mais de 122 gramas de heroína pura) é considerada – de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal – de “notória importância”. A droga tinha sido encontrada pela polícia numa bolsa, escondida no travesseiro de uma cama de casal, situada no quarto de um apartamento onde – quando a polícia entrou para efetuar a verificação – estavam *A* e *B* (um homem e uma mulher respectivamente). Na audiência o advogado de defesa e os acusados, *A* e *B*, sustentaram que, embora os dois últimos vivessem juntos no mesmo apartamento, eles não mantinham mais que uma relação de amizade, dormiam em quartos diferentes e, concretamente, *B* não tinha conhecimento da existência da droga. Em decorrência disso, o advogado de defesa, em suas conclusões definitivas, solicitou a absolvição de *B*. Entretanto a sentença, num dos seus “antecedentes de fato”, considerou “fato provado” que *A* e *B* compartilhavam o quarto referido e que, conseqüentemente, *B* tinha conhecimento e havia participado da atividade de tráfico de drogas, da qual ambos eram acusados. A justificação que aparece é esta: “Os acusados (*A* e *B*) compartilhavam a habitação referida, como prova – apesar de, na audiência, eles terem declarado não serem mais que simples amigos – o testemunho dos policiais que fizeram a verificação e que disseram ser essa a única cama que estava desfeita (a verificação foi realizada às 6 horas da manhã) e em cujo quarto estavam todos os objetos pessoais dos acusados, e o fato de que, em escrito ao juiz de instrução (dirigido enquanto *A* estava cumprindo prisão preventiva), [...] o acusado (*A*) se refere a (*B*) como ‘minha mulher’”. (ATIENZA, op. cit. pp. 32 – 33).

⁴⁷² Atienza refere-se a WRÓBLEWSKI, Jerzy. “Legal decisión and its justification”. In: *Lê raisonnement juridique*; actas del Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social (HUBIEN, H. org.). Bruxelas, 1971, pp. 409 – 419, e “Legal syllogism and rationality of judicial decision”. *Rechtstheorie*, nº 5, 1974, pp. 33 – 46, para evidenciar as duas formas de justificação daí advindas. Segundo ele “Wróblewski chamou ao primeiro tipo de justificação, o que se refere à validade de uma inferência a partir de premissas dadas, *justificação interna* (e a sua terminologia é hoje

Ainda partindo da base empírica apresentada, não é difícil divisar ali recurso à tópica quando se “toma como ponto de partida não um *primum verum*, e sim o verossímil, o sentido comum, e o desenvolve mediante um tecido de silogismo e não mediante longas deduções em cadeia”⁴⁷³ Essa tecitura argumentativa tem ponto de partida em *lugares comuns* ou pontos de vista de aceitação generalizada – a idéia de que entre marido e mulher não há segredo – que aparece operacionalizada funcionalmente como possibilidade de orientação ou fio condutor do pensamento a ensejar uma conclusão possível. É por esse caminho que Theodor Viehweg se conduz para enfrentar o fenômeno jurídico a partir de proposições tópicas.

Viehweg, com efeito, parte da idéia de que um problema seria “toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução.”⁴⁷⁴ Ele prossegue para demonstrar como se desenvolve a argumentação jurídica:

o problema, através de uma reformulação adequada, é trazido para dentro de um conjunto de deduções, obviamente dado, mais ou menos explícito e mais ou menos abrangente, a partir do qual se infere uma resposta. Se a este conjunto de deduções chamamos sistema, então podemos dizer, de um modo mais breve, que, para encontrar uma solução, problema se ordena dentro de um sistema.⁴⁷⁵

Viehweg prossegue afirmando que se na argumentação a relevância recai no sistema, o problema aponta para duas conclusões: ou ele se apresenta solúvel – a partir do dado fornecido pelo sistema – ou ele é insolúvel e teria que ser desprezado. Todavia, quando, ao contrário, a relevância recai no problema de tal sorte que ele próprio possa se apresentar como guia isso não ocorre, pois a compatibilidade pode resultar a partir de um nexos compreensivo ainda que recursivo a outro(s) sistema(s).⁴⁷⁶

A hegemonia do problema implica a perda do primado da norma e do sistema que se vêem reduzidos a pontos de orientação do intérprete igualmente a tantos outros *pontos de*

amplamente aceita). E ao segundo tipo de justificação, o que põe à prova o caráter menos ou mais fundamentado de suas premissas, *justificação externa*... A justificação interna é apenas questão de lógica dedutiva, mas, na justificação externa, é preciso ir além da lógica em sentido estrito...” (ATIENZA, op. cit. p. 40).

⁴⁷³ ATIENZA, op. cit. p. 48.

⁴⁷⁴ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: UNB, 1979, p. 34.

⁴⁷⁵ Idem, ibidem.

⁴⁷⁶ Idem, pp. 34 – 35.

vista pragmáticos de justiça material ou pontos retóricos de partida para a argumentação jurídica como lembra Bonavides⁴⁷⁷ definindo *topoi* a partir do pensamento de Esser⁴⁷⁸.

A função dos *topoi* no âmbito do problema é constituir pontos de vista diretivos, servindo, portanto, de guia para a discussão afastando, com isso, o dedutivismo lógico. Nesse ponto, a tópica de Viehweg pode ser tomada como ponto de partida para as modernas teorias da argumentação jurídica e sua importância, ainda hoje, lembra Atienza, decorre da “necessidade de raciocinar também quando não cabem fundamentações conclusivas, e a necessidade de explorar, no raciocínio jurídico, os aspectos que permanecem ocultos se examinados de uma perspectiva exclusivamente lógica.”⁴⁷⁹

A busca de caminhos argumentativos para o discurso jurídico deságua na contribuição de Perelman.

Perelman constrói sua teoria da argumentação à base de elementos dialéticos ou retóricos enfrentando os raciocínios utilizados por advogados, juízes e políticos, e ao escopo de superar o dedutivismo lógico formal, propugna por conclusões plausíveis amparando-se na circunstância de que os elementos retóricos não comportam provas demonstrativas e não estabelecem verdades evidentes, mas revelam o caráter razoável de uma decisão.

De volta ao dado empírico apresentado, o nível de racionalidade deduzido no voto vencido efetivamente, como já assentamos, não aponta para uma verdade evidente e absoluta, conclama, antes, para a *razoabilidade* ao admitir como premissa que não há, na contextura apresentada, segredo entre marido e mulher. Ora, quando se foge ao campo das verdades evidentes propugnando pela razoabilidade de um argumento, assume total relevância a *persuasão*. De fato, se há prova demonstrativa do argumento, não é preciso esforço retórico para convencer. É o que ocorre, de regra, no âmbito dos raciocínios lógico-dedutivos. Todavia, a tecitura de um argumento razoável demanda a necessidade de convencer, de persuadir. Emerge, desde aí, a idéia básica da teoria da argumentação construída por Perelman que é a referência a um *auditório* definido por ele como “o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com a sua argumentação”⁴⁸⁰. É no auditório que as técnicas de argumentação poderão fluir a partir de uma

⁴⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993b, p. 406.

⁴⁷⁸ ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm, 3., unveränderte Auflage*. Tübingen, 1974, p. 44, *apud* BONAVIDES, 1993, p. 406.

⁴⁷⁹ ATIENZA, op. cit., p. 57.

⁴⁸⁰ PERELMAN, Chaïn e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação. A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 22.

linguagem comum que possibilite a comunicação (*discurso – orador – auditório*), afirma Perelman.⁴⁸¹ Essa comunicação é erigida a partir de um *acordo*, uma *escolha de dados* e a *apresentação de premissas*, elementos que ele destrincha à guisa de expor sua teoria da argumentação.

O âmbito da argumentação é levado a extremos diante do *auditório universal* onde se “deve convencer o leitor do caráter coercitivo das razões fornecidas, de sua evidência, de sua validade intemporal e absoluta, independentemente das contingências locais ou históricas.”. E por isso Perelman, amparando-se em Kant, admite a emergência, sob tal circunstância, uma verdade objetiva, absoluta:

“A verdade”, diz-nos Kant, “repousa no acordo com o objeto e, por conseguinte, com relação a tal objeto, os juízos de qualquer entendimento devem estar de acordo.” Toda crença objetiva pode comunicar-se pois é “válida para a razão de todo homem”. Apenas uma asserção assim pode ser *afirmada*, ou seja, expressa “como um juízo necessariamente válido para todos”.⁴⁸²

Mas Perelman está atento para a circunstância de que o acordo do auditório universal, como situação limite do processo de argumentação, trata-se de uma condição ideal, não de fato experimentalmente comprovado. Por isso, conquanto nesse auditório pretendem ter condição de validade os objetos de acordos relativos ao *real* (*fatos, verdades e presunções*), os objetos de acordo relativo ao *preferível* (*valores, hierarquia e lugares do preferível*) têm validade ampla em auditórios particulares. Para ele, ainda, os valores são passíveis de acordo relativos e não pretendem valer para o auditório universal e a pretensão de universalidade que se lhes imputa resulta unicamente da generalidade deles (*verdadeiro, bem, belo, absoluto...*) de modo que apenas se pode considerá-los válidos para o auditório universal com a condição de não lhes especificar o conteúdo⁴⁸³. E a partir daí, Perelman e Tyteca constroem um refinado quadro de técnicas argumentativas.

Nesta tese, iremos em breve explorar o processo judicial decisório a partir da compreensão, oportunidade em que teremos que questionar a existência de uma (única) resposta certa em Direito. De plano, cumpre desde já indagar se a existência de uma única resposta certa não objetificaria a verdade que se avultaria, assim, um “juízo necessariamente válido para todos” em detrimento de uma hierarquização de valores que conduzisse a *lugares comuns* (tópicos) onde

⁴⁸¹ Idem, p. 17.

⁴⁸² Idem, p. 35.

⁴⁸³ Idem, pp. 35 e 74 – 87, passim.

o seu conteúdo possa ser especificado sob o pálio de uma compreensão que considere os efeitos da história, a tradição, enfim, esteja vinculada à cotidianidade e portanto à vida, fugindo-se, dessa forma, à axiomatização do direito, que não se revela necessária – aliás, já alertava Viehweg⁴⁸⁴ – para captar plenamente a estrutura de toda a argumentação.

Esta parte desta tese – de natureza propedêutica – destinada a alavancar alguns pontos da racionalidade da ciência jurídica, não poderia ser concluída sem que se trouxesse a lume alguns idéias da Teoria do Discurso Racional.

2.4 Racionalidade discursiva ou comunicativa⁴⁸⁵

Alexy está convencido de que “não é a produção de segurança [marca – como vimos – da autosuficiência metodológica apregoada pelo positivismo] o que constitui o caráter racional da Ciência do Direito, mas o cumprimento de uma série de condições, critérios ou regras...”⁴⁸⁶, que transformariam o discurso jurídico em um caso especial do discurso prático geral, sob o influxo decisivo da Teoria do Discurso de Habermas.

A busca por um consenso justificado, garantido e fundado que permitisse a melhor resposta para as questões morais práticas a partir de uma racionalidade motivada é o caminho trilhado por Habermas e seguido por Alexy.

Para Habermas o direito deve ser justificado a partir de uma moral pós-convencional de pretensão universalista, onde todos sejam incluídos de modo a construir uma dimensão deôntica do *dever ser* não-imposta, mas construída pelo procedimento. É evidente que

⁴⁸⁴ VIEHWEG, op. cit., pp. 84 – 85.

⁴⁸⁵ Streck tem insistido constantemente que na busca de soluções para os problemas metodológicos do direito não se pode “mixar” teorias (STRECK, Lenio Luiz. “Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto”. In: STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luís (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, n. 4. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 113). Optamos, não obstante, por trazer a lume, sob um mesmo tópico, aquilo que recortamos do pensamento de Habermas e de Alexy no que interessa às premissas de validação desta tese. Estamos convencidos de que não estamos incorrendo na mixagem teórica tão repelida pelo mestre gaúcho, na exata medida em que há completa imbricação genésica quanto às causas e condições necessárias para o desenvolvimento do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral. E são exatamente essas causas genésicas que nos interessam, pois a pretensão de validade universal que elas apresentam numa e noutra teoria, de regra não se validam quando sofrem o influxo decisivo da realidade social dos países periféricos.

⁴⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2005, p. 279.

a tese procedimentalista por ele sustentada distancia-se de nosso propósito que não será outro senão legitimar o processo decisório não pelo procedimento, mas pelo desvelamento do direito a partir da tradição, dos efeitos da consciência histórica, da cotidianidade, portanto, de cunho substancialista.

Estamos convencidos que em decorrência da mesma razão pela qual a única resposta certa dworkiana não se ajusta ao processo decisório de Estados periféricos, em face de ausência de homogeneidade, o que conduz à descontextualização da situação hermenêutica – como veremos adiante –, o procedimentalismo habermasiano não se avulta o caminho para permitir o acontecimento da verdade ensejando o desvelamento do direito na situação hermenêutica, ainda que a verdade para Habermas seja construída consensualmente e não como uma correspondência necessária entre os fatos e os enunciados.

Deveras, a ética em Habermas é formal. Decorre de como devemos discutir para poder fazer⁴⁸⁷. É assim que, para ele, resulta formulado o Princípio da ética do discurso(D):

uma norma só deve pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto *participantes de um Discurso prático*, a um acordo quanto à validade dessa norma.⁴⁸⁸

Mas, ainda como pressuposto procedimental de validade do discurso, Habermas admite que ele deve se erigir a partir de um consenso de todos. E assim concebe o Princípio da Universalização (U) afirmando que:

toda norma válida deve satisfazer a condição [de] que as conseqüências e efeitos colaterais, que (previsivelmente) resultem para a satisfação dos interesses de *cada* um dos indivíduos do fato de ser ela *universalmente* seguida, possam ser aceitos por *todos* os concernidos (e preferidos a todas as conseqüências das possibilidades alternativas e conhecidas de regragem).⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ Segundo Habermas “A ética do Discurso não dá nenhuma orientação conteudística, mas sim, um *procedimento* rico de pressupostos, que deve garantir a imparcialidade da formação do juízo. O discurso prático é um processo, não para a produção de normas justificadas, mas para o exame da validade de normas consideradas hipoteticamente. É só com esse proceduralismo que a ética do Discurso se distingue de *outras* éticas cognitivistas, universalistas e formalistas...” (HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 148 – 149).

⁴⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. “Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso.” In: *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 86.

⁴⁸⁹ Idem, *ibidem*.

A opção moral, nessa conformidade, deriva do convencimento, avultando-se, portanto, racional. E o direito apenas se legitima a partir dessa racionalidade comunicativa do discurso. Por isso ele proclama:

Só é imparcial o ponto de vista a partir do qual são passíveis de universalização exatamente aquelas normas que, por encarnarem manifestamente um interesse comum a todos os concernidos, podem contar com o assentimento universal – e, nessa medida, merecem reconhecimento intersubjetivo. A formação imparcial do juízo exprime-se, por conseguinte, em um princípio que força *cada um*, no círculo dos concernidos, a adotar, quando da ponderação dos interesses, a perspectiva de *todos os outros*.⁴⁹⁰

O *agir comunicativo* avulta-se orientado para o entendimento mútuo. Ele ocorre, registra Habermas⁴⁹¹, “quando os atores tratam de harmonizar inteiramente seus planos de ação e de só perseguir suas respectivas metas sob a condição de um *acordo* existente ou a se negociar sobre a situação e as conseqüências esperadas.” Difere, portanto, do *agir estratégico*, vale dizer, “os autores estão exclusivamente orientados para o *sucesso*, isto é, para as conseqüências do seu agir, eles tentam alcançar os objetivos de sua ação influenciando externamente por meio de armas ou bens, ameaças ou seduções, sobre a definição da situação ou sobre as decisões ou motivos de seus adversários”⁴⁹². Habermas está convencido de que as ações sociais

⁴⁹⁰ Idem, *ibidem*.

⁴⁹¹ Idem, pp. 164 – 165, *passim*.

⁴⁹² O exercício da jurisdição, não raro, tem sido divisado como uma via para canalizar o *agir estratégico* da Administração e do próprio Governo. Há casos, quando determinada política pública encontra-se fadada ao insucesso, o conserto é adremente jogado nas mãos de um juiz a fim de que tome decisões impopulares, que não redem ou implicam perda de votos. Assim ocorreu, por exemplo, em algumas das grandes capitais brasileiras, quando a proibição do transporte alternativo (perueiros), nitidamente um questão afeta às políticas públicas locais, foi canalizada para o Judiciário, permitindo que os agentes do Executivo pudessem se dirigir à mídia e afirmar perante a comunidade: “Estamos apenas cumprindo a decisão judicial”. Um outro exemplo interessante ocorreu em Belo Horizonte quando o movimento estudantil concitava os alunos da UFMG para deflagrarem manifestação no dia e hora em que o Conselho Universitário se reuniria para decidir questões afetas às políticas públicas de ensino, sobretudo em face do debate sobre o Programa de Apoio ao Plano de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais – REUNI, lançado pelo Governo Federal, que tem o objetivo de expandir, de forma significativa, as vagas para estudantes de graduação no sistema federal de ensino superior. A UFMG temia a invasão de suas dependências a fim de impedir a realização da reunião do Conselho, tal qual já havia ocorrido em São Paulo. A blindagem para se distanciar dos estudantes foi recorrer ao Judiciário para obter uma liminar a fim de frustrar a movimentação estudantil com a autorização da força policial para tanto. A decisão do Juízo Federal da 17ª Vara de Belo Horizonte, ao indeferir a liminar registra: “Não pode, portanto, este Juízo, sob tal contextura, impedir o livre exercício do direito de resistência, que, sem dúvida, faz parte do jogo democrático. O que deve acontecer – isso sim – é a criação de espaço público dialógico, devendo o Reitor da UFMG e os demais integrantes do Conselho Universitário descerem de seus gabinetes e irem até os estudantes para escutá-los, dialogar, ainda que com suas bandeiras reivindicatórias não concordem, mas devem fazê-las levar às autoridades centrais do Ensino. Se souberem agir criando o espaço adequado e untado de *sinceridade*, *verdade* e *retidão*, os problemas que alvitram na inicial não ocorrerão. É preciso realmente perceber que vivemos num Estado Democrático!” (Processo nº 2007.38.00.033653-0, decisão proferida pelo Juiz Federal Carlos Alberto Simões de Tomaz, consulta *in loco*). O agir estratégico fica devidamente

comprovado quando, não obtida a liminar, requereu-se a desistência do processo. Situação idêntica ocorreu quando o INSS requereu proteção possessória para interditar a invasão de suas unidades em Belo Horizonte que estaria sendo orquestrada por servidores grevistas, sob o comando de entidades sindicais. A decisão do Juízo Federal da 17ª Vara de Belo Horizonte entendeu que havia falta de compatibilidade do pedido com o ordenamento jurídico pelo que declarou extinto, de plano, o processo (CPC: art. 267, I). Vale conferir o seguinte excerto: “2. A questão não se resolve tão simplesmente, como se pretende, com uma liminar para colocar a força policial federal e militar para obstruir a atuação do movimento grevista. 3. Com efeito, anoto, primeiramente, que o STJ não declarou, ainda, a greve ilegal. Concedeu liminar para suspender o movimento grevista em todo território nacional porque divisou que a etapa de negociação que importaria diversas possibilidades de acerto entre as partes em cumprimento ao comando emergente do art. 3º da Lei 7.783/89 – aplicado, na hipótese, em decorrência do entendimento esposado pela Suprema Corte (MI 670/ES) – ainda não teriam sido deflagrados (fls. 38). Nessa decisão, aquela Corte fixou pesada multa diária pelo descumprimento em desfavor da Federação, ora também requerida. E o fez ao escopo ali declarado de assegurar a continuidade do serviço público. 4. Ora, se mesmo assim, quero dizer, se mesmo ante a extensão do provimento cautelar concedido pelo STJ, o movimento grevista prossegue e se há ameaças de invasão de prédios do INSS, não há dúvida que cabe, agora, ao INSS promover o cumprimento da decisão do STJ e promover a defesa de seu patrimônio se efetivamente estiver em risco, o que se fará com o auxílio da polícia federal para ensejar o cumprimento da ordem do STJ, devendo o INSS postular pedido perante o relator da ação que ele próprio ajuizou, que sem dúvida bem saberá tomar as medidas comportadas para fazer sua ordem ser cumprida. 5. Agora, comparecer o INSS perante este Juízo para postular provimento com o fito de interditar o movimento grevista com ordem deste Juízo para ensejar a atuação das Polícias Federal e Militar é pedido que não se avulta adequado com o ordenamento jurídico por dois motivos: 1º) O INSS já escolheu o juízo em que pretende que a questão relativa à greve seja resolvida: o STJ, que inclusive já concedeu provimento para suspendê-la. Significa dizer, desde aí, que é perante o STJ, mais propriamente perante o ilustre Ministro Relator que deve demandar providências para o cumprimento da decisão judicial; 2º) E aqui vai a posição deste Juízo, já antes vinda à público em relação a situação semelhante ocorrida na UFMG, e que passo a partir de agora a expendê-la como reforço em fundamento desta decisão e que diz respeito ao legítimo exercício de direito de resistência. 6. Com efeito, pelo exercício de direito de resistência assegura-se aos cidadãos legitimamente resistirem contra situações injustas causadas pelo Estado. No sistema constitucional brasileiro – é sabido – o direito de resistência não se encontra vazado expressamente em dispositivo constitucional. Todavia, constitui direito decorrente de princípio, no caso, o princípio democrático, que integra o patrimônio jurídico-moral dos brasileiros, ou daqueles que aqui residam, de conformidade com o art 5º, § 2º, da Constituição. 7. Assim, se a Constituição proclama que o Brasil constitui Estado Democrático de Direito (art. 1º), significa que, é direito decorrente do princípio democrático o direito de resistência. O problema situa-se, portanto, em precisar os limites desse exercício para que não descaiba para a desobediência civil, o que não obstante seja difícil, não é impossível. 8. Ora, os elementos coligidos ao processo apenas retratam o espetáculo midiático em torno da greve dos servidores do INSS, assegurando, os meios de comunicação, que a greve continua e que as unidades serão paralisadas – o que supõe o INSS mediante piquetes *violentos* com interdição de prédios públicos. Nem mais, nem menos. 9. Não pode, portanto, este Juízo, sob tal contextura, impedir o livre exercício de direito de resistência, que, sem dúvida, faz parte do jogo democrático. O que deve acontecer – isso sim – é a criação de espaço público dialógico, devendo os dirigentes do INSS se apressar a abrir os canais de negociação. É isso, aliás, que preconiza a decisão do STJ. Agora, a postura contrária para se valer do Poder Judiciário e da atuação policial para resolver o problema, digamos, na base do *cacetete* não se coaduna com o comportamento de autoridades que o Estado Democrático está a exigir. Os dirigentes do INSS devem, isso sim, descer de seus gabinetes e irem até seus servidores para escutá-los, dialogar, ainda que com as bandeiras reivindicatórias não concordem. Se souberem agir criando o espaço público adequado e untado de *sinceridade, verdade e retidão*, os problemas que alvitram na inicial não ocorrerão. É preciso realmente perceber que vivemos num Estado Democrático! 10. Este Juízo, reste claro, enfim, não olvida que haja limites ao legítimo exercício de direito de resistência. Da mesma sorte que o serviço público não admite solução de continuidade – e isso se constitui um limite ao exercício do direito de greve – o exercício do direito de resistência comporta limites que são inerentes ao exercício do próprio direito específico, no caso o de greve. Isso significa dizer que as entidades sindicais responsáveis devem estar atentas para que uma quantidade mínima de servidores devem trabalhar se e quando estiver em causa serviço público essencial. E uma futura decisão do Ministro Relator seria muito agradável [à base de ponderação principiológica. Sim, porque estão em colisão dois princípios, a saber: o *princípio democrático* que assegura o direito de resistência do qual o direito de greve é uma modalidade e o *princípio da continuidade do serviço público* (essencial?!?!)] se viesse à contextura sob a instigação do INSS. Mas parece que ninguém quer nada senão usar da força. Isso este Juízo não fará, porque, na situação, tal qual narrada, se mostra completamente incompatível com o princípio democrático, que assegura a todos,

podem mesmo se distinguir segundo seus agentes optem por um ou outro caminho. Nas suas palavras:

Al definir la acción estratégica y la acción comunicativa como dos tipos de acción distintos, parto del supuesto de que las acciones concretas se pueden clasificar según estos dos puntos de vista. Cuando hablo de <<estratégico>> y de <<comunicativo>> no solamente pretendo designar dos aspectos analíticos bajo los que *una misma* acción pudiera describirse como un proceso de recíproca influencia por parte de oponentes que actúan estratégicamente, de un lado, y como proceso de entendimiento entre miembros de un mismo mundo de la vida, de otro. Sino que son las acciones sociales concretas las que pueden distinguirse según que los participantes adopten, o bien una actitud orientada al éxito, o bien una actitud orientada al entendimiento; debiendo estas actitudes, en las circunstancias apropiadas, poder ser identificadas a base del saber intuitivo de los participantes mismos.⁴⁹³

A moralidade jurídica material e reflexiva sob o influxo de um discurso racional serviu de veio condutor do voto proferido em decisão na qual a Corte Federal da 1ª Região invalidou a nomeação pelo Secretário Geral do Presidente da República da filha de Presidente da República para o cargo de Secretária Adjunta divisando no ato, um agir estratégico voltado para satisfação de interesses particulares.⁴⁹⁴

como direito decorrente, o direito de legitimamente resistir. Isso significa dizer, é forçoso reconhecer, que não será uma decisão judicial, ainda que da Suprema Corte, que possa ilaquear o direito de greve, mas, é preciso igualmente ter consciência, os excessos deverão ser punidos. E isso o STJ saberá fazer e tomar todas as medidas para o fiel cumprimento de sua decisão, quando a ele o descumprimento for levado. Que o tome acertadamente...” (Processo nº 2009.38.00.016299-8, sentença proferida pelo Juiz Federal Carlos Alberto Simões de Tomaz, consulta *in loco*). O agir adredemente estratégico para se furta a um agir comunicativo mediante o recurso à blindagem pela via judicial restou estampadamente demonstrado, pois o INSS não recorreu da decisão.

⁴⁹³ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, vol. 1, Madrid: Taurus Humanidades, 1999, pp. 367 – 368.

⁴⁹⁴ Do voto condutor do acórdão – cuja ementa já se encontra transcrita nesta tese (vide nota nº 336) colhe-se o seguinte excerto: “...o direito moderno perdeu efetivamente a fundamentação moral de caráter religiosa ou sacra para admitir numa nova dimensão a conclamação por uma fundamentação moral jurídica. Impende, a partir daí, precisar em que consiste essa hodierna fundamentação moral jurídica que impregna o direito moderno. Para tanto, retomo, porque absolutamente pertinente, a lição de Niklas Luhmann (*Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, v. I, pp. 45-66) para quem o direito moderno deve ser compreendido como controle das expectativas sociais normativas. O que o sempre lembrado sociólogo do direito, de origem alemã, quer dizer com isso é que a sociedade moderna é caracterizada por uma complexidade de expectativas orientadas para satisfação de interesses. Quanto mais complexa é a sociedade, mais complexas são as expectativas de seus membros, cabendo ao direito condensar tais expectativas de modo a afastar a sua frustração, donde advém a função de controle da ciência jurídica. Significa dizer, voltando para atual situação do Estado brasileiro, que constitui uma expectativa normativa do povo brasileiro a de que seus agentes públicos atuem no campo da moralidade. A Constituição de 1988 condensou essa expectativa, primeiro de natureza cognitiva, porque, sem dúvida, ela é da maior parte dos brasileiros, que almejam que assim seus agentes atuem, e a transformou numa expectativa normativa, quando no seu art. 37 estabelece que a Administração Pública deve atuar dentro do campo da moral. E assim o fez, revelando a função controladora do direito para inibir a frustração dessa expectativa. Se assim é, caberá ao Poder Judiciário, diante de

Porém, já assentamos que igualmente aos demais agentes do Legislativo ou do Executivo, os juízes estão afetos a juízos oportunistas de valor e, por isso, uma decisão judicial pode se revelar um agir ocultamente estratégico voltado para satisfação de interesses os mais variados. Isso significa dizer que a correção do discurso como critério de legitimação e validação do direito, somente ela, não se avulta suficiente conclamando por algo mais.

De qualquer modo, no agir comunicativo há, uma postura pragmática sob o uso da linguagem e voltada para a busca do consenso, onde o agir dos atores deve ser validado por três níveis de correção: *sinceridade, verdade e retidão*. O consenso daí advindo repousa em um horizonte no âmbito do qual os agentes se movimentam e que é pano de fundo da ação comunicativa: o *mundo da vida* construído de certezas partilhadas⁴⁹⁵ e enseja as condições ideais para o desenvolvimento do *espaço público* onde devem se desenrolar e se legitimar as relações

caso em concreto, estabelecer mecanismo para remediar a expectativa normativa frustrada, o que significa dizer, trazer para o campo da moralidade o agente que se desviou, e evitar, com isso, que o código binário do direito (lícito/ilícito) seja bloqueado por códigos binários de outros sistemas sociais, como a política (poder/não-poder) ou a economia (ter/não-ter). Com efeito, a moralidade foi alçada na Carta no âmbito da função controladora exercida pelo Direito como um princípio, portanto com muito maior densidade do que as regras, porque aquele serve de paradigma, de orientação, para a aplicação dessas. Como um princípio, a moralidade na Constituição de 1988 é, portanto, racional, material e reflexiva. Significa dizer que, a partir da positivação, as ações dos agentes do Estado devem subordinar-se ao consenso político da sociedade vazado na Carta, exigindo que a autoridade ao agir, sob a perspectiva do princípio, retoma a satisfação da vontade da coletividade que o elegeu para satisfação de uma expectativa. Daí a flexibilidade do princípio que há, necessariamente, de adquirir contorno material e não apenas restar paralisado na forma expressa na Carta. Isso exige, sem dúvida, da parte dos agentes do Estado uma ação comunicativa voltada para um agir instrumental, nos atos de fala, de pretensão, de agir e de validade direcionados para a satisfação do princípio que expressa, em última análise, o interesse social comum, como sustenta Habermas (*Teoria de la acción comunicativa*, tomo I, Madrid, 1987, pp. 351-369; *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro, 1989, pp. 164-172). Não pode é o agir dos agentes se tornar estratégico, seja abertamente estratégico, seja ocultamente estratégico, quando não orientado para o entendimento, o acordo, o consenso, que gerou a condensação da expectativa normativa, voltar-se para a satisfação de interesses pessoais bloqueadores dos níveis de validade de correção: sinceridade, verdade e retidão. Insta quadrar, nessa conformidade, que a conduta de um agente público brasileiro, Secretário Geral do Presidente da República, que nomeia a filha do próprio Presidente da República para o cargo de Secretário Adjunto da Presidência da República, revela um agir no âmbito do sistema político bloqueador dos níveis de validade (sinceridade, verdade e retidão) da expectativa de conduta alçada no consenso normativo vazado no art. 37 da Carta. De fato, não é o Presidente que está formalmente nomeando sua filha, todavia, a filha do Presidente é nomeada Adjunta da Secretária Geral da Presidência e, obviamente, prestará assessoria a seu pai adjuntamente com o Secretário Geral. Evidencia-se, a todo modo, a conduta estratégica, já que agride abertamente a moralidade o Presidente da República nomear sua própria filha Secretária Geral da Presidência e, portanto, busca-se disfarçadamente, isto é, sob o pálio de um agir estratégico oculto desprovido dos níveis de validade de correção (sinceridade, verdade e retidão), nomeá-la de forma oblíqua sob o manto da condição de Secretário Adjunto. A moralidade jurídica assim concebida implica uma correspondência da proposição normativa com a realidade, ou seja, com o consenso no qual deve se lastrear todo o agir comunicativo da parte dos agentes públicos, na hipótese destes autos, flagrantemente violada porque o consenso plasmado na vontade coletiva do povo brasileiro não admite mais tais condutas e, com isso, válida e legítima a moralidade jurídica tal qual vazada no art. 37 da Carta...” (AC 1999.38.00.040000-7/DF, rel. Juiz Federal Carlos Alberto Simões de Tomaz (conv.), DJ2, de 03/03/2005).

⁴⁹⁵ HABERMAS, 2003, pp. 165 – 172, passim.

entre o Estado, o Direito e a Sociedade, tudo, naturalmente, sob o influxo de pactos semânticos edificadores de emancipação.

Assim, a construção de um modelo normativo dirigido à busca de um consenso e alçado no mundo da vida sob a racionalidade da dimensão reflexiva daquilo que é dito no plano da ação – o discurso, revela o agir comunicativo como um ideal regulativo, uma normatividade ideal e contra-fática na medida em que, se a racionalidade estratégica entra no discurso mediante bloqueio a um dos níveis de correção, quebra-se a racionalidade discursiva que, na verdade, às vezes é aparente quando solapadas as condições ideais de fala por manipulação de um agir abertamente estratégico ou ocultamente estratégico – que conduz a um engano consciente quando não demonstrada a intenção de conseguir o resultado, portanto, insincero. E isso, diga-se de passagem, é tão comum nos estados da modernidade periférica onde o Estado Democrático de Direito ainda não se encontra sedimentado e a colonização do mundo da vida sob o influxo de abordagens adrede voltadas para satisfação de interesses ideológicos os mais variados – de regra neo-capitalistas liberais, corporativos, midiáticos, entre outros –, solapam o espaço público e deformam o agir comunicativo, desembocado, como já registramos, na legitimação e racionalidade da jurisdição.

Recentemente, uma decisão judicial proibiu a importação e comercialização de certos jogos eletrônicos considerados violentos em defesa da tutela constitucional das crianças e adolescentes⁴⁹⁶. Nesse caso, os interesses neo-capitalistas liberais sob o influxo dos efeitos da midiaticização tredestinaram a constituição de uma legítima arena para alojar o debate acerca dos limites da jurisdição diante da autonomia da vontade e solaparam a racionalidade quando guiaram o discurso questões como: será que foi o diploma de bacharel em direito que qualificou este magistrado a proibir o jogo? como gritou um internauta; ou não estaria evidenciada uma imissão indevida no poder de família como divisou certa educadora em programa televisivo onde alardeava que não poderia permitir que juiz algum dissesse como ela deveria educar seu filho, ou ainda do tipo: este magistrado não vale o salário que pagamos!, tal qual assistimos nos noticiários na época. A atuação da mídia no desenvolvimento do processo jurídico-decisório no Estado Democrático está a merecer um estudo sério. Uma coisa, porém, não podemos deixar de registrar:

⁴⁹⁶ Ação Civil Pública nº 2002.38.00.046529-6, Juízo Federal da 17ª Vara Federal de Belo Horizonte/MG. Consulta *in loco*.

a manietação do discurso sob o influxo dos mais variados efeitos midiáticos. E isso expõe a fragilidade do consenso.

Alexy, na esteira de Habermas, também entende que a correção de um enunciado normativo decorre do procedimento. A partir daí, ele constrói uma refinada teoria da argumentação estabelecendo regras, formas e critérios para o discurso jurídico concebido, como já assentamos, como um caso especial do discurso prático geral. Isso significa dizer que o discurso jurídico se fundamenta, como assenta Alexy⁴⁹⁷, (1) na referência das discussões jurídicas a questões práticas, isto é, a questões sobre o que pode ser feito ou omitido, e (2) na discussão dessas questões sob o prisma da pretensão de correção. Trata-se de um caso especial, porque a discussão jurídica (3) se faz sob condições de limitações [as regras, formas e critérios que ele apresenta]. Essas regras básicas de racionalidade são trabalhadas em um espaço onde se divisam as condições ideais de fala preconizadas por Habermas, o que se pode perceber quando Alexy assevera que: a) quem pode falar, pode tomar parte no discurso; b) todos podem problematizar qualquer asserção; c) todos podem introduzir qualquer asserção; d) todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades; e) a nenhum falante se pode impedir de exercer esses direitos, mediante coerção interna e externa ao discurso⁴⁹⁸.

O discurso erigido sob condições que tais se encontra fundamentado numa regra geral intitulada por Alexy como a “regra geral de fundamentação” segundo a qual “Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação.”⁴⁹⁹

E sob tal contextura Alexy estabelece um divisor entre um argumento correto e um jogo de linguagem:

Quem fundamenta algo pretende, ao menos no que se refere a um processo de fundamentação, aceitar o outro como parte na fundamentação, com os mesmos direitos, e não exercer coerção nem se apoiar na coerção exercida por outros. Também pretende assegurar sua asserção não só perante seu interlocutor, mas perante qualquer um. Os jogos de linguagem, que não pretendam cumprir pelo menos esta exigência, não podem considerar-se fundamentação.⁵⁰⁰

⁴⁹⁷ ALEXY, 2005, p. 210 – 211.

⁴⁹⁸ Idem, p. 195.

⁴⁹⁹ Idem, p. 194.

⁵⁰⁰ Idem, ibidem.

Por esse caminho, ou seja, ponderando que a correção de um argumento repousa na fundamentação, Alexy eleva o discurso racionalmente fundamentado a um nível além dos *jogos de linguagem*, ou seja, o discurso não seria apenas um elemento presente na socialização do homem sob múltiplas variedades descritas pela linguagem⁵⁰¹, mas algo que se sustenta numa fundamentação racional.

A exigência de fundamentação conduz, portanto, à correção do discurso. A decisão judicial, como enunciado jurídico ditado em uma sentença, afirma Alexy⁵⁰², vincula-se a essa pretensão de correção quando ligada a uma fundamentação⁵⁰³. Não obstante, Alexy está atento à hodierna práxis jurídica dos tribunais onde, de maneira não esporádica, costuma-se verbalizar qualquer coisa sobre qualquer coisa e, por isso, registra que “há razões para dizer que a falta de pretensão de correção de uma decisão não a priva necessariamente do seu caráter de decisão judicial válida, mas a torna defeituosa em um sentido relevante não só moralmente”. Por outro lado, a pretensão de correção do discurso jurídico, sob condições ideais, não se encontra elidida pela ação estratégica dos agentes no processo judicial, pois “as partes e seus advogados formulam com suas intervenções uma pretensão de correção ainda que só persigam interesses subjetivos (...) e os argumentos deduzidos no tribunal são comumente recolhidos na

⁵⁰¹ *Jogos de linguagem* na concepção de Wittgenstein. Ver WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Petrópolis (RJ): Vozes, 1994, pp. 18 – 19 e 54 -55, sobretudo.

⁵⁰² ALEXY, 2005, p. 212.

⁵⁰³ A pretensão de fundamentar uma proposição por meio de outra preposição lembra Atienza, citando Alexy, torna possível dizer que uma teoria do procedimento como a do discurso racional, oferece uma solução para o chamado *dilema de Münchhausen*. “Nesse caso, a situação que enfrentamos é que, ou nos vemos próximos de um retorno ao infinito, ou então, num determinado momento, é preciso renunciar a fundamentar, e a fundamentação é substituída por uma decisão [interrupção dogmática do processo de fundamentação ao estilo norma fundamental nas versões de Kelsen, Ross e Hart conforme aqui já expusemos] ou se torna circular: os princípios últimos se fundamentam a partir dos considerados derivados [fórmula adotada por Luhmann para quem a validade do direito se assegura mediante a integração recursiva das operações à rede. É condição de tempo. É presente. “*Cualquier fundamentación normativa de la validez se perdería en un regreso al infinito; o dicho de otro modo: tendría que presuponerse a sí mismo, tendría que presuponer su propio etcétera.*” (LUHMANN, 2002, p. 166). Num outro momento, Luhmann lembra que “a textualização gera a ilusão da norma ser-em-si-e-por-si (*An-und-für-sich-Siens*), mas oculta em sua origem a constituição circular. As normas tornam as decisões possíveis porque as decisões tornam as normas possíveis.” (LUHMANN, 2004, p. 37)]. A saída para o problema consistiria em estabelecer exigências da atividade de fundamentação, isto é, regras da discussão racional, cujo cumprimento garanta que o resultado – a norma particular ou a asserção que se pretende fundamentar – seja racional. Mas o fato de o resultado ser racional (...) não significa que ele seja absolutamente correto.” (ATIENZA, op. cit., pp. 164 – 165). Se considerarmos a regressão ao infinito, como divisada por Luhmann, entre outros, como uma opção [ineficaz] ao problema da fundamentação das ciências lógico-dedutivas, teremos que admitir que se trata de um *trilema* e não de um *dilema*. É assim que Hans Albert prefere nomear (HANS, Albert. *Tratado da razão crítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976, pp. 24 – 28). Essa opção, todavia, não tem sido levada em consideração porque não conduz a lugar algum. Redunda, como se diz usualmente, em “por água em saco furado”, numa referência popular ao “tonel das danaides” (*danaidum dolium*) da mitologia grega: as danaides, cinquenta filhas de Dânaos, Rei de Argos, foram condenadas pela morte coletiva de seus maridos. A engenhosa justiça dos deuses condenou-as a encherem um tonel sem fundo por toda eternidade.

fundamentação judicial; e torna-se difícil duvidar que ela se situe conforme a pretensão jurídica”. Ora, se a pretensão de validade do discurso não deixa de existir quando se faz uso de juízos oportunistas de valores, o que acontece quando quem fundamenta o faz para satisfazer interesses subjetivos, o processo judicial se veria reduzido, por esse caminho, a uma ação estratégica, o que, mesmo assim, não excluiria, segundo Alexy, a sua compreensão com referência a um conceito de discurso⁵⁰⁴, porque as regras e critérios fornecidos pela teoria da argumentação limitariam o possível e impossível discursivamente.

Os traços fundamentais da argumentação jurídica construída por Alexy são por ele agrupados – seguindo a linha do pensamento de Wróblewski⁵⁰⁵ como ele mesmo registra – em dois tipos de justificação. A justificação interna (*internal justification*) e justificação externa (*external justification*). Na primeira, verifica-se se a decisão segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação; na segunda, verifica-se a correção dessas premissas, ou seja, na *justificação interna* são discutidos os problemas afetos ao silogismo jurídico sob o balizamento da lógica e a *justificação externa* se ocupa da fundamentação das premissas usadas na justificação interna, que podem ser agrupadas em três tipos: 1) regras de direito positivo; 2) enunciados empíricos; e 3) premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo⁵⁰⁶. E Alexy prossegue assentando as formas de fundamentação de cada grupo de premissa para, logo em seguida, destrinchá-las no curso de sua teoria. Nas suas palavras:

A fundamentação de uma regra de direito positivo consiste em mostrar sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico. Na fundamentação de premissas empíricas pode recorrer-se a uma escala completa de formas de proceder que vão desde os métodos das ciências empíricas, passando pelas máximas da presunção racional, até as regras de ônus da prova no processo. Finalmente, para a fundamentação das premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo aplica-se o que se pode designar de “argumentação jurídica”.⁵⁰⁷

Sob tal contextura, o que justifica, portanto, uma decisão judicial, é a obediência a um procedimento e sua correção decorre da fundamentação, pois as regras e as formas do discurso jurídico constituem o critério de correção⁵⁰⁸. Isso abriria a possibilidade de

⁵⁰⁴ ALEXY, 2005, pp. 212 – 216, passim.

⁵⁰⁵ WRÓBLEWSKI, 1971, p. 412 ss; 1974, p. 39 ss, *apud* Alexy, 2005, pp. 217 – 218. Conferir, aqui, nota nº 472, quando ATIENZA também se refere ao pensamento de Wróblewski.

⁵⁰⁶ ALEXY, 2005, pp. 217, 218 e 226, passim.

⁵⁰⁷ *Idem*, p. 226.

⁵⁰⁸ *Idem*, p. 280.

várias respostas certas para a mesma questão desde que sejam igualmente justificadas pela teoria do discurso racional. Não se pode é decidir irracionalmente. É o que sustenta, em suma, Alexy.

Com efeito, para Alexy, quem defende a existência de uma única resposta correta independentemente de haver um procedimento para encontrá-la e provar sua correção, separa o conceito de correção dos conceitos de fundamentabilidade e de possibilidade de prova, gerando um conceito *absoluto* de correção que tem um caráter *não-procedimental*. E, conquanto afirme de que “a única resposta correta é a finalidade a que se deva aspirar”, está igualmente convencido de que “como idéia reguladora, o conceito de correção não pressupõe que exista para cada questão prática uma resposta correta que deve ser descoberta (...) os participantes de um discurso prático, independentemente de haver uma única resposta correta, devem formular a pretensão de que sua resposta é a única correta.”⁵⁰⁹

A necessidade de se recorrer aos critérios prescritos pela teoria da argumentação jurídica racional se avulta quando se percebe que “as normas jurídicas surgidas do processo da legislação não solucionam todos os problemas. Tem-se evidenciado numerosas vezes que de maneira nenhuma determinam de forma completa a decisão jurídica”, afirma Alexy, o que decorreria, segundo ele, de quatro razões: 1) a vagueza da linguagem do Direito; 2) a possibilidade de conflitos normativos; 3) a possibilidade de casos que exigem uma regulação jurídica inexistente nas normas vigentes; e 4) a possibilidade de se decidir em casos especiais contra a literalidade da norma.⁵¹⁰

A partir daí, Alexy se mostra convencido de que para se suprir a indeterminação do direito, o caminho é o recurso às regras especiais da argumentação jurídica, o que limitaria a área do possível discursivamente no âmbito da incerteza deixada pelas normas jurídicas⁵¹¹. E por isso, a missão da moderna dogmática jurídica seria “a institucionalização estável do discurso prático sob a condição de existência de um ordenamento jurídico”⁵¹².

É preciso ter em mente, todavia, que o consenso a partir de uma racionalidade moral discursiva no âmbito de um processo judicial dialógico e estratégico, pode se validar empiricamente, de modo amplo, em Estados onde o nível de mediatização do meta-código “inclusão/exclusão” encontra-se bem adequado, dizendo de outro modo, o Estado Democrático

⁵⁰⁹ Idem, pp. 299 – 300, passim.

⁵¹⁰ Idem, p. 275.

⁵¹¹ Idem, ibidem.

⁵¹² Idem, p. 277.

de Direito encontra-se sedimentado ensejando o que se pode chamar de contextualização homogênea.

Nos Estados da modernidade periférica onde as desigualdades assolam, como o caso do Brasil, não se pode falar, de regra, de uma racionalidade moral discursiva; já porque os concernidos não são iguais; já porque, sob tal contextura, muito dificilmente se pode erigir consenso exatamente porque os efeitos da norma justificam, como estamos convencidos, condições de possibilidades outras que não aquelas produto do consenso, porque não raro esse encontra-se viciado sob a influência do bloqueio dos códigos de atuação da economia (ter/não-ter) e da política (poder/não-poder). Nesse espaço, o agir comunicativo não se processa sob o manto dos níveis de validade de correção (sinceridade, verdade e correção). Ocorre, contrariamente, um agir estratégico voltado para satisfação de interesses.

É dizer: o modelo consensualista parece prestar-se para esferas restritas, como por exemplo, um conselho universitário formado por cientistas, mas para uma arena maior como a esfera pública onde impera a heterogeneidade contextual a proposta se torna difícil.

Assim, como legitimar, sob tal contextura, o processo judicial decisório a partir de uma racionalidade moral discursiva se os concernidos não estão em idênticas condições para suportarem os efeitos de um “consenso” que resulta imposto ainda que por um terceiro legítimo: o juiz?

Se o mundo da vida é discursivo e voltado para o consenso moral, e se o procedimento é regulado pelo discurso político-econômico, que se arvora, portanto, moral, e se o discurso jurídico deve buscar mediatizar a coerência desses discursos, não poderá fazê-lo, como estamos convencidos, a partir de um modelo racional formal que vele condições de possibilidade do direito daqueles que estão à margem do discurso.

Estamos convencidos, realmente, que o procedimentalismo advindo do discurso racional prático conduz a um resultado aberto, asséptico que, definitivamente, não implica em consenso no processo judicial quando esse é conduzido por um viés estratégico. Velam-se as condições de possibilidade do direito em nome de um consenso do resultado.

Isso não invalida, é certo, os fundamentos da teoria da argumentação jurídica tal qual proposta por Alexy, cuja contribuição pode ser de grande utilidade num segundo momento, ou seja, no momento da explicitação da fundamentação, mas esse, é preciso que se diga, não é o

momento decisivo. A racionalidade argumentativa é de segundo nível, pois, anota com precisão Streck:

pretender alçar a retórica e/ou a argumentação a um *status de* “condição de possibilidade” do “processo interpretativo” nada mais é do que uma derivação da (velha) dualidade metafísica que sustenta a busca da verdade a partir da revolução moderna do método, no momento em que o método passa a representar o modo de resolução do problema do conhecimento.⁵¹³

O momento decisivo é anterior. Ocorre antecipadamente por força de uma pré-compreensão que o cientista do direito já possui quando deslancha a interpretação a partir da situação hermenêutica em que se encontra imerso. Essa pré-compreensão é ditada pela consciência dos efeitos da história e pela finitude e o processo de seu desvelamento ocorre por meio da linguagem.

⁵¹³ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (jurídica): “Compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn”. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 228.

Capítulo III - Compreensão

A linguagem é a casa do ser

Heidegger

3. Nos trilhos da fenomenologia Jurídica

O fundador do movimento fenomenológico, Edmund Husserl, não chegou a divisar o espectro de possibilidades que a riqueza de seu pensamento teria o condão de produzir. De fato, a partir da matriz fenomenológica, desenvolvida no início do século passado, uma vasta possibilidade de condições e pluralidade de sugestões se abriram para a análise da filosofia, das ciências humanas e sociais, tornando a fenomenologia uma das principais correntes filosóficas do século XX.

Para alçarmos a compreensão do direito a partir de um viés fenomenológico é preciso, primeiramente, assentarmos, ainda que bastante resumidamente, os pontos nodais do pensamento de Husserl.

O projeto fenomenologista de Husserl, com efeito, pretende conduzir a filosofia como experimento do *aqui* e *agora* por meio de uma análise e descrição do espaço em que ocorrem as coisas. Para tanto, busca alcançar um retorno *às coisas mesmas* a fim de captar suas essências ao cabo de uma *redução eidética* voltada para eliminação dos elementos empíricos do dado, o que ocorreria através de uma suspensão (*epoche*), colocando-se em parêntesis qualquer juízo, seja científico, seja ingênuo, sobre os objetos. Trata-se de um regresso ao fenomenologicamente dado, isto é, à dimensão em que cada fenômeno se dá originalmente sem qualquer mundo de fundo, de tal sorte que eles *não nos aparecem, são vividos*.

O acesso à *redução* torna o sujeito independente de todas as suas operações assim como da consciência como fundamento de qualquer conhecimento (*ego transcendental*) de modo a permitir evidências (estruturas *a priori*) aptas a revelar como a consciência molda a realidade. A eliminação de todos os pressupostos ingênuos em face da redução ao *eu*

transcendental conduz à idéia de *mundo da vida*, pois a vida é consciência ou, então, a subjetividade que alcançamos mediante a redução fenomenológica⁵¹⁴.

Obtém-se, assim, a partir de Husserl, uma significativa justificação do apriorismo na filosofia inteiramente apropriada a fazer jus à concreção da experiência da vida e da história na medida em que a consciência despida se presta a revelar como ela molda a realidade. Isso não significa, todavia, alerta com precisão Stein, criticando Spiegelberg, um apelo superador do idealismo, a partir da oposição sujeito–objeto, nem igualmente um retorno objetificante ao fenomenologicamente dado aquém de qualquer especulação metafísica.⁵¹⁵ Na verdade, a fenomenologia da consciência pura de Husserl revela uma autoconstituição da consciência de si e de sua temporariedade como presença originária.⁵¹⁶

Assim, na nossa experiência cotidiana do mundo, a redução fenomenológica à consciência pura (*ego transcendental*) permite observar a evidência obnubilando outros aspectos do objeto, o que ocorre, por exemplo, quando observamos uma casa apenas pelo seu lado da frente. Sabemos, sem dúvida, que existem outros lados, uma divisão interna, sala, quartos, cozinha, banheiro, etc., porém, a *evidência* enseja uma configuração essencial do objeto enquanto trabalhado pela nossa consciência como *objeto intencional*. A partir daí, a fenomenologia husserliana se funda na correlação entre o dado e a consciência e permite distinguir *atos intencionados* de *atos atencionados*⁵¹⁷. Com efeito, não fazemos tudo intencionalmente porque nos movemos num mundo significativo. Há, efetivamente, uma camada que escapa à relação sujeito–objeto. Se estou escrevendo escutando música, escutar música é um ato atencional porquanto a evidência aponta apenas para o fato de eu estar escrevendo⁵¹⁸.

Gadamer registra que aquilo que constituiu o gênio de Husserl foi o fato de ele “ter implodido a estreiteza do conceito de experiência reduzido às ciências e ter elevado o “mundo da vida”, a experiência realmente vivida no mundo, a tema universal da meditação

⁵¹⁴ HUSSERL, Edmund. *Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica*. Aparecida, SP: Idéias e Letras, 2006, pp. 73 – 118, passim.

⁵¹⁵ STEIN, Ernildo. *Uma Breve Introdução à Filosofia*. Ijuí, RS: Unijuí, 2005, p. 43.

⁵¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. “Fenomenologia, hermenêutica e metafísica”. In: *Hermenêutica em Retrospectiva. A virada hermenêutica*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, p. 32.

⁵¹⁷ HUSSERL, op. cit., p. 89 e segs.

⁵¹⁸ Os exemplos coligidos foram adaptados a partir da palestra “O destino do ser na era do individualismo” proferida por Ernildo Stein em 23/05/2007, no Simpósio Internacional *O Futuro da Autonomia. Uma Sociedade de Indivíduos?* Promovido pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo: 21 a 24 de maio de 2007.

filosófica.”⁵¹⁹. Esse mundo “não está para mim aí como mero *mundo de coisas*, mas, em igual imediatez, como *mundo de valores*, como *mundo de bens*, como *mundo prático*”⁵²⁰. E por isso Gadamer arremata afirmando que

o conceito de *mundo da vida* se opõe a todo objetivismo. Trata-se de um conceito essencialmente histórico, que não tem em mente um universo do ser, um “mundo que é”. Nem mesmo a idéia infinita de um mundo verdadeiro, a partir da progressão infinita dos mundos humanos e históricos, pode ser formulada como sentido da experiência histórica. É verdade que se pode indagar pela estrutura do que abrange a todos os entornos já experimentados pelos homens, o que representa a possível experiência do mundo por excelência e, nesse sentido, pode-se perfeitamente falar de uma ontologia do mundo. Uma tal ontologia do mundo continuaria sendo algo bastante diferente do que poderiam produzir as ciências da natureza, pensadas em seu estado de perfeição. Ela representaria uma tarefa filosófica que tomaria como objeto a estrutura essencial do mundo. Mas *mundo da vida* quer dizer outra coisa; significa o todo que estamos vivendo enquanto seres históricos. E aqui já não se pode mais evitar a conclusão de que, diante da historicidade da experiência implicada nela, a idéia de um universo de possíveis mundos históricos da vida é fundamentalmente irrealizável. A infinitude do passado, mas sobretudo o caráter aberto do futuro histórico, não são conciliáveis com essa idéia do universo histórico. Husserl extraiu explicitamente essa conclusão, sem retroceder ante o “fantasma” do relativismo.⁵²¹

Contudo, na fenomenologia de Husserl, a preocupação com o retorno às coisas mesmas não acenava espaço para a *compreensão* da vida e facticidade histórica conquanto, como vimos, já se inseria na luta pela conquista do mundo da vida. Essa *compreensão*, na verdade, projetava-se fora da fenomenologia e era preciso trazê-la, vinculá-la ao movimento fenomenológico⁵²². Essa foi a preocupação do mais famoso discípulo de Husserl, Heidegger,

⁵¹⁹ Idem, p. 31.

⁵²⁰ HUSSERL, op. cit., p. 75.

⁵²¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003, p. 332.

⁵²² “Husserl procurava superar a ontologia tradicional no que ela possuía de ingenuidade objetivística (o que se revela, por exemplo, na idéia de que o ser podia obter-se pela via da abstração), mostrando que o ser somente poderia ser encontrado através da redução transcendental. Husserl estava convicto de que o ser se fundava na correlação entre o dado e consciência. A ontologia, portanto, deveria ser necessariamente, uma fenomenologia. Heidegger percebeu logo que isso era insuficiente, porque Husserl levava, assim, consigo, um implícito sentido de ser. Era esse que deveria ser buscado e que levaria a uma superação do estágio atingido por Husserl. Foi o que fez Heidegger. Segundo ele, a ontologia, ultrapassada pela fenomenologia, exigia uma nova ontologia. Ele criticava, em Husserl, dois aspectos: a omissão do problema do ser daquele ente posto entre parênteses na redução e constituído na constituição e a omissão do problema do ser daquele que constitui (o homem). Heidegger, então, pergunta como se dá o ser do ente em geral e como se dá o ser do homem. Isso, de início, se resumiria na problematização daquele ente através do qual se abre qualquer possibilidade de espaço em que algo se dá. Essa é a abertura originária do ser-aí enquanto ser-no-mundo. No ser-aí se abre a possibilidade de qualquer *encontro*, (essa é a palavra que substitui, em Heidegger, a expressão *imediatamente dado*, de Husserl)”. STEIN, 2005, p. 92.

quando trouxe para a análise algo que estava de há muito esquecido: o problema do *ser*. De fato, ele estava convencido de que as pressuposições, erigidas ao longo dos séculos pela metafísica, distanciaram a filosofia do conhecimento do ser. O caminho que leva ao ser passa pelo homem, na medida em que este está sozinho para interrogar-se sobre si mesmo, colocar-se em questão e refletir sobre seu próprio ser. E por isso, lembra Stein, em sua tarefa, o filósofo deve partir da existência humana (na linguagem heideggeriana, *dasein*: “ser-aí”), tal como se dá imediatamente à consciência, a fim de elevar-se até o desvelamento do ser em si mesmo, último objetivo de toda a reflexão filosófica. Todavia, o acesso para a descoberta do ser ocorre mediante uma *compreensão* da existência humana identificada com a vida cotidiana do homem.⁵²³

A tese de Heidegger é que o próprio *ser* é *tempo*. A partir daí, ele “procura explicar ser, verdade, vida e história, a partir da temporalidade absoluta e não temporalidade enquanto qualidade de um eu a-histórico e transcendental (...) A vida, a existência concreta emerge da compreensão do ser. Ela mergulha na temporalidade, porque compreende o ser. É por isso que ser e vida comungam o tempo na historicidade de ambos”, pontua Stein.⁵²⁴

Com efeito, para Heidegger “a questão do ser não se dirige apenas às condições *a priori* de possibilidade das ciências que pesquisam os entes em suas entidades”⁵²⁵. O ser não é mais objetivamente abstraído dos entes; chega-se a ele pelo recurso transcendental à compreensão do ser pelo “ser-aí”, que forma o horizonte em que todo ente deve ser compreendido. Não se trata, portanto, de um recurso ao subjetivismo para apreender o “ser-em-si”, porque o “ser-aí” não é presença originária como o eu transcendental de Husserl. Seu ser é temporalidade e não seu próprio fundamento, porque se encontra lançado e acontece como historicidade indisponível⁵²⁶.

A fenomenologia de Heidegger não é, portanto, a fenomenologia transcendental de Husserl. Não é preciso a redução a um eu transcendental, nem projetar a compreensão no âmbito das ciências do espírito, pois, ao fazê-lo, sempre já nos movemos numa *compreensão* do ser⁵²⁷. A compreensão do ser já é sempre fato e vida, porque “nós nos movemos sempre numa

⁵²³ STEIN, Ernildo. “Heidegger. Vida e Obra”. In: *Heidegger. Conferências e Escritos Filosóficos*. Coleção os Pensadores. São Paulo: Abril Editora, 1984, pp. VIII – IX.

⁵²⁴ STEIN, Ernildo. *Introdução ao Pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: Edipucrs, 2002, p. 48.

⁵²⁵ HEIDEGGER, 2005, p. 37.

⁵²⁶ STEIN, 2005, p. 93, *passim*.

⁵²⁷ HEIDEGGER, 2005, p. 37.

compreensão do ser”⁵²⁸. Por isso ele propugna pela necessidade de se esclarecer de maneira suficiente o sentido do *ser* como tarefa fundamental.

A compreensão do *ser* não pode se exaurir na apreensão do *ente*. Conquanto seja sempre o ser de um ente, o ser não pode ser concebido como o ente, o que o transformaria no conceito mais universal já que o *ente* “é tudo o que falamos, tudo o que entendemos, com que nos comportamos dessa ou daquela maneira, ente é também o que e como nós mesmos somos.” Já o ser, prossegue o filósofo da Floresta Negra, “está naquilo que é e como é, na realidade, no ser simplesmente dado (*Vorhandenheit*), no teor e recurso, no valor e validade, na pre-sença, no ‘há’”⁵²⁹.

A busca pelo ser permite compreender o seu sentido; enseja a escolha correta do ente exemplar (que tem primazia) e propicia a elaboração do modo genuíno de acesso a esse ente. “Elaborar a questão do ser significa, portanto, tornar transparente um ente – o que questiona – em seu ser (...) Esse ente que cada um de nós somos e que, entre outras, possui em seu ser a possibilidade de questionar, nós o designamos com o termo *pre-sença*”⁵³⁰. Formalmente, a pre-sença (*dasein*⁵³¹) é o processo, o modo de compreensão do ser. Mas a compreensão do ser é em si mesma uma determinação do ser da pre-sença, ou seja, a pre-sença se compreende em seu ser, isto é, sendo. Significa dizer, portanto, que há uma repercussão ou percussão prévia (pré-compreensão) ensejada pela pre-sença onde o ente previamente dado se articula em seu ser. Essa visualização do ser é impulsionada pela compreensão cotidiana do ser em que nos movemos

⁵²⁸ Idem, p. 31.

⁵²⁹ Idem, p. 32.

⁵³⁰ Idem, p. 33.

⁵³¹ Utilizaremos *pre-sença* para tradução do étimo *dasein* exclusivamente ao escopo de facilitar a exposição que toma por base citações da tradução de *Ser e Tempo* elaborada por Márcia Sá Cavalcante Schuback que em nota explicativa esclarece: “Pre-sença não é sinônimo de existência e nem de homem. A palavra *Dasein* é comumente traduzida por existência. Em *Ser e Tempo*, traduz-se, em geral, para as línguas neolatinas pela expressão “ser-aí”, “être-là”, “esserci” etc. Optamos pela tradução de “pre-sença” pelos seguintes motivos: 1) para que não se fique aprisionado às implicações do binômio metafísico essência-existência; 2) para superar o imobilismo de uma localização estática que o “ser-aí” poderia sugerir. O “pre” remete ao movimento de aproximação, constitutivo da dinâmica do ser, através das localizações; 3) para evitar um desvio de interpretação que o “ex” de “existência” suscitaria caso permaneça no sentido metafísico de exteriorização, atualização, realização, objetivação e operacionalização de uma essência. O “ex” firma uma exterioridade, mas anterior e exterior fundam-se na estruturação da pre-sença e não o contrário; 4) pre-sença não é sinônimo de homem, nem de ser humano, nem de humanidade, embora conserve uma relação estrutural. Evoca o processo de constituição ontológica de homem, ser humano e humanidade. É na pre-sença que o homem constrói o seu modo de ser, a sua existência, a sua história etc. (cf. entrevista de Heidegger ao *Der Spiegel*, *Rev. Tempo Brasileiro*, n. 50, julho/set. 1977). Quanto à formação do termo pre-sença, observar: “pre” corresponde a “Da” e sença, como forma derivada de “esse”, corresponde a “sein”. Quanto à origem latina de pre-sença, cf. a expressão de Cícero: *dii consentes* = os deuses conjuntamente, isto é, em assembléia, presentes, decidem.” (*Ser e Tempo*, vol. 1, 2005, pp. 309 – 310). Stein, como se pode verificar igualmente das citações colhidas nesta tese, opta pelo étimo “ser-aí” e Streck utiliza a expressão no original: *dasein*.

desde e sempre e se encontra condicionada no tempo pela nossa finitude e pela historicidade, porque, enfim, *ser é tempo* ou, como esclarece Heidegger “O ser da pre-sença tem o seu sentido na temporalidade. Esta, por sua vez, é também a condição de possibilidade da historicidade enquanto um modo de ser temporal próprio da pre-sença...”⁵³²

A compreensão do sentido do ser dos entes – que não é produto de um procedimento (método aos moldes das ciências exatas), nem um modo de conhecer, mas, contrariamente, já e desde sempre um modo de ser – se processa por meio da linguagem, que para além de mero meio que se interpõe entre o sujeito e a coisa, vê-se alçada à condição de possibilidade de compreensão do ser. Por isso, Heidegger proclama que *a linguagem é a casa do ser*⁵³³, sendo igualmente conhecido o desdobramento imprimido por seu grande discípulo quando parte e arremata sua hermenêutica filosófica sob o influxo de que *ser que pode ser compreendido é linguagem*⁵³⁴.

A compreensão pré-ontológica do ser e da vida cotidiana constitui o fio condutor da fenomenologia hermenêutica, sendo exatamente isso que a distingue da fenomenologia transcendental.

Resumindo a temática fenomenológica de Heidegger, Stein a situa em três pontos:

1. O modo como se dão os entes intramudanos não é a esfera do simplesmente objetivo. 2. O modo como se dá aquele que constitui e seu ser não podem ser pressupostos como objetivos. 3. Não basta perguntar pelos diversos modos como se dá o ente. Mas o importante é perguntar como é possível o próprio dar-se. Como é possível que algo esteja descoberto?, perguntará Heidegger. O fato de algo estar descoberto, manifesto e de poder ser encontrado se dá porque tudo o que encontramos é experimentado enquanto ente. Desse modo, a pergunta pelo sentido do ser e a pergunta pela abertura do ser-aí coincidem. O sentido do ser e a facticidade do ser-aí tornam-se inseparáveis como problema.⁵³⁵

É sob tal contextura que podemos compreender a fenomenologia jurídica. Divisar uma compreensão fenomenológica do direito implica superar o paradigma clássico do positivismo, que alça a experiência do direito sob o domínio exclusivo do normativo, para colocar o direito em maior contato com a vida. A fachada positivista leva ao velamento do direito, permitindo que a experiência jurídica se processe sob os auspícios exclusivos do ente (a

⁵³² Idem, pp. 31 – 47, passim.

⁵³³ HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*. Lisboa: Guimarães Editores, 1987, pp. 33 e segs.

⁵³⁴ GADAMER, 2005, p. 612.

⁵³⁵ STEIN, 2005, p. 93.

norma, indentificada com o texto). Sob o veio fenomenológico, a preocupação se volta para permitir o desvelamento do ser. Desenraizar aquilo que se encontra encoberto, afastando o predomínio da técnica, da standardização, é o que se almeja quando se divisa o acontecer da verdade a partir de horizonte de sentido que nos é dado.

Com efeito, quem olvida que o sistema jurídico é tão complexo que não se pode avaliar a variedade de fontes potenciais do direito, e que isso pode ensejar no discurso jurídico o velamento das condições de possibilidade? Tais indagações nos colocam diante da constatação de que realmente o fenômeno jurídico não é regido por padrões universais, há sempre em causa padrões ou marcos que não se mostram auto-organizados ou mesmo evidentes. Estão difusos, mas devem ser considerados no âmbito da implicação sob pena de embair o desvelamento do ser na situação concreta (*applicatio*).

Como absolver aquele que furtou três melancias? Ou condenar aquele que furtou uma bicicleta que era o meio de condução de um trabalhador para garantir o sustento de sua família? Ou ordenar que o Poder Público coloque crianças na escola ou forneça medicamentos? A análise fenomenológica do direito ajuda a chegar a respostas corretas.

Pode-se dizer que deitam raízes na fenomenologia, a análise do direito proposta pela visão sistêmica de Luhmann, pela concepção dialógica de Habermas, pela hermenêutica analítica de Dworkin⁵³⁶, entre outras.

Para a filosofia hermenêutica, todavia, o caminho até aqui traçado deságua na compreensão da diferença ontológica entre texto e norma. Se é esse o caminho que escolhemos para conduzir fenomenologicamente o processo judicial decisório ao escopo de enfrentar a tese da resposta certa, é preciso, antes, trazermos à tona o pensamento de Dworkin e o percurso de Gadamer nos trilhos da hermenêutica filosófica com o enriquecido aporte desse pensamento ao direito da modernidade periférica orquestrado por Streck.

⁵³⁶ A expressão etimológica “hermenêutica analítica de Dworkin”, usada para referência ao pensamento desse autor, repousa na circunstância de que não obstante profundamente impregnada de caráter hermenêutico, a filosofia de Dworkin – expressão, sem dúvida, mais ilustre da analítica anglo-saxônica – debruça-se sobre uma análise empírico-analítica voltada para estabelecer um controle da interpretação por meio de uma visão interna apta a imprimir coerência e justeza e que conduziria à resposta certa única como ápice da controlabilidade metódica, carecendo, nesse ponto, de um apelo à contextualidade cultural – conforme sustentaremos nesta tese – em amparo a uma perspectiva que privilegie com maior intensidade a variável histórica projetada na tradição. É nesse sentido que validamos a expressão a partir do pensamento de autores como Nelson Saldanha, Gustavo Just, Calsamiglia e Ovídio Baptista conforme adiante teremos oportunidade de analisar.

3.1 A busca por respostas corretamente justificadas: o direito como ordem e hermenêutica e o direito como prática interpretativa coerente. A tese da (única) resposta certa

Nesta tese vamos insistir em que existe uma resposta correta para o direito⁵³⁷. Contudo, a afirmação dessa proposição não coincide com a tese de Dworkin que admite que em direito existe uma (única) resposta certa (*the right answer thesis*), porque estamos convencidos de que a resposta não é única – o que não quer dizer que existam várias respostas e significaria um retrocesso à postura do positivismo jurídico, quando admite uma pluralidade de respostas a partir do quadro normativo, cabendo ao juiz escolher uma delas (discricionariedade judicial).

Entedemos, de modo contrário, que a resposta certa é aquela compreendida a partir de uma situação hermenêutica específica erigida sob os efeitos da consciência histórico-efetual que exige que compreendamos os fatos a partir da historicidade, da faticidade, da cotidianidade que imprimem finitude à nossa existência e determinam o nosso especial modo-de-ser-no-mundo. E essa resposta vem a nós por meio da linguagem, alçada à condição de possibilidade de compreensão.

A resposta corretamente justificada, todavia, necessita ser devidamente contextualizada não apenas no tempo, como no espaço, isso porque o direito é um fenômeno cultural, advindo, desde aí, a necessidade de que se imprima sentido aos elementos que integram a ordem jurídica se quisermos divisar o direito como uma prática interpretativa coerente.

⁵³⁷ Entre os defensores de que não há uma resposta certa para o direito, assim como para a democracia, encontra-se Katya Kozicki. Para ela, sempre vai haver divergências interpretativas entre juízes, legisladores e cidadãos acerca dos princípios da comunidade e a interpretação vitoriosa pode parecer aos outros desprovida de valor ou obtida de forma a não respeitar os princípios que lhe cabia desvendar. Neste sentido, registra ela, “a resposta certa, base da teoria da adjudicação de Dworkin, será sempre uma resposta possível entre várias”. Isso se apresenta da mesma maneira para a democracia que convive com o dilema de “uma parte da comunidade, falando em nome de todos, poder tentar realizar uma determinada concepção de bem, ou conjunto de princípios, concepção ou conjunto este que é apenas uma possibilidade entre outras, mas que, em determinado momento, pode ser suficientemente poderoso para gerar acordos e identificações coletivas”(…) “Em suma: *não existe uma resposta certa*, tanto no âmbito da aplicação do direito, quanto no âmbito da democracia; a escolha de uma resposta representa sempre uma decisão, um escolher entre possibilidades distintas, e a conseqüente exclusão das possibilidades não contempladas no ato decisório.” (KOZICKI, Katya. “Existe uma resposta certa para o direito e a democracia? Repensando as relações entre o direito e a política a partir da teoria de Ronald Dworkin.”. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, vol. 24, nº 54. Porto Alegre: 2001, pp. 54 – 55, *passim*).

3.1.1. A ordem como um problema de vida, não apenas um objeto do pensar

Recordando Ortega quando afirmava que não existe uma realidade “enquanto tal”, nem um “ser enquanto ser”, e que o ser emerge como uma resposta ao homem que pergunta por ele, Saldanha registra com bastante precisão que “a ordem se torna inteligível a partir do modo como os homens a vêem, quer se trate da ordem ‘natural’, quer das formas de ordem social.” Por isso, o jus-filósofo pernambucano conclama para “a responsabilidade dos pensadores e estudiosos que analisam as estruturas da história, as do poder, as do direito.”⁵³⁸

E Saldanha prossegue em sua reflexão registrando, com enorme convicção, que “como o ser “é ser” em função do pensar que o afirma, assim ocorre com a ordem: só que a ordem é um problema da vida, não apenas um objeto do pensar.”⁵³⁹ A ordem jurídica, como um plano ou faixa da ordem social “se conexiona com a história das formas assumidas pela organização exterior da convivência humana”⁵⁴⁰ Daí porque não pode ser reduzida à prescrição de comandos, ou seja, apenas ao texto legal, mas compreendida na iteratividade desse com as estruturas de vida onde o homem desenvolve os mais variados papéis.

A lição de Saldanha volta-se para mostrar que se em um primeiro nível a ordem, enquanto texto que diz algo⁵⁴¹, encontra-se carregada de significados e o seu cumprimento [ou violação] confirma suas significações, mas, por outro lado, divisar tais significações comporta uma atitude compreensível do que se mostra inteligível no plano concreto e por isso o sistema jurídico constitui uma ordem, tal qual o sistema político e econômico, na medida em que é compreensível e interpretável em direção ao concreto; isto é, a uma aplicação⁵⁴², que nem sempre coincide com os seus significados.⁵⁴³

⁵³⁸ SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, nota à segunda edição.

⁵³⁹ Idem, p. 103.

⁵⁴⁰ Idem, p. 241.

⁵⁴¹ “Vale recordar o fato de que, na antiga Esparta, o termo que designava a *lei* em sentido fundamental era *rhétra*, palavra ligada a um verbo que significa “dizer”. A Estampa etimológica aí contida nos revela que o preceituado se apresentou como dito, como afirmado através da palavra: com a palavra se fundava a relação entre a ordem prescrita e a expressão da obrigação que ela projeta.” (SALDANHA, 2003, p. 244).

⁵⁴² “A ordem se aplica, ao nível das vidas humanas situadas, como algo que tem significação e que por seu turno lhes dá significação. Pois a significação das vidas é correlata com a ordem por cujos preceitos se pautam, e são os próprios homens que assimilam aquela significação. Se a ordem foi feita por eles, os valores que a preenchem são responsabilidade deles, e a assimilação da ordem corrobora sua aplicação pelos homens.” (Idem, *ibidem*).

⁵⁴³ “os significados são *atribuídos* à ordem, e pode haver discrepância entre a atribuição de significados por parte dos que elaboram a ordem, e a atribuição pelos que se encontram “sob” a ordem ou dentro dela.” (Idem, *ibidem*).

Nesse contexto, sobressai a importância da questão hermenêutica. Deveras, já tivemos ocasião em registrar que algumas formas propostas para o exame do direito podem conduzir a experiência jurídica por um caminho que não obstante se avulte racionalmente claro, preciso, não possui o condão, todavia, de conduzir a uma resposta satisfatória e apta a traduzir dentro da realidade social um arranjo de expectativas e resultados que se repute válido na ordem jurídica.

A preocupação ora esboçada tem conduzido, de um lado, a uma consideração empírico-analítica do direito – à qual têm se alinhado autores anglo-americanos –, e de outro lado, a uma consideração de matiz nitidamente hermenêutico-filosófico, ambas, é bem verdade, alavancadas a partir de uma guinada na teoria do direito de caráter interpretativo e que se torna plausível, sobretudo, “quando se remete a um dado extra-epistemológico: a teoria jurídica contemporânea seria considerada, em seu conjunto, como “interpretativa” por se ter tornado acentuadamente sensível à importância central da interpretação e de sua pluralidade e a tendência pronunciada a aproximar a interpretação (ou noções afins, como a argumentação) do centro da concepção, pressuposta ou conscientemente articulada, do direito”⁵⁴⁴.

É nessa ordem de idéias que pretendemos colocar nossas reflexões sobre a experiência jurídica tendo em mira o processo judicial decisório com realce ao momento da *applicatio*. Nossa análise, todavia, conquanto estime o momento da aplicação, está consciente de que o momento hermenêutico nela não se exaure, pois – e o aporte é ainda do mestre pernambucano –, “não se entenderá nenhuma ordem sem a inteligibilidade que a hermenêutica lhe confere [como também] não se concebe uma hermenêutica que não se tenha elaborado em função de uma ordem”⁵⁴⁵.

Isso revela a necessidade de não se hipotrofiar o texto. Com efeito, o texto como ordem jurídica foi estigmatizado e desacreditado pela pós-modernidade cultural e filosófica em razão da desconfiança de tudo que estivesse muito próximo das idéias de unidade, sistema e hierarquia⁵⁴⁶ e daí a concepção de Saldanha que divisa o direito como “um composto de ordem e hermenêutica”⁵⁴⁷, obviamente imprimindo à idéia de ordem uma compreensão mais aberta (não no sentido de trazer elementos externos como concebe a teoria sistêmica, pois o momento

⁵⁴⁴ JUST, Gustavo. “O direito como ordem e hermenêutica. A Filosofia do Direito de Nelson Saldanha”. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 46, nº 181, jan./mar./2009, p. 8.

⁵⁴⁵ SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 199.

⁵⁴⁶ JUST, 2009, p. 11.

⁵⁴⁷ SALDANHA, 2003, p. 260.

interpretativo “não corresponde a algo que intervém, vindo de fora, ao direito considerado uma realidade plenamente constituída como forma de organização, mas que é, ao contrário, um elemento constitutivo do direito”, registra seu discípulo Just⁵⁴⁸), mas a partir de uma compreensão sob o fio condutor da historicidade que habilita conexões de sentido sob o influxo do pensamento gadameriano.⁵⁴⁹ E, por isso, anota Just com bastante precisão:

As estruturas daquilo que se chama de “ordem jurídica”, por serem estruturas simbólicas, só existem porque são pensadas de uma determinada maneira, isto é, na medida em que têm um sentido, um sentido que lhes é dado por um pensamento que a elas se dirige, e esse pensamento é a hermenêutica: por isso a ordem é indissociável daquilo que lhe confere inteligibilidade e o direito é concebido como “um composto de ordem e hermenêutica”⁵⁵⁰.

Efetivamente, a consideração de determinada ordem pressupõe que se leve em conta as conexões de sentido que se projetam no plano histórico. Adotar como objeto de trabalho uma ordem qualquer, como no nosso caso a jurídica, implica em considerar toda uma gama de significados a ela inerentes ao escopo de prevenir “o espírito contra os reducionismos e o habilitando à exploração das conexões de sentido”⁵⁵¹

Decorre, desde aí, a flexibilidade entre ordem e hermenêutica, tal qual divisada por Saldanha⁵⁵², na exata medida em que na tarefa de dar sentido aos elementos que compõem a ordem, encontrar-se-á o conjunto de significações que a mantém viva ou, noutras palavras, desvelar o sentido que se encontra na representação da ordem (o texto), coloca a existência da ordem pressupondo a hermenêutica, como, de igual modo, a hermenêutica pressupõe a existência de uma ordem a partir da qual se poderá considerar válidos certos significados. Esse paradoxo é apenas aparente e foi habilmente trabalhado pelas mãos de Streck, como veremos adiante, sob a consideração ontológica da compreensão, interpretação e aplicação.

⁵⁴⁸ JUST, 2009, p. 10.

⁵⁴⁹ “Dentro do panorama do pensamento filosófico do século em curso, qual seria o sentido da presença do movimento *hermenêutico*? (...) o problema da “posição” hermenêutica, como retomada e revalorização de conceitos que o romantismo havia assumido – como conceito de “tradição” –, contra a linha proveniente do racionalismo e do iluminismo. Realmente foi necessário que o século XIX organizasse as ciências ditas sociais e que o historicismo se constituísse, sobretudo com Dilthey, para que fosse possível distinguir entre ciências do “humano” (não esquecer que vem do idealismo alemão o moderno antagonismo entre natureza e espírito). E foi necessário que se testasse essa distinção para que, dentro da influência de Heidegger e em meio a uma série de correntes em debate Gadamer delineasse a *filosofia* hermenêutica como um desenvolvimento da idéia de compreender o humano: compreender em sentido certamente existencial, mas também expressamente histórico e em conexão com o trabalho heurístico das próprias ciências sociais.” (SALDANHA, 2003, p. 289).

⁵⁵⁰ JUST, 2009, p. 10.

⁵⁵¹ Idem, p. 12.

⁵⁵² SALDANHA, 2003, p. 271.

Antes, todavia, de esboçar os caminhos para buscar respostas corretamente justificadas a partir de conexão de sentidos sob o influxo da historicidade, fim que acreditamos seja o reservado para o processo judicial decisório, impende que o pensamento de Dworkin seja examinado à guisa de validar ou infirmar a tese da resposta certa.

3.1.2 *A verdade como coerência: o direito como prática interpretativa a partir do pensamento de Dworkin*

A obra de Dworkin, sem dúvida, constitui o exemplo mais ilustre do alinhamento da experiência jurídica sob os trilhos da consideração empírico-analítica de tradição anglo-saxônica. Ele se afasta do reducionismo normativista para alçar o direito a uma prática interpretativa apta a dar continuidade ao passado e projetar-se para o futuro porque compreendida a partir de uma justificação coerente.

Sua tese central ampara-se na existência de uma única resposta certa (*the right answer thesis*) que seria obtida a partir de uma atitude interpretativa na qual o direito é compreendido como integridade (*law as integrity*). Nessa atitude interpretativa, o jurista deverá trabalhar com duas categorias: *princípios* e *políticas públicas*.⁵⁵³

Reconhecendo que todo indivíduo tem direitos morais que devem ser assegurados pelo Poder Judiciário independentemente de prescrição normativa (decisão política primária)⁵⁵⁴, como os decorrentes de outras pautas regulatórias de condutas, como a prática social (costume), o precedente judicial e sobretudo os princípios, ele sustenta que os direitos individuais

⁵⁵³ “Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. A distinção pode ruir se interpretarmos um princípio como a expressão de objetivo social (isto é, o objetivo de uma sociedade na qual nenhum homem beneficia-se de seu próprio delito) ou interpretarmos uma política como expressando um princípio (isto é, o princípio de que o objetivo que a contém é meritório) ou, ainda, se adotarmos a tese utilitarista segundo a qual os princípios de justiça são declarações disfarçadas de objetivos (assegurar a maior felicidade para o maior número). Em alguns contextos a distinção tem usos que se perdem, quando ela desmorona dessa maneira.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 36 – 37).

⁵⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 15.

como princípio jurídico fundamental preferem aos fins coletivos. Tais direitos são *construídos* a partir dos *princípios* ou das *políticas públicas*.⁵⁵⁵

A tese dos direitos, que a partir daí emerge, ampara-se na circunstância de que nenhuma diretriz política ou nenhum objetivo social coletivo (*políticas públicas*) podem preferir aos direitos individuais, decorrendo, desde aí, a relevância da função garantidora dos direitos como uma das mais importantes do sistema jurídico.

A função garantidora, que realça a importância da jurisdição, deve ser entendida no sentido de que os direitos devem ser assegurados contra as agressões da maioria e do governo. Calsamiglia, ao escrever sobre a teoria de Dworkin e referindo-se à função garantidora em face da maioria, coloca o seguinte exemplo:

Imaginemos que cuatro personas deciden asociarse para practicar deporte. Crean una sociedad y en sus estatutos estipulan que las decisiones se tomarán por el acuerdo de la mayoría. Una vez constituida la sociedad se decide por unanimidad la construcción de una pista de tenis. Una vez construida la pista, los socios deciden por mayoría que una de las personas asociadas – que es de raza negra – no puede jugar porque no quieren negros en la pista. ¿Acaso la ley de la mayoría es una ley justa? Si eso se puede hacer, ¿qué sentido tiene el derecho a la igual consideración y respecto?⁵⁵⁶

E prossegue afirmando que “Una teoría que se tome en serio los derechos no considerará válido este acuerdo porque la persona discriminada tiene un derecho individual que puede triunfar frente a la mayoría. El derecho a no ser discriminado adquiere relevancia frente a los bienes colectivos y sólo es un auténtico *derecho* si puede vencer a la mayoría.”⁵⁵⁷

Partindo do pressuposto que os juristas se deparam com casos difíceis que não poderiam ser solucionados pela ausência de prescrição normativa, vagueza ou indeterminação do direito, Dworkin assevera que na experiência cotidiana “eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente como princípios, políticas e outros tipos de padrões.” Isso porque, prossegue Dworkin, “o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.”⁵⁵⁸

⁵⁵⁵ DWORKIN, 2002, pp. 128 – 132.

⁵⁵⁶ CALSAMIGLIA, Albert. “Ensayo sobre Dworkin”. In: DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio* (prefácio). Barcelona: Editorial Plantea-De Agostini, 1993, pp. 17 – 18.

⁵⁵⁷ Idem, *ibidem*.

⁵⁵⁸ DWORKIN, 2002, p. 36.

A importância dos princípios na teorização de Dworkin vetoriza-se para dois sentidos. Primeiramente, a oposição dos princípios às chamadas normas de políticas públicas, que constitui o âmago, o eixo de tensão das decisões judiciais. Em segundo plano, a oposição dos princípios às regras, revela no processo construtivista a necessidade de ponderação na colisão principiológica: a eleição de um princípio não pode ocorrer a ponto de aniquilar por completo o outro colidente, em defesa da preservação do sistema.

Com efeito, para Dworkin a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas

é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que fornecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os efeitos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.⁵⁵⁹

Coisa diversa acontece quando nos deparamos com colisão de princípios. Deveras, tem razão Dworkin, eles não podem ser, à semelhança das regras, interpretados à base do *all or nothing*. Por isso, congruentemente, Dworkin acrescenta o seguinte:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), 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. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. As regras não têm essa dimensão.⁵⁶⁰

Longe da ponderação⁵⁶¹ assim apropriada aos princípios, no confronto de regras pode-se, sem maiores dificuldades, estabelecer qual aquela que deve prevalecer em detrimento de

⁵⁵⁹ Idem, p. 39.

⁵⁶⁰ Idem, pp. 42 – 43.

⁵⁶¹ Dworkin reúne alguns exemplos para mostrar o tratamento diferenciado que os princípios devem receber na prática jurídica a partir da ponderação. Entre eles, destacamos o seguinte: “Em 1889, no famoso caso *Riggs contra Palmer*, um tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo. O Tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: “É bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa

outra. E isso ocorre por meio de critérios hábeis a tanto, que são estabelecidos pelo próprio sistema.⁵⁶²

Um princípio não pretende estabelecer as condições que fazem sua aplicação necessária, ao contrário, ocupa-se, isso sim, de enunciar uma razão que conduza o argumento em uma certa direção (que pode não ser a sufragada, o que não significa que o princípio tenha deixado de existir no sistema), mas, ainda assim, insiste Dworkin, necessita de uma decisão particular.⁵⁶³

É exatamente nesse diapasão que Streck⁵⁶⁴ abraça a análise feita por Magalhães⁵⁶⁵ que divisa os princípios gerais do direito como um paradoxo na medida em que

não existem, uma vez que são criados em função das conseqüências que produzem, mas, por outro lado, existem, pois produzem determinadas conseqüências (dando lugar não exatamente a estas conseqüências, que podem não ser exatamente aquelas esperadas, mas a efeitos que surgem em função da expectativa de que tais conseqüências se produzam). Os juízes não criam o direito (embora certamente produzam direito), porque interpretam o direito aplicando seus princípios gerais; mas, na realidade, aplicando estes princípios tendo em vista determinadas conseqüências, eles na verdade criam direito,

propriedade ao assassino.” Mas o tribunal prosseguiu, observando que “todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime.” O assassino não recebeu sua herança.”(Segundo DWORKIN, 2002, p. 37). No nosso artigo “Metamorfoses nos conceitos de Direito e de Soberania. O Princípio da Complementaridade. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição”. In: *Revista do Tribunal Regional da 1ª Região*, nº 9, ano 16. Brasília: TRF/1ª Região, 2004, pp. 32 – 48, utilizamos a ponderação principiológica para garantir conformidade do texto do tratado – que estabelece a imprescritibilidade dos crimes contra a dignidade da pessoa humana ali previstos, a inoponibilidade das prerrogativas de foro e de função, a entrega de nacionais à jurisdição do TPI e a pena de caráter perpétuo – com a Constituição.

⁵⁶² Cfe. Dworkin “Podemos dizer que as regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes (a regra de beisebol segundo a qual o bateador que não conseguir rebater a bola três vezes é eliminado é mais importante do que a regra segundo a qual os corredores podem avançar uma base quando o arremessador comete uma falta, pois a modificação da primeira regra alteraria mais o jogo do que a modificação da segunda). Nesse sentido uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenharia um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que a outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes.” (DWORKIN, 2002, p.43).

⁵⁶³ DWORKIN, 2002, p. 41.

⁵⁶⁴ STRECK, 2004a, pp. 108 – 110.

⁵⁶⁵ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O Uso Criativo dos Paradoxos do Direito. A Aplicação dos Princípios Gerais do Direito pela Corte de Justiça Européia. In: *Paradoxo da Auto-Observação*. ROCHA, Leonel Severo (Org.). Curitiba: JM Editora, 1997, p. 269.

porque nem todas as conseqüências e, portanto, nem todos os princípios, podem ser previstos pelo direito.” (grifos originais)⁵⁶⁶

⁵⁶⁶ Magalhães, a partir daí, questiona: “Como sair deste(s) paradoxo(s)? Como o direito reage e opera tendo em vista seus paradoxos? E ela acrescenta, depois, sem ambigüidade, o seguinte: “...podemos constatar que os princípios não têm um conteúdo semântico, no sentido de que podem determinar o direito sob o plano do conteúdo. O princípio da igualdade serve para admitir, em determinados casos, o retorno à desigualdade na igualdade. Por isto, nem mesmo a dogmática tem a pretensão de que os princípios não sejam contraditórios entre si. Eles são concebidos como estruturas elásticas o suficiente para compensar a rígida binaridade do código do legal e do ilegal. Por isso, nós consideramos, em nossa pesquisa, os princípios gerais do direito da mesma maneira em que o estudioso Heinz Von FOERSTER considerou a realidade. Durante uma entrevista, a ele foi colocada a pergunta “*O que é a realidade?*”, à qual von FOERSTER respondeu: *a realidade é o 18º camelo. Contou, tentando explicar a sua inusitada resposta, a estória de um religioso islâmico (um “mullah”) que, cavalgando seu camelo no deserto, encontrou alguns homens com um grupo de camelos. Percebendo, ao saudar aqueles homens, que estes estavam tristes, perguntou qual era a razão daquela tristeza, ao que lhe responderam: – “Nosso pai morreu”. – “Isto é muito triste, mas seguramente Allah o aceitou. Deve haver-lhes deixado alguma coisa”. – “Deixou-nos aquilo que possuía, estes 17 camelos, que nos pediu que repartíssemos entre nós. O irmão mais velho deveria ficar com metade dos camelos, o segundo com um terço e, o último, com um nono dos camelos. Tentamos dividi-los mas, sendo 17 o número de camelos, pensamos que seja impossível fazê-lo”. O mullah compreende o problema, junta aos 17 seu próprio camelo e, então, começa a dividir: a metade de 18 é 9; um terço de 6; um nono é 2. A soma de nove, seis e dois é 17 (9+6+2=17). Então, salta em seu camelo e se distancia. Qual é a função do décimo-oitavo camelo? Nesta estória, o 18º camelo tem a função de tornar possível a operação de divisão que, diversamente, não poderia ser realizada no sistema. Mas o décimo-oitavo camelo existe ou não existe? Esse camelo, que é “tomado emprestado”, é restituído depois que as operações são realizadas, ou permanece no sistema? A operação de divisão não pode colocar em dúvida a existência do camelo. Por outro lado, para que seja possível essa operação, não é necessário pressupor a existência de um camelo, mas sim a existência de um complexo unitário de bens. Em nosso exemplo, o décimo-oitavo camelo adquire um significado apenas quando considerado em conjunto com outros dezessete: não se presume um camelo, mas dezoito. Na realidade, o camelo é tomado emprestado, mas funciona como um dado interior à unidade do sistema. O camelo, então, não pode ser pressuposto, porque é tomado do exterior do sistema, mas também não pode deixar de ser pressuposto, porque então não poderiam ser realizadas as operações do sistema. Assim, se o décimo-oitavo camelo é pressuposto, não se pode considerá-lo como externo, mas unicamente como interno. Em nosso exemplo, efetivamente, não existe o décimo oitavo camelo no interior do sistema. Tanto é assim que, após a realização da divisão dos camelos, ele é devolvido. Contudo, é o fato de ter sido acrescentado o décimo-oitavo camelo que torna possíveis todas as operações de divisão; isto é, não torna possível apenas uma, como seria no caso da dedução. O camelo, por assim dizer, flutua, circular em todas as operações. É por isso que cada operação do sistema constitui uma construção. Através dessa “flutuação” e dessa construção, o sistema procura em si mesmo suas próprias possibilidades evolutivas. No sistema jurídico, os princípios gerais do direito funcionam como um 18º camelo. Aqui, podemos verificar um duplo paradoxo: primeiro, o paradoxo das descrições realizadas pelas teorias do direito, que pretendem descrever os princípios como existentes ou não existentes no sistema; segundo, o paradoxo do próprio modo de operar do sistema através dos princípios, que constitui como que uma conseqüência do paradoxo da auto-referência do direito.” (MAGALHÃES, op. cit., p. 269 -270 – grifos e destaques originais). Luhmann aproveita esta estória, como ele próprio registra, recordada de uma conferência de Jean Pierre Dupuy: *L'autonomie et la complexité sociale*, ocorrida em Montpellier em 11 de maio de 1984, no artigo “A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito”. In: ARNAUD, André-Jean e LOPES JR, Dalmy (Orgs.). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 33 – 107, nesse trabalho, todavia, utiliza-se de 12 camelos e a divisão é levada a um juiz, o que revela que dentre as três formas por meio das quais opera-se a redução de expectativas (seletividade), a saber: temporal, social e prática, Luhmann optou pela *social* através da qual as expectativas são institucionalizadas, ou seja, apoiadas sobre um consenso de um terceiro (um juiz). Magalhães, coerentemente com a linha de seu trabalho, optou pela redução *prática* de expectativas, onde as estruturas de expectativas podem ser fixadas através de delimitação de um sentido idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas, por exemplo, obedecer filas, cheque como ordem de pagamento a prazo, etc. A positividade, na visão sistêmica – que implica em conceber o sistema jurídico como operacionalmente fechado e cognitivamente aberto – completa-se com a redução de expectativa temporal, onde estas são estabilizadas através de normatização. (a respeito, conferir ROCHA, Leonel Severo. “Da epistemologia jurídica normativista ao*

Assim, exatamente por não possuírem um conteúdo semântico, princípios em colisão não se excluem, sujeitam-se antes à ponderação, critério balizador da função garantidora que, sem dúvida, possui o condão de afastar a originalidade da decisão judicial que não estaria criando direito retroativamente senão garantindo direito pré-existente. Devem, assim, os princípios ser validados como chaves de interpretação e fontes de crítica e (des)legitimação do existente⁵⁶⁷, de onde se divisa sua função cotidiana como um *topos* hermenêutico.⁵⁶⁸

Portanto, os princípios, no pensamento dworkiniano, são erigidos à condição de justificação da estrutura jurídica, política e moral. Sua utilização, nessa conformidade, deixa de ter um caráter supletivo, significa dizer que não servem apenas de escoro para, no processo jurídico decisório, o juiz deles se valer como marco regulatório, quando não encontrar regras. Eles atuam, nessa conformidade, como pauta de regulação de conduta, ou seja, como normas.

A doutrina pós-positivista tem apresentado três modos de distinção estrutural entre princípios e normas, assim agrupados por Streck:

a) Uma distinção lógica; b) Uma distinção formal-enunciativa; c) uma distinção material-conteudística. Na distinção lógica, pretende-se iluminar a diferença entre regra e princípio a partir do momento aplicativo de cada um destes fenômenos jurídicos. Assim diz-se que as regras são aplicáveis por subsunção ao passo que os princípios o são por ponderação (Alexy). Ou então que as regras são aplicáveis à base do tudo-ou-nada (*all or nothing*) enquanto que os princípios possuem uma dimensão de peso ou de importância (Dworkin). Já a distinção formal-enunciativa procura realizar uma classificação da regra e do princípio a partir da análise dos enunciados que expressam princípios (...) Dessa tentativa de classificação advêm as teses de que as regras são enunciados “fechados” (*sic*) enquanto que os princípios seriam enunciados “abertos” (*sic*) que possibilitam uma maior margem de atuação por parte do intérprete (...) No caso da distinção material-conteudística procura-se efetuar a diferenciação dos conteúdos tutelados pelas regras e dos eventuais conteúdos garantidos pelos princípios. Neste caso, as regras seriam responsáveis pela determinação das estruturas mais elementares do ordenamento jurídico; ao passo que os princípios tutelariam “valores” (*sic*), isto é, os princípios seriam responsáveis pela

construtivismo sistêmico”. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; e CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 31).

⁵⁶⁷ FERRAJOLI, 2002, p. 46.

⁵⁶⁸ STRECK, 2004a, p. 110.

introdução dos valores no direito de acordo com a cultura produzida por uma determinada comunidade num determinado período de tempo.⁵⁶⁹

Streck, no entanto, está convencido de que a distinção estrutural entre regras e princípios por qualquer dessas vias “reduz a importância dos princípios retirando-lhes o *caráter de transcendência*. Para que um princípio tenha uma função (ou importância) para além daquilo que representavam no positivismo, é necessário ultrapassar a discussão meramente semântica. Um princípio não é um princípio em face de seu enunciado ou em decorrência de uma relação lógico-aplicativa, mas, sim, em face daquilo que ele enuncia”. E por isso o professor gaúcho deixa claro que “uma concepção de princípio coerente e consistente com o novo constitucionalismo, superador do positivismo nas suas três características fundantes (fatos sociais, separação direito e moral e discricionariedade), *não pode se contentar com análises topográfico/analíticas*.”⁵⁷⁰

Streck ainda chama atenção para que “antes de sustentar uma distinção “lógica” entre regras e princípios (em que a regra se definiria no “tudo ou nada”) com base em Dworkin, é necessário ter presente que a tese dworkiniana deve ser lida nessa superação da discricionariedade positivista justamente através dos princípios⁵⁷¹ (...) Regras devem ser lidas, a partir de Dworkin como um contraponto ao dedutivismo, subsunção e, principalmente, a qualquer pressuposto da filosofia da consciência (esquema sujeito-objeto).”, isso porque “Regras (se se quiser preceitos) produzidas democraticamente podem/devem, igualmente, traduzir a institucionalização da moral no direito. A distinção regra-princípio não pode significar, assim, maior ou menor grau de subjetividade.”⁵⁷²

⁵⁶⁹ STRECK, 2009a, pp. 517 – 518 e 520, passim.

⁵⁷⁰ Idem, p. 520.

⁵⁷¹ E Streck explica: “A assim denominada “era dos princípios” representa simbolicamente a ruptura com o modelo de regras. Os direitos humanos-fundamentais-sociais ingressam – enquanto mundo prático – por intermédio da principiologia (que, evidentemente, pode levar a infundáveis discussões acerca da “distinção” entre regras e princípios; só que essa é uma discussão semântica). Mas antes da distinção (que não é a mesma coisa que diferença), há algo que se antecipa (...) Se não há entes desnudos, ou seja, o ente só é (algo enquanto algo) no seu ser (essa é a diferença ontológica), não é possível falar em regras que não digam respeito a algo (não há conceitos em abstrato). Conseqüentemente, estas regras somente podem ser compreendidas à luz da diferença entre texto jurídico e o sentido que este texto adquire a partir de sua aplicação (aqui ingressa a faticidade, o modo prático de ser no mundo). Nesse sentido, é relevante ressaltar que a diferença ontológica entre regra e princípio, que supera, portanto, as dimensões decorrentes de distinções semânticas, não implica a “transformação de uma regra em um princípio ou vice-versa”, porque neste caso, ocorre a entificação da regra ou do princípio. Com isso, perde-se a dimensão hermenêutica (por exemplo, é como transformar um princípio em um “sentido acumulado” de uma súmula). Aqui reside também a questão relacionada à subsunção/dedução: a entificação de uma regra ou de um princípio reduz a discussão da interpretação ao nível aponfântico.” (STRECK, 2009a, p. 253).

⁵⁷² STRECK, 2009a, pp. 254 – 255, passim.

Mas, além dos princípios, Dworkin aponta outros padrões regulatórios: os precedentes e os costumes, cuja aplicação já foram reconhecidos em casos semelhantes, o que faz com que a decisão jurídica volte-se para o passado, mas, igualmente, dirija-se para o futuro na medida em que o juiz deve estar atento para a circunstância que a sua decisão passa a servir, doravante, também de marco regulatório (precedente). É o que Dworkin chama de cadeia de direito (*chain of law*)⁵⁷³, que aponta para o respeito à tradição.

Chueiri registra com agudeza que esse retorno ao passado visa a interpretar “o que fôra escrito no passado por meio das decisões dos juízes e não descobrir o que eles disseram ou o seu estado de espírito para, assim, chegar a uma opinião acerca do que fora feito, coletivamente.”⁵⁷⁴ Deveras, o processo – não se pode perder de vista – é interpretativo, se o magistrado volta-se ao passado para descobrir o direito presente ainda que em pautas regulatórias tais quais os precedentes ou os costumes, estaríamos, sem dúvida, volvendo a uma metodologia dogmática erigindo estes marcos regulatórios a fundamentos tais quais a norma escrita no tratamento impingido pela hermenêutica clássica.

O realce deste amálgama entre passado (tradição) e futuro está no caráter interpretativo que segundo Dworkin revelaria o direito como integridade (*law as integrity*)⁵⁷⁵ como uma proposição na qual as práticas jurídicas “são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação

⁵⁷³ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 275 – 279.

⁵⁷⁴ CHUEIRI, Vera Karam de. *Ronald Dworkin*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo, UNISINOS, 2006, p. 262.

⁵⁷⁵ “O direito como integridade é, portanto, mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo. Essas últimas teorias se oferecem *como* interpretações. São concepções de direito que pretendem mostrar nossas práticas jurídicas sob sua melhor luz, e recomendam, em suas conclusões pós-interpretativas, estilos ou programas diferentes de deliberação judicial. Mas os programas que recomendam não são, em si, programas de interpretação; não pedem aos juízes encarregados da decisão de casos difíceis que façam novos exames, essencialmente interpretativos, da doutrina jurídica. O convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo. É evidente que vão surgir problemas interpretativos ao longo desse processo: por exemplo, pode ser necessário interpretar um texto para decidir que lei nossas convenções jurídicas constroem a partir dele. Uma vez, porém, que um juiz tenha aceito o convencionalismo como guia, não terá novas ocasiões de interpretar o registro legislativo como um todo, ao tomar decisões sobre casos específicos. O pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. Esse exercício pode pedir a interpretação de alguma coisa que extrapola a matéria jurídica: um pragmatismo utilitarista talvez precise preocupar-se com a melhor maneira de entender a idéia de bem-estar comunitário, por exemplo. Uma vez mais, porém, um juiz que aceite o pragmatismo não poderá interpretar a prática jurídica em sua totalidade. O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que se apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como a origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda.” (DWORKIN, 1999, pp. 272 – 273).

construtiva da prática jurídica da comunidade”⁵⁷⁶, que deve, portanto, se engajar nesses princípios de tal modo que a comunidade assuma uma personificação com muito mais seriedade, afirma Dworkin, que expressa a *comunidade de princípios*

como se uma comunidade política realmente fosse alguma forma especial de entidade, distinta dos seres reais que são seus cidadãos. Pior ainda, atribui influência e responsabilidade morais a essa entidade distinta. Pois, quando digo que uma comunidade é fiel a seus princípios, não me refiro a sua moral convencional ou popular, às crenças e convicções da maioria dos cidadãos. Quero dizer que a comunidade tem seus próprios princípios que pode honrar ou desonrar, que ela pode agir de boa ou má-fé, com integridade ou de maneira hipócrita, assim como fazem as pessoas.⁵⁷⁷

Decorre, daí, a posição de Dworkin no sentido de que o critério de validade do direito é sua coerência. Ele próprio socorre-se de analogia com a interpretação literária para fazer ver tal qual o escritor, que desenvolve um capítulo considerando os capítulos anteriores, a cadeia de direito (*chain of law*) revela-se quando a argumentação volta-se às decisões pretéritas.⁵⁷⁸ A coerência da argumentação jurídica repousaria, assim, na cadeia de direito, ao mesmo tempo que satisfaria a legitimidade do direito, garantiria a segurança do processo de integridade (*law as integrity*)⁵⁷⁹

Assim, se é assegurado a todos obter uma decisão judicial ainda que justificada a partir de princípios ou da interpretação da tradição (precedentes e costumes), o que evidencia a relevância que tais marcos ocupam dentro do sistema jurídico e afasta, decorrentemente, a idéia de discricionariedade no exercício da jurisdição, já que os juízes não criariam direito, mas se veriam obrigados a revelar o direito como integridade para solucionar os casos difíceis, Dworkin chega, assim, à conclusão de que haveria uma única resposta certa (*the right answer thesis*)⁵⁸⁰ e a justificação política do processo dependeria dessa caracterização⁵⁸¹, a fim de satisfazer o próprio *critério da integridade*, que a todo instante está a exigir que o juiz se conduza sob os trilhos da

⁵⁷⁶ DWORKIN, 1999, p. 272.

⁵⁷⁷ Idem, p. 204.

⁵⁷⁸ Idem, pp. 275 – 285.

⁵⁷⁹ “Em relação à legislação, a integridade é um princípio político que exige que as normas feitas pelos legisladores sejam, moralmente, coerentes enquanto que, na *adjudication* (nas decisões judiciais) ela exige que os juizes tratem o sistema jurídico como expressando e respeitando um conjunto coerente de princípios, e para este fim, portanto, interpretem, crítica e construtivamente Direito.” (CHUEIRI, op. cit., p. 262).

⁵⁸⁰ É comum, entre nós, o uso da expressão etimológica *única resposta certa*, que, sem dúvida, encerra em si mesma um tautologismo, na exata medida em que a resposta certa para um caso concreto deve ser a única a revelar a verdade como condição de possibilidade.

⁵⁸¹ DWORKIN, 2002, p. 430.

integridade moral a fim de desvelar o *verdadeiro* direito das partes, ainda que se encontre velado sob a forma de um princípio e, portanto, esperando vir à tona. Nesse sentido, Chueiri em abono à tese da resposta certa registra que ela:

não é algo dado, mas construído argumentativamente. Isto é, não é dado ao juiz descobrir ou inventar nada, mas sim interpretar os argumentos que lhe são apresentados. Essa atitude interpretativa leva em conta as convicções morais e políticas do julgador, como também aquilo que outros juízes decidiram no passado e, ainda, os padrões morais da comunidade envolvida. Assim, a tese de que há sempre uma resposta certa para o Direito – mesmo em casos difíceis – significa que sempre haverá um princípio no qual o juiz fundamentará sua decisão.⁵⁸²

Para Dworkin, portanto, o juiz não goza de discricionariedade⁵⁸³, pois deverá sempre encontrar nos princípios que integram a história e a moralidade da comunidade, a resposta correta para qualquer caso, inclusive os difíceis, por isso não se poderia falar em criação de direito e sim, como já vimos, de uma função garantidora.⁵⁸⁴

Ao desvelar o *verdadeiro* direito das partes, sob o prisma da teoria integral, o juiz, segundo Dworkin, trabalhará com dois tipos de níveis argumentativos: os *argumentos de princípios* e os *argumentos de política*. Os argumentos de princípio “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”, já os argumentos de política “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo.”. E Dworkin exemplifica: O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Já o argumento em favor das leis contra discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade

⁵⁸² CHUEIRI, op. cit. p. 26.

⁵⁸³ DWORKIN, 2002, pp. 108 – 113. Já na página 78 Dworkin esclarece: “... o direito não aconselha meramente os juízes e outras autoridades sobre as decisões que devem (*ought to*) tomar; determina que eles têm um dever (*have a duty to*) de reconhecer e fazer vigorar certos padrões. Pode ser que, em alguns casos, o juiz não tenha o dever de decidir de um modo ou de outro; nesse tipo de caso, devemos nos dar por satisfeitos em falar sobre o que ele deve (*ought to do*) fazer. Isso, suponho, é o que está implícito quando dizemos que, em um caso como este, o juiz tem “poder discricionário”. Porém, todo filósofo do direito, com exceção dos representantes mais extremados do realismo jurídico norte-americano, supõe que, pelo menos em alguns casos, o juiz tem o dever (*has a duty*) de decidir de uma maneira específica, pela expressa razão de que o direito exige tal decisão.

⁵⁸⁴ Calsamiglia, atento ao caráter descritivo-analítico da obra de Dworkin, registra: “En muchas ocasiones se há afirmado que el Tribunal [refere-se ao Tribunal Constitucional] está subordinado a la Constitución. Los positivistas y realistas – por lo menos algunos de entre ellos – han considerado que esa afirmación no era más que una mentira piadosa, que servía para ocultar el poder político del juez. Posiblemente las tesis de Dworkin pueden contribuir a comprender lo que el hombre de la calle ya sabe: que los jueces no tienen un gran poder político. Los jueces y tribunales no tienen libertad para *inventarse* derechos e interpretaciones.” (CALSAMIGLIA, 1993, p. 19).

de consideração e respeito, é um argumento de princípio.⁵⁸⁵ Dworkin está decididamente convencido de que moral é uma questão de princípios⁵⁸⁶ e por isso não hesita em optar por argumentos de princípios, no conflito com os argumentos de política, para garantir os direitos historicamente construídos pela comunidade política.⁵⁸⁷

Observe-se que, seja em face da vagueza, seja em face da indeterminação do direito ou da ausência de padrão regulatório escrito, seja, ainda, porque há várias normas que impõem soluções contraditórias ou, sobretudo, diante do angustiante problema da judicialização da política marcado pela pugna entre *argumento de princípios* e *argumento de política* que revela o conflito, como já vimos, de longa data, entre *gubernaculum* e *iurisdictio*, a construção teórica de Dworkin imprime relevância especial aos casos difíceis (*hard cases*) ante a exigência de que nessas situações o juiz se encontra obrigado a encontrar a resposta certa apta a desvelar o *verdadeiro* direito das partes sob os trilhos da integridade moral⁵⁸⁸, que revela uma teoria política apta a justificar as práticas judiciais que se assenta no conjunto de princípios da comunidade, que subjazem às regras positivas, insiste Dworkin⁵⁸⁹.

Mas essa resposta não pode ser erigida, ainda insiste Dworkin, sob uma linha de raciocínio que remeta o juiz a verificar que argumentos de princípios ou de política fez uso o legislador ao elaborar a lei a fim de decidir diante da vagueza, como igualmente não pode resultar de argumentação que coloque o magistrado como um complementar da chamada *vontade do legislador* a ponto de ele poder determinar o que o legislador teria dito se tivesse contemplado o caso, pois as suposições dos juízes sobre a intenção do legislador são suposições sobre direitos políticos⁵⁹⁰ e não sobre direitos jurídicos da comunidade que pré-existem e exigem que o legislador, tal qual o juiz, se utilize do critério de integridade, mas em relação primeiro, no sentido de que deve se portar com integridade moral – as normas criadas sejam moralmente coerentes – tendo em vista e com respeito aos princípios da comunidade, pois “os direitos dos indivíduos são, ao mesmo tempo, frutos da história e da moralidade de uma determinada

⁵⁸⁵ DWORKIN, 2002, pp. 129 – 130, passim.

⁵⁸⁶ Idem, p. 115.

⁵⁸⁷ Idem, p. 132.

⁵⁸⁸ Idem, pp. 127 – 128.

⁵⁸⁹ Idem, pp. 164 – 165.

⁵⁹⁰ Idem, p. 170.

comunidade” e “dependem das práticas sociais e da justiça das suas instituições”, lembra Kozicki⁵⁹¹,

Mais adiante, a questão será retomada sob o enfoque da hermenêutica filosófica, quando sob o influxo da diferença ontológica entre texto e norma, o acontecer da verdade projeta-se no momento da *applicatio* a partir da eleição de um sentido contextual possível do texto. Aliás, conquanto a teoria de Dworkin se impregne de caráter notadamente analítico a partir das práticas judiciais anglo-americanas – sem recurso, portanto, ao viés hermenêutico filosófico – ele não hesita em afirmar que

os termos da lei efetivamente promulgada pelo poder legislativo permitem que este processo de interpretação opere sem incorrer em qualquer absurdo; permitem que Hércules⁵⁹² afirme que o poder legislativo estendeu uma política até os limites permitidos pela linguagem de que fez uso. No entanto, Hércules não supõe que o poder legislativo tenha estendido essa política até um ponto ulterior indeterminado, além desse limite.⁵⁹³

Realmente Dworkin está certo quando expressa, com outras palavras, que o texto diz muito, todavia, não imprime ao contexto a atenção que merece na busca da verdade – caminho que tentaremos mais adiante palmilhar - e voltando sua preocupação, como já registramos, para lastrear a experiência jurídica, segundo ele, num novo e potencialmente revolucionário nível de discussão que se processaria mercê de uma *ascensão justificadora* que conduziria o juiz a trabalhar de-fora-para-dentro achando as melhores justificativas disponíveis⁵⁹⁴. Dworkin faz, a partir daí, um verdadeiro elogio à teoria, que se vê guindada, lembra Calsamiglia, à função de reduzir a incerteza do direito⁵⁹⁵, ou dito de outra maneira, ensejar a resposta certa para os casos difíceis.

O direito como integridade exige do jurista esse trabalho, ou seja, “um olhar para uma direção mais ampla, digo para a Teoria da Constituição... Poderemos descobrir que aquele princípio é inconsistente, ou, de alguma maneira, incoerente em relação a algum outro princípio com o qual devemos contar para justificar alguma parte mais ampla do Direito”⁵⁹⁶. E

⁵⁹¹ KOZICKI, 2001, p. 45.

⁵⁹² O imaginário juiz criado por Dworkin com capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas para resolver os casos difíceis (DWORKIN, 1999, p. 287 e DWORKIN, 2002, p. 165).

⁵⁹³ DWORKIN, 2002, p. 171.

⁵⁹⁴ DWORKIN, 2006, p. 15.

⁵⁹⁵ CALSAMIGLIA, 1993, p. 16.

⁵⁹⁶ DWORKIN, 2006, p. 15.

Dworkin recorre a Hércules para mostrar o quanto é difícil exigir do jurista o nível desejado de teorização ao declarado escopo:

A princípio, tentei frisar essa vulnerabilidade na figura do heróico juiz Hércules que, por suas virtudes, poderia perfeitamente ir em direção oposta à que acabei de descrever. Ele poderia pensar não de-dentro-para-fora, partindo de problemas específicos para os mais gerais e abstratos, como fazem outros juristas, mas de-fora-para-dentro, em outra direção. Antes de analisar seu primeiro caso, ele construiria uma teoria totalizante na qual coubessem todos os casos. Ele, assim, decidiria todas as questões relevantes da metafísica, da epistemologia, da ética e também da moral, incluindo-se a moral política. Ele poderia decidir o que há no universo, e por que isso é justificado no pensamento, que é o que há; o que a justiça e a equidade requerem; o que liberdade de expressão, em si, significa, por que é uma liberdade particularmente digna de proteção; e por que é correto responsabilizar pessoas cuja atividade é conexa com a perda de outras, para compensar estas pelo dano. Ele poderia entrelaçar tudo isso e algo mais num sistema maravilhosamente arquitetônico. Quando um novo caso surgisse, ele já estaria bem preparado. De fora – começando talvez na elasticidade de sua maravilhosa criação intelectual – ele poderia trabalhar firmemente em direção ao problema em questão: achando as melhores justificativas disponíveis para o Direito em geral, para a prática jurídica e constitucional americana como uma espécie de direito, para a interpretação constitucional, para a responsabilidade civil...⁵⁹⁷

A tarefa é certamente fácil de fazer por um juiz com os atributos de Hércules, mas Dworkin está consciente de que pessoas comuns, advogados e juizes não podem fazer tudo isso. Nós raciocinamos de-dentro-para-fora: começamos com problemas simples impostos pela ocupação, pela responsabilidade, ou mesmo pelo acaso e, prossegue Dworkin, o escopo de nosso questionamento é muito limitado, não somente pelo tempo que temos disponível, mas também pelos argumentos que chegamos a encontrar ou cogitar. Tais objeções à teoria integral, apresentadas pelo próprio Dworkin, são cotidianamente colocadas no dia-a-dia da experiência jurídica brasileira. De fato, quando nos deparamos com o problema do ativismo judicial sob o viés da judicialização da política, a primeira indagação que se nos apresenta é a seguinte: os juízes estão preparados para tanto? E prossegue-se na seguinte linha: a quantidade de trabalho afeto aos magistrados não enseja tempo disponível para tanto... De fato, e aqui Dworkin também está certo, um juiz, raciocinando de-dentro-para-fora, dificilmente terá tempo ou sentirá necessidade de levar a cabo longas e trabalhosas argumentações ou pesquisas. Porém, em alguma oportunidade, todavia, deparar-se-á com a necessidade de conduzir-se a uma ascensão

⁵⁹⁷ Idem, p. 15

justificadora, que estará, como sempre, no horizonte do possível, não podendo ser descartada *a priori*.⁵⁹⁸

A relevância da teoria, todavia, conquanto importante na prática jurídica – *La teoría no solo describe sino que forma parte del derecho*, lembra Calsamiglia⁵⁹⁹ – não possui a direção privilegiada que lhe imprime Dworkin: suporte para solução dos casos difíceis. Ao contrário, o necessário manancial teórico torna-se exigência necessária ao exame de qualquer caso. Não, é bem verdade, com a intensidade cogitada para Hércules, mas com o nível necessário a propiciar ao juiz a necessária consciência dos efeitos da história efectual a fim de que possa contextualizar o caso – pouco importa se difícil ou prosaico – com o objetivo de permitir o acontecer da verdade. Se pessoas comuns, advogados e juizes não podem fazer tudo aquilo preconizado por Dworkin para a onisciência de Hércules, podem e devem estar atentos à importância da contextualização, da situação hermenêutica a partir da qual será alavancada a compreensão, aspecto, para nós, capital na busca de respostas corretamente justificadas no direito, como adiante tencionamos colocar.

Enfim, a tese dworkiniana, voltada para divisar o direito das partes, garantindo a (única) resposta certa a partir da eleição da melhor teoria, dirige-se diametralmente em sentido oposto primeiro, ao formalismo jurídico que subordina irrestritamente o juiz à lei, submetendo sua atividade ao processo lógico da subsunção, propugnando pela rejeição da demanda à ausência de norma⁶⁰⁰; segundo, ao modelo realista que sustenta que a decisão judicial é fruto das pretensões pessoais e da consciência subjetiva do juiz que sempre decide e depois justifica, donde perde sentido se falar, aqui, em casos difíceis porque o juiz, dotado de poder político, não se encontra subordinado à lei; e terceiro, ao positivismo jurídico que desde Kelsen se inspira sob o rumo da discricionariedade judicial. Com feito, no famoso capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, o mestre da escola de Viena registra:

Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O acto jurídico que efectiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador – a determinar por qualquer forma que seja – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a

⁵⁹⁸ Idem, passim.

⁵⁹⁹ CALSAMIGLIA, 1993, p. 16.

⁶⁰⁰ Essa linha de pensamento adota o mesmo princípio político da tese da resposta certa de Dworkin: o juiz não possui poder político.

outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O direito a aplicar forma em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o acto que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correcta, mas possivelmente a várias soluções que – medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no acto do órgão aplicador do Direito – no acto do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura do quadro que a lei representa – não significa que ele é a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.⁶⁰¹

Essa ordem de raciocínio satisfaz plenamente o espírito solipsista que, de regra, permeia a magistratura e é culminada com jargões do tipo: “o termo sentença tem sua origem etimológica no verbo sentir...”; “esta decisão judicial não é teratológica, pois se comporta plenamente na moldura normativa que giza o fato”, entre outros que podem facilmente ser encontrados nos manuais de direito e nas decisões judiciais.

Ora, já insistimos aqui que o sujeito não pode assujeitar o objeto a partir de sua própria consciência. Apenas na filosofia da consciência é que sentença pode ser compreendida como *um* sentir. Ao contrário, como adiante vamos testificar, a filosofia hermenêutica sustenta que a sentença é ato de compreensão existencial, finita e histórica, que se processa por meio da linguagem – ponto de partida básico desta tese. Sentença, ao contrário – se se quiser usar a velha fórmula agora corrigida – , vem de *sentido* (direção), pois ajusta-se a uma tradição e projeta-se para o futuro.

Dworkin abandona o irracionalismo manifesto na subjetividade do juiz e afasta, portanto, a pluralidade de sentidos possíveis eleitos sob o influxo de uma coerência lógico-dedutivista, como quer o positivismo clássico, para adotar o sentido uníssono de uma resposta certa única, apta a garantir, sob o manto do critério da integridade, os direitos morais construídos historicamente pela comunidade. Afasta-se, dessa forma, da tese central do positivismo que propugna a separação entre direito e moral exatamente para colocar a moral dentro do raciocínio

⁶⁰¹ KELSEN, 1979, pp. 466 – 467.

jurídico. Esses aspectos o colocam entre os chamados autores pós-positivistas e neo-jusnaturalistas.

Calsamiglia, ainda no famoso prólogo da edição espanhola de *Los Derechos en Serio*, chama a atenção para que Dworkin não é um autor jusnaturalista porque não crê na existência de um direito natural constituído por um conjunto de princípios unitários, universais e imutáveis e que sua teoria não constitui nenhum porto seguro que permita solucionar todos os problemas em que se fundamenta a validade e a justiça do direito. E com bastante precisão registra que

Dworkin rechaza el modelo de razonamiento típico del naturalismo – que se basa en la existencia de una moral objetiva que el hombre puede y debe descubrir. El autor americano intenta construir una tercera vía – entre el iusnaturalismo y el positivismo – fundamentada en el *modelo reconstructivo* de Rawls. Se parte del presupuesto de que el razonamiento moral se caracteriza por la construcción de un conjunto consistente de principios que justifican y dan sentido a nuestras intuiciones. Las intuiciones de nuestros juicios son los datos básicos, pero esos datos y esos juicios deben acomodarse al conjunto de principios. Esta tarea reconstructivo-racional del pensamiento moral no es exclusiva de éste, ya que Dworkin la extiende al pensamiento jurídico. Por eso se puede afirmar con Neil MacCormick que el propósito de Dworkin es reinstaurar la relación íntima entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico que desde Bentham y Austin se habían separado radicalmente y desde entonces ha constituido el auténtico hilo conductor de las doctrinas positivista.⁶⁰²

Contudo faz emergir o pensamento de MacCormick, quando divisa que o modelo construtivista de argumentação se transforma no modelo natural, indagando e pontuando o seguinte: “Hércules acaso no ejerce un papel semejante a Dios o a la Razón en la reflexión iusnaturalista? Es posible que la tesis de la respuesta correcta exija un criterio absoluto de evaluación de las teorías, y al absolutizar un criterio la tesis de la respuesta correcta no surge de la utilización del modelo de reconstrucción sino de una hipotética ordenación valorativa absoluta.”⁶⁰³

Porém, devemos insistir uma vez mais, o magistrado não vai *descobrir* o direito nos precedentes, nos costumes ou oculto nos princípios frutos da história e moralidade de uma comunidade e fazê-lo incidir na questão posta à sua decisão. Vai antes interpretá-lo e, para tanto, como sabemos, precisa compreendê-lo como condição de possibilidade existencial, histórica e finita. Nesse sentido, para Streck, a resposta certa

⁶⁰² CALSAMIGLIA, 1993, pp. 11 – 12.

⁶⁰³ Idem, p. 14.

é a resposta hermeneuticamente correta (verdadeira) . É, pois, *applicatio* (superada, portanto, a cisão – metafísica – do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação). Isto porque a interpretação do direito é um ato de “integração”, cuja base é o círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo), sendo que o sentido hermeneuticamente adequado (correto) se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição (que não aprisiona, mas funciona como condição de possibilidade). E – registre-se – a tradição não depende da vontade ou da discricionariedade do intérprete.”⁶⁰⁴

Mas Streck adverte, congruentemente, que não está simplesmente aderindo à tese tal qual proposta por Dworkin, porque não obstante possa haver aproximações entre Gadamer e Dworkin⁶⁰⁵, a hermenêutica filosófica não é a teoria que sustenta o pensamento do jus-filósofo norte-americano, e chamando a atenção para a diferença entre os sistemas da *common law* e da *civil law*⁶⁰⁶, assenta as bases da hermenêutica de matiz filosófico onde a resposta correta é, efetivamente, como quer o jus-filósofo gaúcho, aquela hermeneuticamente construída no caso concreto. Nas suas palavras:

Considero até mesmo sem sentido a discussão sobre se é possível uma única resposta correta. Além do mais, enquanto Dworkin sustenta que a indeterminação de regras jurídicas obriga a recorrer a direitos ou a argumentos principiológicos que se encontram fora da ordem jurídica positiva, não podendo, assim, ser identificados por meio de regra de reconhecimento, em sistemas jurídicos como o brasileiro essa questão assume outra dimensão, isto é, a Constituição abarca em seu texto um conjunto principiológico que contém a co-originariedade entre direito e moral – e nisso Habermas tem inteira razão –, isto é, aquilo que Dworkin necessita buscar “fora” do sistema, já está contemplado em Constituições fortemente compromissórias como a brasileira. Portanto, na situação hermenêutica (no sentido gadameriano do conceito) da Constituição do Brasil, o discurso moral-principiológico não vem de fora, para atuar como corretivo para os “impasses” interpretativos, até porque, e isto parece evidente, o direito é aberto à moral, mas não é dela dependente, como quer, v.g., Alexy.

⁶⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006a, p. 210.

⁶⁰⁵ Nesse sentido Streck aponta o trabalho de ARANGO, Rodolfo. *Hay respuestas correctas em el derecho?* Bogotá: Siglo del Hombre, 1999, conferir, sobremodo, pp. 90 – 103.

⁶⁰⁶ Essa distinção tem sempre que estar presente ao se examinar o pensamento de Dworkin de matiz nitidamente descritivo-analítico voltado para demonstrar que o modelo positivista é incapaz de descrever o direito em sua completude. Atento a esse aspecto, Carrió registra que “la descripción de Dworkin de las actitudes de los jueces americanos es correcta pero no puede ser invocada como contraejemplo del positivismo... La Constitución americana ha incorporado algunos *standards* morales como criterios de validez jurídica y los jueces americanos aplican estos *standards* como criterios últimos de validez. A causa de esta circunstancia, la conexión existente en aquel país entre el derecho y la moral, aunque sea importante y estrecha, no es una conexión necesaria o conceptual sino fáctica.” (CARRIÓ, Genaro. “Le opinioni del prof. Dworkin sul positivismo giurídico”. In: *Materiali per una Storia della Cultura Giurídica*, vol. X, n° 1, 1980, p. 145, *apud* Calsamiglia, op. cit, p.12)

Como bem assinala Arango, os sistemas jurídicos que incorporam princípios substantivos ou materiais como normas básicas valorativamente decisivas (princípios como o Estado Democrático de Direito, o Estado Social, a dignidade da pessoa, a solidariedade social, liberdade, a obrigação de erradicar a pobreza, a função social da propriedade) elevam ao patamar de obrigação jurídica a realização aproximativa de um ideal moral. E citando Dreyer, lembra que as Constituições políticas dos Estados que incorporam aqueles princípios ao direito positivo como princípios juridicamente válidos e como expressão *de e da* ética política moderna, estabeleceram uma relação necessária entre direito e moral, já que, com isso, se exige por direito próprio, em casos de vagueza e colisão, aproximar a noção do direito como é ao direito como deve ser. Por isso, a discussão da moral no plano da hermenêutica se coloca na questão do “lidar com o mundo prático”, a partir da não-cisão entre conhecer, interpretar e aplicar. O “conceito moral básico” que decide um caso advém da importância assumida pelo texto (veja-se a incorporação dos princípios substantivos pelo direito), a partir do requisito hermenêutico imposto pela consciência da história efetual.⁶⁰⁷

E para quem possa pensar que o caminho esboçado a partir da consideração da hermenêutica de caráter filosófico, com a relevância atribuída aos princípios, abriria as portas para um relativismo hermenêutico, irmão gêmeo, podemos dizer assim, da arbitrariedade, Streck com bastante propriedade proclama:

São princípios que, ao introduzirem o mundo prático, “garantem” uma espécie de “objetividade” na interpretação, em que pese a abertura semântica ínsita aos princípios. Como já dito, é exatamente por isso que os princípios não “abrem” o processo interpretativo em favor de arbitrariedades; ao contrário, a *applicatio*, a partir dos teoremas fundamentais da hermenêutica (o círculo hermenêutico, que vai do todo à parte e da parte ao todo, do geral para o particular e do particular para o geral e a diferença ontológica, que obstaculiza a dualização entre faticidade e verdade) proporciona um “fechamento” da interpretação, isto é, *serve como blindagem contra a “livre atribuição de sentidos”*.⁶⁰⁸

Assentado que o direito admite resposta certa, é preciso entender porque ela não é única, nem várias possíveis, mais aquela inteiramente adequada a uma situação hermenêutica específica.

⁶⁰⁷ STRECK, 2006a, pp. 11 – 12.

⁶⁰⁸ Idem, *ibidem*.

3.1.3 Em direção à verdade contextual

A resposta certa como aquela hermeneuticamente construída para o caso concreto deve, sustentamos, submeter-se a uma contextualização de tempo e de espaço. Noutra contextualização, significa dizer, sob outra situação hermenêutica, a compreensão será alavancada sobre outra consciência histórico-efetual e permitirá outra resposta ainda que a partir do mesmo texto.

Assim, numa roda de pagode em Vila Isabel no Rio de Janeiro, a resposta correta será admitir que Zeca Pagodinho é um melhor cantor do que Chico Buarque. A situação, todavia, se inverte se a resposta for erigida sob um outro contexto, ou seja, se as condições de possibilidades se erigirem a partir de outra consciência histórico-efetual como seria o caso de se deflagrar a compreensão no bairro Moinhos de Vento, em Porto Alegre. Isso não quer significar, todavia, que a historicidade e tradição estão proporcionando um fechamento da interpretação; não permitem – isso sim – uma atribuição arbitrária de sentido e é por isso que servem de blindagem, como lembra Streck⁶⁰⁹.

Efetivamente, estamos convencidos de que não se pode cogitar de uma resposta sem contextualização. Ou será que Chico Buarque é melhor cantor do que Zeca Pagodinho porque é? Isso porque a verdade “é”, o que seria condição para que o *ser* “se dê”, se projete, o que equivaleria dizer que “a verdade só é na medida e enquanto a pre-sença é” como aponta Heidegger⁶¹⁰?

É preciso realmente ter presente que Heidegger está convencido de que a pergunta pelo *ser* e sua *verdade* exige que se questione “concretamente o que significa dizer o ser “é” e de onde ele deve se distinguir de todos os entes, [e] se esclareça o sentido de ser e a envergadura da compreensão ontológica”⁶¹¹. Buscar a significação do ser exige, por sua vez, uma compreensão da faticidade da pre-sença e da sua constituição ontológica. “Existir é sempre um fato. Existencialidade determina-se pela facticidade”. A constituição ontológica da pre-sença ampara-se numa “totalidade referencial de significância, que, como tal, constitui a mundanidade [e] ancora-se num “em-função-de” porque o proceder a si mesma da pre-sença significa já estar lançado no mundo. “A descoberta dos entes intramundanos se *fundam* na abertura do mundo, que

⁶⁰⁹ Idem, Ibidem.

⁶¹⁰ HEIDEGGER, 2005, p. 299.

⁶¹¹ Idem, ibidem.

se constitui o modo fundamental da pre-sença segundo o qual ela é... *Com ela e por ela é que se dá a descoberta. Por isso, somente com a abertura da pre-sença é que se alcança o fenômeno mais originário da verdade*". Daí porque a proposição verdadeira, segundo Heidegger, propõe, indica, "deixa ver" o ente em seu ser e o torna descoberto⁶¹². "A verdade não possui, portanto, a estrutura de uma concordância entre conhecimento e objeto, no sentido de uma adequação entre um ente (sujeito) e um outro ente (objeto)... só, é, pois, ontologicamente possível como base no ser-no-mundo."⁶¹³

Assim, quando Heidegger afirma que "a pre-sença é e está na verdade" ele o faz consciente de que "a *abertura em geral* pertence essencialmente à constituição ontológica da pre-sença" e que "o *estar-lançado* pertence à constituição ontológica da pre-sença como constitutivo de sua abertura. Nele, desentranha-se que a pre-sença já é sempre minha..." mas, esclarece Heidegger, isso acontece "num mundo determinado e junto a um âmbito determinado de entes intramundanos determinados. A abertura é, em sua essência, fatural".⁶¹⁴ A faticidade expõe-se, sem dúvida, a fechamentos, encobrimentos e velamentos, de tal sorte que do ponto de vista ontológico-existencial, conclui Heidegger que, de modo igualmente originário a "pre-sença é e está na não-verdade".⁶¹⁵

A conclusão que se extrai, a partir daí, é a de que uma proposição não pode ser verdadeira porque é, mas porque a compreensão a partir da faticidade da pre-sença fundada na abertura permite a significação erigida a partir de uma totalidade referencial de significância (mundanidade). É que, insiste Heidegger:

⁶¹² Heidegger utiliza como exemplo as leis de Newton para mostrar o descobrimento do ente pela abertura como modo de ser essencial da pre-sença que é. Nas suas palavras: "As leis de Newton, o princípio de contradição, toda verdade em geral só é verdade enquanto a pre-sença é. Antes da pre-sença e depois da pre-sença não havia verdade e não haverá verdade porque, nesse caso, a verdade *não pode* ser enquanto abertura, descoberta, descobrimento. Antes das leis de Newton serem descobertas, elas não eram "verdadeiras"; daí não se segue, porém, que fossem falsas nem que seriam falsas se, do ponto de vista ôntico, nenhuma descoberta fosse mais possível. Do mesmo modo, essa "limitação" não contém uma diminuição do ser-verdadeiro das "verdades". As leis de Newton, antes dele, não eram nem verdadeiras nem falsas. Isso não pode significar que o ente que elas, descobrindo, demonstram não existisse antes delas. As leis se tornam verdadeiras com Newton. Com elas, o ente em si mesmo se tornou acessível à pre-sença. Com a descoberta dos entes, estes se mostram justamente como os entes que antes delas já eram. Descobrir assim é o modo de ser da "verdade"." (Idem, p. 296).

⁶¹³ Idem, p. 257, 286, 289, passim.

⁶¹⁴ Idem, pp. 289 – 290.

⁶¹⁵ "O fato da deusa verdade de Parmênides colocá-lo diante de dois caminhos, um do descobrimento e outro do velamento, significa simplesmente que a pre-sença já está sempre na verdade e na não verdade. O caminho do descobrimento só é conquistado (...) na cisão compreensiva entre ambos e no decidir-se por um deles." (HEIDEGGER, op. cit., p. 291).

A proposição não é o “lugar” primário da verdade. *Ao contrário*, a proposição, enquanto modo de apropriação da descoberta e enquanto modo de ser-no-mundo, funda-se no descobrimento ou na *abertura* da pre-sença. A “verdade” mais originária é o “lugar” da proposição e a condição ontológica de possibilidade para que a proposição possa ser verdadeira ou falsa (possa ser descobridora ou encobridora).⁶¹⁶

A verdade, então, como pertencente à constituição essencial da pre-sença, “*é relativa ao ser da presença na medida em que seu modo de ser possui essencialmente o caráter de pre-sença.*”. Porém, essa relatividade não significa que toda verdade é subjetiva, ou seja, que esteja no arbítrio do sujeito. Que ela possibilita pressuposições, ou seja, enseja a compreensão de alguma coisa com a base e o fundamento do ser de um outro ente. A pressuposição da verdade, diz Heidegger, significa compreendê-la como alguma coisa em função da qual a pre-sença é. Mas é preciso se ter em mente que “a abertura e o descobrimento pertecem, de modo essencial, ao ser e ao poder-ser da pre-sença como ser-no-mundo.” O descobrimento retira a proposição do arbítrio “subjetivo” e leva a pre-sença descobridora para o próprio ente.

A partir daí, insistimos nós, e voltando à questão que tem servido de norte para nossa compreensão: para se ter como verdadeira a proposição de que Chico Buarque é melhor cantor que Zeca Pagodinho é necessário questionar concretamente o ser de forma ontológica, ou seja, é preciso deslanchar uma compreensão ontológica da pre-sença a partir da abertura a fim de que se alcance a verdade como fenômeno originário que, igualmente à pre-sença, que é, ampara-se numa totalidade existencial de significância, isto é, na mundanidade fundada numa abertura que essencialmente é factual. Fora da faticidade, ao invés de se abrir, se desvelar, ocorre o fechamento do ente sem que se possa dele dizer verdadeiro ou falso, conquanto originariamente tal qual a pre-sença já o seja. É preciso, portanto, que se opere a descoberta! Que a pre-sença seja levada ao próprio ente onde este desde já e sempre co-existe com a verdade que restou desvelada na proposição.

Daí a relevância da interpretação. Se vamos pressupor que Chico Buarque é melhor cantor do que Zeca Pagodinho, essa pressuposição da verdade deverá se encontrar em função da pre-sença como ser no mundo exposta à faticidade, historicidade, cotidianidade, enfim, mundanidade como totalidade referencial de significância. Fora disso, ou seja, numa neutralidade à mundividência, a pressuposição conduzirá a uma verdade absoluta que somente pode ser

⁶¹⁶ Idem, p. 295.

provada de modo suficiente “caso se logre demonstrar que, em toda a eternidade, a pre-sença foi e será. Enquanto não houver essa prova, a sentença será apenas uma afirmação fantástica que não recebe nenhuma legitimidade apenas porque os filósofos geralmente nela “acreditam””, pontua Heidegger⁶¹⁷.

Admitir – sem uma pressuposição absoluta fulcrada em arbítrio subjetivo – que Chico Buarque é melhor cantor do que Zeca Pagodinho sob o influxo de que “é por que é”, ou seja: porque desde já e sempre já o era no modo-de-ser originário da pre-sença que é, implica necessariamente admitir uma descoberta da verdade a partir da abertura que evidenciou o ente que se encontrava velado no ser. Antes dessa abertura da pre-sença que enseja a descoberta dos entes intramundanos, a pre-sença se encontra de modo igualmente originário na não-verdade: Chico Buarque não é melhor cantor do que Zeca Pagodinho. Essa estrutura apofântica da proposição, longe de conduzir ao amesquinamento do caráter originário da verdade, revela, isso sim, que ela somente se torna possível a partir da abertura, do descobrimento, quando o ente se torna acessível à pre-sença. E isso, como é sabido, ocorre a partir da mundanidade, ou seja, sob a compreensão de um contexto referencial de significância.

Aferir esse contexto para propiciar a descoberta dos entes intramundanos coloca o direito sob o trilho de uma experiência cultural e permite a consideração de uma *verdade contextual*.

É preciso, todavia, colocar neste espaço uma maior compreensão da hermenêutica filosófica antes de deduzirmos nossas considerações sobre as condições e possibilidades de respostas corretamente justificadas no Estado Democrático.

⁶¹⁷ Idem, p. 296.

3.2 A hermenêutica filosófica

As idéias precedentes já evidenciam que a decisão judicial hodiernamente não se volta apenas para revelar o direito. Divisa-se nela um processo realmente criador que “agregaria conteúdos jurídicos de testificação discursiva propiciadores de processual e incessante fiscalidade irrestrita, abstrata e concreta das bases de produção, legiferação e cumprimento (aplicação) do direito, que só assim se mostraria realizador do *princípio da democracia*”⁶¹⁸. Ela deve, ao contrário, ocorrer não a partir de um esquema metodológico dogmático, mas num plano de compreensão onde o intérprete se encontraria livre das amarras do processo subsuntivo-dedutivista da hermenêutica clássica.

Essa constatação coloca a experiência jurídica sob um novo paradigma, desta feita, de matiz hermenêutico no âmbito do que se convencionou denominar de *guinada interpretativa*.⁶¹⁹

Nessa contextura, a hermenêutica jurídica assume lugar de destaque dentro da teoria do direito⁶²⁰. Os esforços voltam-se para colocar luz nos caminhos a serem percorridos pelos juristas em sua tarefa rotineira de interpretar.

Mas, como já afirmamos, a redução do direito à norma escrita sob o veio positivista conduz a tarefa do jurista a encontrar a norma que se ajuste ao caso concreto no processo de subsunção (método dogmático). Assim, se o fato se encaixa perfeitamente na norma, o intérprete faz extrair dela certo efeito. Essa postura faz com que o intérprete tenha a preocupação voltada para alcançar a *vontade da lei* de modo que, tanto mais autêntica seria a interpretação quanto revelasse essa vontade, que lhe teria sido impregnada pelo legislador (*espírito do legislador*). Nas palavras de Streck:

⁶¹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 29.

⁶¹⁹ Cfe. Gustavo Just “a expressão *guinada interpretativa* (*interpretative turn, tournant interpretatif, interpretative Wende*) cunhada no final dos anos 1970 para registrar o que seria o advento de um novo paradigma das ciências sociais, vem sendo utilizada com frequência nos últimos vinte anos, tanto por autores anglo-saxões como por teóricos *continentais*, para aludir a evolução recente da teoria e da Filosofia do Direito, e até mesmo para qualificar globalmente o que corresponderia ao momento atual da cultura jurídica reflexiva.” (JUST, Gustavo. *Guinada Interpretativa*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006, p. 394).

⁶²⁰ Segundo ainda Gustavo Just “a simples constatação dos títulos dos livros e artigos publicados nos últimos anos poderia bastar para confirmar o recente diagnóstico de Andrei Marmor, que reconhece na interpretação um dos principais paradigmas intelectuais dos estudos jurídicos nos últimos quinze anos, em torno do qual se edificou boa parte da teorização da última década, como já ocorrera com as normas na década de 1960 e com os princípios jurídicos na de 1970.” (JUST, op. cit. p. 395).

Na doutrina e na jurisprudência do Direito ainda domina a idéia da indispensabilidade do método ou do procedimento para alcançar a *vontade da norma*, o *espírito do legislador*, a correta interpretação do texto, etc. Acredita-se que o ato interpretativo é um ato cognitivo e que *interpretar a lei é retirar da norma tudo o que nela contém*, circunstância que bem denuncia a problemática metafísica nesse campo de conhecimento.⁶²¹

Deveras, a ciência moderna ainda repousa na idéia de exatidão. Tão mais exato, ou seja, tão mais passível de demonstrações lógico-dedutivas seja o conhecimento científico, e tão mais alto será o grau de prestígio de que gozará. Por outro lado, se um conhecimento não é passível de demonstração por meio de parâmetros mecanicistas como os afeitos aos domínios da matemática (gráficos, tabelas, quadros) expõe-se, não raro, ao repúdio em benefício de exatidão e da certeza.

Essa pretensão de objetividade pressupõe um controle do homem sobre os objetos. No direito, um apoderar-se da norma conquanto objeto cognoscível pelo sujeito cognoscente. Tê-la sob controle como se faz com relação aos objetos. A superação desta relação objetificante *sujeito-objeto* ocorre por meio da linguagem como condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno jurídico, quando desvela um sentido sempre e já pré-existente. É exatamente aqui que a hermenêutica filosófica inaugurada por Gadamer traz relevante contribuição para o direito.

Gadamer louva-se de Heidegger⁶²² para retirar a compreensão das garras da relação objetificante da metafísica clássica e direcioná-la para uma especial forma de ser-no-mundo: *a linguagem* como condição de possibilidade, que privilegia a experiência histórico-factual do sujeito (tradição).

Deveras, Gadamer apregoa um “retorno ao mundo da vida, a saber, uma posição anterior à objetividade da ciência”⁶²³, afastando, assim, tanto o predomínio da objetividade do texto como o da subjetividade do intérprete, onde a compreensão

⁶²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006b, p. 431.

⁶²² Streck tem-se revelado como profundo conhecedor do pensamento de Heidegger, sobretudo naquilo que serve de suporte para o desenvolvimento da hermenêutica filosófica, onde se encontra em constante diálogo com o Filósofo da Floresta Negra e também com Gadamer, além de ampla interlocução com Ernildo Stein, seguramente, entre nós, o maior conhecedor da obra daquele que é apontado como o grande filósofo do século XX. Vale conferir de Streck, no que pertine à colocação ora traçada: *Heidegger, Martin*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006c, pp. 426 – 430.

⁶²³ GADAMER, 2003, p. 341.

não é um ideal resignado da experiência de vida humana na idade avançada do espírito, como em Dilthey; mas tampouco é, como em Husserl, um ideal metodológico último da filosofia frente à ingenuidade do ir vivendo. É, ao contrário, a *forma originária de realização da pre-sença*, que é o ser-no-mundo. Antes de toda diferenciação da compreensão nas diversas direções do interesse pragmático ou teórico, a compreensão é o modo de ser da pre-sença, na medida em que é poder-ser e “possibilidade”.⁶²⁴

É assim que Gadamer divisa a pre-sença (*dasein*) como uma premissa insuperável, o que torna possível e limita todo seu projetar⁶²⁵, ou seja, considerando que a estrutura existencial da pre-sença precisa encontrar sua formulação na compreensão da tradição histórica, ele parte, portanto, de Heidegger⁶²⁶ para construir sua hermenêutica filosófica lastreada no círculo hermenêutico e na diferença ontológica:

a teoria da hermenêutica do século XIX falava de estrutura circular da compreensão, mas sempre inserida na moldura de uma relação formal entre o individual e o todo, assim como de seu reflexo subjetivo, a antecipação intuitiva do todo e sua explicação subsequente no individual. Seguindo essa teoria, o movimento circular da compreensão vai e vem pelos textos, quando a compreensão dos mesmos se realiza, este é suspenso. Conseqüentemente, a teoria da compreensão tem seu apogeu na teoria de Schleiermacher sobre o ato adivinatório, mediante o qual o intérprete se transporta inteiramente no autor e resolve, a partir daí, tudo o que é desconhecido e estranho no texto. Mas ao contrário, a descrição heideggeriana desse círculo mostra que a compreensão do texto se encontra constantemente determinada pelo movimento de concepção prévia da compreensão. Quando se utiliza a compreensão, o círculo do todo e das partes não se dissolve; alcança ao contrário sua realização mais autêntica. O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato de subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Mas em nossa relação com a tradição essa comunhão é concebida como um processo em contínua formação. Não é uma mera pressuposição sob a qual já nos encontramos, mas nós mesmos vamos instaurando-a na medida em que compreendemos, na medida em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o a partir de nós próprios. O círculo da compreensão

⁶²⁴ Idem, p. 347.

⁶²⁵ Idem, p. 353.

⁶²⁶ “na medida em que o ser constitui o questionado e ser diz sempre ser de um ente, o que resulta como *interrogado* na questão do ser é o próprio ente [...] A colocação explícita e transparente da questão sobre o sentido do ser requer uma explicação prévia e adequada de um ente (pre-sença) no tocante ao seu ser. Mas será que uma tal empresa não cai num círculo vicioso evidente? Ter que determinar primeiro ente *em um ser* e, nessa base querer colocar a questão do ser, não será isso andar em círculo? Para a elaboração da questão não, não se está já pressupondo aquilo que somente a resposta à questão poderá proporcionar?” (HEIDEGGER, op. cit., pp. 32 – 33, passim).

não é, portanto, de modo algum, um círculo “metodológico”; ele descreve antes um momento estrutural ontológico da compreensão.⁶²⁷

Procura-se, assim, aquilo que já se possui, ou, nas palavras de Stein, *busca-se o ser e, contudo, já se possui o ser*.⁶²⁸ O círculo da compreensão, todavia, não se revela um círculo vicioso como ocorre na busca de fundamento para o direito a partir do viés positivista ou mesmo na concepção sistêmica de Luhmann, como aqui já tivemos oportunidade de registrar⁶²⁹. O círculo vicioso, como objeção formal “não contribui em nada para a compreensão do problema, constituindo mesmo um obstáculo para se entrar no campo da investigação”, ressalta Heidegger, fazendo ver que não há nenhum círculo vicioso no questionamento do ser, pois “o ente pode vir a ser determinado em seu ser sem que, para isso, seja necessário já dispor de um conceito explícito sobre o sentido do ser”⁶³⁰. E arremata:

Sem dúvida, até hoje, em toda ontologia, o “ser” é pressuposto, mas não como um *conceito* disponível, não como o que é procurado. A “pressuposição” do ser possui o caráter de uma visualização preliminar do ser, de tal maneira que, nesse visual, o ente previamente dado se articule provisoriamente em seu ser. Essa visualização do ser, orientadora do questionamento, nasce da compreensão cotidiana do ser em que nos movemos desde sempre e que, *em última instância, pertence à própria constituição essencial da pre-sença*. Tal “pressuposição” nada tem a ver com o estabelecimento de um princípio do qual se derivaria, por dedução, uma conclusão. Não pode haver “círculo vicioso” na colocação da questão sobre o sentido do ser porque não está em jogo, na resposta, uma fundamentação dedutiva, mas uma exposição de-monstrativa das fundações.⁶³¹

É por isso que Gadamer registra que “o fato de a pre-sença estar às voltas com seu ser e de distinguir-se de todo outro ente por sua compreensão do ser não representa, como parece ser o caso em *Ser e Tempo*, o fundamento último de que deve partir um questionamento transcendental. O que está em questão é um fundamento completamente diferente, o único a possibilitar toda compreensão do ser; é o próprio fato de que exista um “pre” (*da*), uma clareira do ser, isto é, a diferente entre ente e ser” e propugna por um método que enseje o retorno ao mundo da vida onde a existência, a facticidade da pre-sença, não possa ser nem demonstrada nem

⁶²⁷ GADAMER, 2003, pp. 388 – 389.

⁶²⁸ STEIN, Ernildo. *Compreensão e Finitude. A estrutura e o movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí, RS: Unijuí, 2001, p. 245.

⁶²⁹ Vide nota nº 503.

⁶³⁰ HEIDEGGER, 2005, vol. 1, p. 33, passim.

⁶³¹ Idem, p. 34.

deduzida – o que afastaria, como já registramos, a posição dominante de objetividade da ciência – e ensejaria a base ontológica do questionamento fenomenológico.⁶³²

Expungida a existência de um círculo vicioso e sobrelevada uma repercussão prévia do questionado (o ser) sobre o próprio questionar, enquanto modo de ser de um ente determinado, a compreensão passa a ter um caráter existencial porque faz parte do projeto existencial: é modo de ser da *pre-sença*, do ser que se encontra lançado desde e sempre. É a própria abertura do ser-no-mundo, lembra Stein⁶³³, projetada a partir de um sentido que desvela o ente permitindo a compreensão. Portanto, sentido “é aquilo em que se sustenta a compreensibilidade de alguma coisa. Chamamos de sentido, aquilo que pode articular-se na abertura da compreensão [...] *Sentido é a perspectiva em função da qual se estrutura o projeto pela posição prévia, visão prévia e concepção prévia. É a partir dela que algo se torna compreensível como algo.*”⁶³⁴ É isso que garante o círculo hermenêutico na medida em que já levamos conosco aquilo que buscamos. E é por isso que Streck insiste que:

Para interpretar, necessitamos compreender; para compreender, temos que ter uma pré-compreensão, constituída de estrutura prévia de sentido – que se funda essencialmente em uma posição prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsicht*) e concepção prévia (*vorgrift*) – que já une todas as partes do *sistema*. Temos uma estrutura do nosso modo de ser no mundo, que é a interpretação. Estamos condenados a interpretar. O horizonte de sentido nos é dado pela compreensão que temos de algo. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui. A faticidade, a possibilidade e a compreensão são alguns desses existenciais. É no nosso modo de compreensão enquanto ser no mundo que exurgirá a *norma* produto da síntese hermenêutica, que se dá a partir da faticidade e historicidade do intérprete.”⁶³⁵

Isso significa, sem dúvida, que para nos posicionarmos no círculo hermenêutico é necessário chegar às coisas não apenas em si mesmas, mas como elas se manifestam. Convencido disso, Heidegger propugna que a explicitação do sentido do ser se fará no horizonte da temporalidade, pois o tempo é o horizonte de toda compreensão e interpretação do ser, é o sentido da *pre-sença*.⁶³⁶

⁶³² GADAMER, 2003, pp. 341 e 345, passim.

⁶³³ STEIN, 2001, p. 246.

⁶³⁴ HEIDEGGER, 2005, p. 208.

⁶³⁵ STRECK, 2006a, p. 431.

⁶³⁶ HEIDEGGER, 2005, p. 45.

É na temporalidade que emerge a totalidade referencial da significação – a partir do horizonte de sentido – que, como tal, constitui a mundanidade ancorando-se, como esclarece Heidegger, num “em-função-de”. Isso faz com que

O acoplamento da totalidade referencial das múltiplas remissões do “para quê” ao que está em jogo na pre-sença não significa a fusão de um “mundo” simplesmente dado de objetos com um sujeito. Ao contrário, é expressão fenomenal da constituição da pre-sença em seu todo originário, cuja totalidade foi agora explicitada como um proceder a si mesma por já ser em... Em outras palavras: existir é sempre um fato. Existencialidade determina-se essencialmente pela facticidade.⁶³⁷

O homem heideggeriano está lançado no mundo. Mundo que não significa o universo físico dos astrônomos, mas o conjunto de condições geográficas, históricas, sociais e econômicas, em que cada pessoa está imersa⁶³⁸ que configuram, numa palavra, sua facticidade.

Então, a totalidade de compreensão da pre-sença, ou dito de outra maneira, como se deve alcançar e garantir a via de acesso a ela, revela o método heideggeriano. Essas vias de acesso devem ser escolhidas, assevera Heidegger, de modo que esse ente possa mostrar-se em si mesmo e por si mesmo. Elas têm de mostrar a pre-sença em sua *cotidianidade* mediana, tal como ela é antes de tudo e na maioria das vezes.⁶³⁹ Portanto, é a partir da historicidade e da temporalidade que a pre-sença se torna, demonstra, se desvela, se torna compreensível. E isso se torna possível graças à abertura em que o próprio ser se lança para a compreensão da existência, que tem como traço marcante a linguagem que passa a constituir o horizonte no qual se pode divisar o ser, ou, como expressa Heidegger, a linguagem radica na constituição essencial da abertura da pre-sença⁶⁴⁰.

Enfim, nos movemos em círculo, porque, no sentido que buscamos na compreensão, sempre antecipamos o horizonte a partir do qual compreendemos. É somente assim que o homem pode interrogar, através de uma situação hermenêutica concreta, em que ele antecipa o horizonte a partir de onde tudo compreende. Essa antecipação é fundamentalmente a compreensão do ser da pre-sença, portanto, a própria compreensão da existência e do ser, proclama Stein⁶⁴¹. Nessa situação hermenêutica concreta somos sempre condicionados e

⁶³⁷ Idem, pp. 256 – 257, passim.

⁶³⁸ STEIN, 1984, p. IX.

⁶³⁹ HEIDEGGER, 2005, p. 44, passim.

⁶⁴⁰ Idem, p. 219.

⁶⁴¹ STEIN, 2001, pp. 254 – 255.

limitados pelos efeitos da história. E nesse sentido, noutra passagem, o filósofo gaúcho registra que:

*A consciência histórica efetual será como que o contraponto da situação hermenêutica. Não há situação hermenêutica que se desenvolva como ponto de partida para considerar determinados temas, não há consciência hermenêutica, situação hermenêutica, senão existe uma consciência histórica efetual, quer dizer uma consciência de que nós somos determinados pelos fatos históricos. Esses fatos históricos, por um lado, são um peso que limita a nossa compreensão, mas de outro lado, explicitados, analisados e interpretados passam a ser a própria alavanca do desenvolvimento da compreensão. Nesse sentido, embutida na idéia da consciência histórica efetual está uma idéia que nos liga à situação hermenêutica.*⁶⁴²

É sob toda essa contextura que Gadamer está convencido de que não há, “compreensão ou interpretação que não implique a totalidade dessa estrutura existencial”⁶⁴³ da presença. E, a partir dela, constrói os traços fundamentais de uma teoria hermenêutica de matiz filosófico, onde a linguagem aparece como comunicação entre a tradição e o presente⁶⁴⁴. Sim, porque para ele *ser que pode ser compreendido é linguagem*. Portanto, “aquele que quer compreender deve estar vinculado com a coisa que se expressa na transmissão e ter ou alcançar uma determinada conexão com a tradição a partir da qual a transmissão fala”⁶⁴⁵.

⁶⁴² STEIN, 2004, p. 76.

⁶⁴³ GADAMER, 2003, p. 351.

⁶⁴⁴ Idem, op. cit. 597.

⁶⁴⁵ Id, p. 390.

3.3. O “acoplamento”⁶⁴⁶ linguístico-metodológico dos juristas e a decisão judicial como ato de compreensão existencial, finita e histórica, que se processa por meio da linguagem

Nessa altura de nossa reflexão, se optamos por ir além do formalismo-dedutivista próprio do dogmatismo do positivismo clássico; se estamos convencidos igualmente de que as contribuições das teorias discursivas prestam-se – e muito, é bem verdade – para a explicitação da fundamentação, portanto, um segundo momento ou nível no processo interpretativo, qual seria, portanto, o caminho a percorrer o processo judicial-decisório para desaguar na *adjudication*? Ou indagando de outra maneira: como hodiernamente o direito poderá responder satisfatoriamente às questões e demandas que é chamado a definir?

Dizer que o nosso problema é o método, parece, a essa altura, desnecessário. Não se pretende, contudo, hipertrofiar o problema metodológico o que não raro tem ocorrido sob o influxo de um reducionismo hermenêutico de viés nitidamente quantitativo e que conduziria esta tese a simplesmente aferir decisões judiciais onde a questão hermenêutica restou colocada. Definitivamente não! A questão metodológica que desafiamos diz com o exame da moderna missão que a hermenêutica pode desempenhar, de um lado na contemplação teórica do direito e, de outro – e aqui reside o objetivo desta tese – na possibilidade de ensejar decisões corretas no momento da *applicatio*.

Também dizer que optamos por um viés substancialista de caráter hermenêutico-filosófico igualmente é desnecessário. Pois então, como o direito pode ser trabalhado sob tal

⁶⁴⁶ O étimo “acoplamento” é utilizado não com o sentido imprimido pela Teoria dos Sistemas (comunicação entre estruturas de sistemas diversos). Aqui, comendo a expressão “acoplamento linguístico-metodológico”, poderia conduzir à falsa idéia de que a linguagem se constituiria num mero meio a se interpor entre o sujeito e o objeto. De modo contrário, mas no sentido expressado por Heidegger quando divisa que o “*acoplamento* da totalidade referencial (mundanidade), das múltiplas remissões do “para quê” ao que está em jogo na pre-sença não significa a fusão de um “mundo” simplesmente dado de objetos com um sujeito. Ao contrário, é a expressão fenomenal da constituição da pre-sença em seu todo originário, cuja totalidade foi agora explicitada como um proceder a si mesma por já ser em... Em outras palavras: existir é sempre um fato. Existencialidade determina-se essencialmente pela facticidade.” (HEIDEGGER, 2005, pp. 256 – 257, o destaque não está no original). Portanto, a expressão, aqui, indica o elo, o caminho a partir da superação da subsunção diante da virada linguístico-ontológica que erige a linguagem à condição de possibilidade do nosso-modo-de-ser-no-mundo, afastando idéias como as de “*acoplamentos*” entre fato e texto jurídico ou “*acoplamento*” do conceito à coisa ou ainda o “*procedimento acoplativo*” decorrente dos discursos de fundamentação prévios elaborados *prima facie* a partir de hipotéticas situações quase ideais, como lembra Streck, de quem são as expressões em destaque (STRECK, 2009a, pp. 230 – 231).

contextura? Ou falando de modo mais expressivo, que método se apresenta para o tratamento do direito a fim de que possa satisfazer as expectativas da realidade social contemporânea?

É preciso, reiteramos, assentar que ao insistirmos no problema do método, tal não se avulta uma hipertrofia do paradigma hermenêutico, já que radica, com efeito, no âmbito da questão metodológica o problema da interpretação. Ora, qualquer via de acesso e tratamento de um objeto; seja ela dedutivista – como a opção metodológica do positivismo clássico –; seja ela procedimentalista, como o caminho apresentado pelas teorias da argumentação; seja ela substancialista, com ou sem viés hermenêutico, sempre estará presente um percurso a ser caminhado, ou será que o acesso ao ser pela visão prévia, compreensão prévia a partir da historicidade e facticidade não se constitui método em Heidegger, ou, ainda, do mesmo modo, a busca da tradição em Gadamer?

Nas linhas seguintes, queremos submeter à consideração o método compreensivo. Ele toma os aportes da hermenêutica filosófica que antes tratamos de evidenciar, e que serão objeto de desdobramento, e desvela um acoplamento lingüístico-metológico no trabalho dos juristas apto a ensejar, no momento da aplicação, a decisão judicial como ato de compreensão.

Tendo como norte que *ser que pode ser compreendido é linguagem*, ou por outras palavras, que a linguagem se encontra alçada, a partir da virada ontológica, à condição de possibilidade do nosso modo-de-ser-no-mundo, Streck vai desenvolver toda uma linha de raciocínio voltada para divisar a experiência do direito como compreensão. Desenvolve, então, a partir de Gadamer, duas matrizes de raciocínio para chegar, ao final, à busca da resposta certa, como resposta adequada à situação hermenêutica. Pela primeira linha, busca resposta para a indagação: compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? E na segunda, procura a diferença ontológica entre norma e texto.

Um olhar sobre as práticas jurídicas revelará, sem dúvida, o quanto os juristas ainda não superaram o paradigma da metodologia dogmática. Comumente, nas nossas faculdades, as provas de direito apresentam um problema para ser solucionado e se um observador se puser a escutar o que os estudantes conversam após a aplicação do exame verá que o diálogo radia no sentido de: *você descobriu qual o artigo?* ou ainda: *ah! Procurei tanto mais não encontrei o artigo...* e assim por diante.

Com a diferença que ali o estudante pode deixar a questão em branco, porque não encontrou a norma, o magistrado não poderá se eximir de decidir, quando igualmente se depara com um caso difícil. Da mesma sorte, não deixará o advogado de acolher um cliente ou o agente do ministério público ou o delegado de cumprirem com seu mister.

Ao atuarem, todos eles – estudantes e profissionais do direito – buscam *descobrir* a norma, o que revela a fachada normativista em que nos encontramos mergulhados e untada em um comportamento solipsista próprio da filosofia da consciência que faz com que o sujeito se apodere do objeto a fim de descobrir sua essência, no caso, esclarecer, extrair o verdadeiro significado da norma. É exatamente por isso que Gadamer registra:

Ante a lei vigente, vivemos já de antemão com a idéia natural de que seu sentido jurídico é unívoco e que a práxis jurídica do presente se limita a seguir simplesmente o seu sentido original. Se isso fosse sempre assim não haveria razão para distinguir entre sentido jurídico e sentido histórico de uma lei. Também o jurista não teria outra tarefa hermenêutica senão a de constatar o sentido original da lei e aplicá-lo como correto. Savigny, em 1840, descreveu a tarefa da hermenêutica jurídica como meramente histórica (no *System des römischen Rechts*). Assim como Schleiermacher não via problema algum em que o intérprete tivesse que se equiparar ao leitor originário, também Savigny ignora a tensão entre o sentido jurídico e o sentido originário e atual.⁶⁴⁷

Por esse caminho, o imaginário dos juristas considera que o texto da lei contém o real sentido e a linguagem avulta-se, então, como um instrumento, um mero veículo apto a revelar esse sentido. É por isso que segundo Streck:

Os juízes costumam jactar-se de que, primeiro decidem (chegam a conclusão), e só depois justificam/fundamentam o que “antes foi decidido” (sic). Com isso pensam ter encontrado uma espécie de atalho no processo de conhecimento, por meio do qual imaginam poder ultrapassar o abismo gnoseológico que tem angustiado a humanidade desde que o *logos* suplantou o mito. Assim, acreditam – e esse pensamento é ainda dominante na comunidade jurídica – na possibilidade de alcançar uma cognição livre de (inter)mediações. Sem se darem por conta, tornam-se reféns de um pensamento metafísico, no interior do qual a linguagem nada mais é do que veículo de conceitos que carregam o “sentido” das coisas. Enfim, longe de ser alçada à cimeira condição de possibilidade do nosso modo-de-ser-no-mundo – tese balizadora do *ontological turn* que revolucionou a hermenêutica no século XX –, a linguagem, para esse pensamento que povoa o imaginário dos juristas *continua relegada a uma*

⁶⁴⁷ GADAMER, 2003, pp. 428 – 429.

terceira coisa que se interpõe entre um sujeito (o intérprete do direito) e um objeto (a “realidade”)”⁶⁴⁸.

Guiado por este norte, *o senso comum dos juristas* vela a linguagem como condição de possibilidade de ser-no-mundo e ofusca o espectro de componentes materiais que desde já e sempre existiram a partir da historicidade e facticidade presentes na experiência do intérprete (tradição). E a verdade “torna-se produto de uma adequada manipulação desse “procedimento cognitivo”(sic), mascarado pelas diversas metodologias “hermenêuticas”, que mediante uso de diversos cânones e fórmulas, procuram dar ilusão da certeza do processo interpretativo.”, arremata Streck.⁶⁴⁹

A experiência jurídica, como experiência humana, tem que se encontrar pautada na tradição. Já se disse – e com acerto – que *somos muito do que fomos e um pouco do que seremos*. “A verdadeira experiência é assim experiência da própria historicidade.”⁶⁵⁰. A tradição chega assim à experiência hermenêutica não como um simples acontecer do qual nos apoderamos, mas como linguagem. E prossegue Gadamer afirmando que “o fato de a interpretação dar-se no âmbito da linguagem não significa a transposição para um *medium* estranho. Significa antes que já se estabelece uma comunicação de sentido originário. O que foi transmitido de forma literária é assim recuperado do alheamento em que se encontrava, para o presente vivo do diálogo cuja realização originária é sempre perguntar e responder.”⁶⁵¹, ou, numa palavra: dialética.

Na experiência hermenêutica tudo que é compreensível o é através da linguagem, que torna o ser acessível à compreensão e à interpretação porque “não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham *mundo*⁶⁵², nela se representa *mundo*.”⁶⁵³

⁶⁴⁸ STRECK, 2003, pp. 223 – 224.

⁶⁴⁹ Idem, p. 224.

⁶⁵⁰ GADAMER, op. cit. p. 467.

⁶⁵¹ Idem, pp. 480 – 481.

⁶⁵² É nesse espectro que Streck desvelando a baixa compreensão do sentido da Constituição brasileira, anota que “Em *Cem Anos de Solidão*, Gabriel García Márquez conta que, em Macondo, *o mundo era tão recente que muitas coisas careciam de nome e para mencioná-las precisava-se apontar com o dedo*. A Constituição do Brasil também é muito recente. Olhando a imensidão de seu texto, colhe-se a nítida impressão que algumas coisas ainda não têm nome; os juristas limitam-se – quando o fazem – a apontá-las com o dedo... A ausência de uma adequada pré-compreensão (*Vorverständnis*) impede o acontecer (*Ereignen*) do sentido.”(STRECK, Lênio Luiz. “Bem Jurídico e Constituição”. Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXX, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2004, p. 303).

⁶⁵³ GADAMER, 2003, p. 571.

O processo hermenêutico move-se mediado pela tradição da linguagem dentro de uma esfera de sentido, por isso a linguagem não é um mero intermediário. Assim, Gadamer proclama que “compreender pela leitura não é repetição de algo passado, mas participação num sentido presente”⁶⁵⁴.

Linguagem é vida na medida em que nela se pode estruturar nossa experiência do mundo sob as mais diversificadas relações cotidianas. É nesse contexto que “o caráter da linguagem da experiência de mundo proporciona um horizonte mais amplo à nossa análise de experiência hermenêutica.”⁶⁵⁵ Por isso, insiste Gadamer:

... na concepção da experiência humana de mundo que se dá na linguagem não se calcula ou mede simplesmente o dado, mas vem à fala o ente, tal como se mostra ao homem, como ente e como significante. É aqui – e não no ideal metodológico da construção racional que domina a moderna ciência natural da matemática – que se poderá reconhecer a compreensão que se exerce nas ciências do espírito.⁶⁵⁶

A tradição vem a nós por meio da palavra da mesma maneira que as coisas que se constituem por apropriação e significação.⁶⁵⁷ Há toda uma gama de concepções de mundo que a palavra desvela. “Por isso, como acontecer de seu momento, cada palavra deixa que se torne presente também o não dito, ao qual se refere respondendo e indicando.”⁶⁵⁸

Quando, assim, o conteúdo da tradição vem a nós⁶⁵⁹, revela-se um horizonte de sentido e o acontecer da verdade se torna possível. Mas, “não é enquanto linguagem, enquanto gramática nem enquanto léxico que a linguagem constitui o verdadeiro acontecer hermenêutico, mas no vir à fala do que dito na tradição. Esse acontecer é ao mesmo tempo apropriação e interpretação. Aqui, portanto, pode-se dizer com toda razão que esse acontecer não é nossa ação na coisa, mas a ação da própria coisa”⁶⁶⁰.

⁶⁵⁴ Idem, p. 508.

⁶⁵⁵ Idem, p. 576.

⁶⁵⁶ Idem, pp. 588 – 589.

⁶⁵⁷ Porém, adverte Gadamer que “A palavra não é simplesmente a perfeição da *species*, como acreditava o pensamento medieval [...] Mas a palavra tampouco é um instrumento, capaz de construir, como a linguagem da matemática, um universo dos entes, objetivados e disponíveis graças ao cálculo. Nem um espírito infinito nem uma vontade infinita podem superar a experiência do ser, apropriada à nossa finitude. Somente por meio da linguagem, por sua referência ao todo dos entes, pode mediar a essência histórico-finita do homem consigo mesmo e com o mundo.” (GADAMER, 2003, p. 590)

⁶⁵⁸ GADAMER, 2003, p. 591.

⁶⁵⁹ “A luz que faz com que tudo apareça de maneira que seja luminoso e compreensível é a luz da linguagem” (GADAMER, 2003, p. 623).

⁶⁶⁰ Idem, p. 598.

Sem dúvida, é insustentável a idéia que ainda permeia o senso comum dos juristas, no sentido de que o magistrado primeiro decide para depois fundamentar. Sim, porque como possui uma pré-compreensão estabelecida em razão de sua historicidade, faticidade e finitude, quando o juiz se dirige a um assessor e determina que desenvolva a pesquisa naquele processo sufragando a tese do autor, por exemplo, o que acontece é que ele está decidindo a causa porque já articulou toda a compreensão sobre a questão. O que se precisa entender é que ao fazer isso, a pre-sença (*dasein*) que já existia desde e sempre, já havia se manifestado numa pré-compreensão, ou dito de outro modo, opera-se uma antecipação de sentido⁶⁶¹ porque, como homem, o magistrado encontra-se mergulhado em sua tradição. O trabalho do assessor será apenas de explicitação racional.⁶⁶²

É nesse ponto que Streck chama a atenção para não confundir fundamentos com racionalidade argumentativa de segundo nível, pois a assim denominada “fundamentação” é produto do modo-de-ser-no-mundo do intérprete que o levou a compreender (portanto, no caso do juiz, a decidir) daquele modo. E prossegue o jusfilósofo gaúcho acrescentando depois, com profunda segurança, que essa “fundamentação”

É pois, anterior ao ato explicativo, porque produto do processo compreensivo, que por sua vez é condição de possibilidade da interpretação. Dizendo de outro modo, a assertiva “primeiro decido e depois fundamento (ou justifico)” somente seria verdadeira se houvesse uma dualidade metodológica entre “explicar” e “compreender”. Ora, é preciso ter claro que a compreensão antecede a qualquer interpretação, o que significa dizer, com todas as letras, que *não é a interpretação que conduz a alguma coisa, mas, antes é a compreensão que atua como condição de possibilidade desse ato interpretativo*, que funciona como uma elaboração (explicitação) do que (já) foi compreendido. Só interpretamos quando e porque compreendemos algo antes.⁶⁶³

⁶⁶¹ Streck cita Heidegger para explicitar: “quando olho para um lugar e vejo um fuzil, é porque antes disso eu já sei o que é uma arma. Sem isso a questão do sentido do fuzil não se apresentaria, ou seja, o fuzil não exsurgiria como (*als*) fuzil.” (STRECK, 2003, p. 228).

⁶⁶² Ainda para Streck “É evidente que, em um segundo momento, o julgador vai buscar explicitar esse já-compreendido, mediante o aprimoramento do sentido que lhe foi antecipado (que, nos limites da discussão pode ser denominado de “fundamento”, que, na verdade, é um vetor de racionalidade estruturante), a partir de uma racionalidade discursiva.” (STRECK, 2003, pp. 228 – 229). As teorias da argumentação – como já tivemos oportunidade de analisar – buscam uma racionalidade no discurso jurídico partindo do suposto de que *é correto o que é discursivamente racional*. Portanto, no discurso prático, o jurista estaria obrigado a observar determinadas regras voltadas para a correção dos argumentos, o que faria exsurgir os critérios de racionalidade objetivos. Aqui, em suma, a verdade resta alçada à correção dos argumentos.

⁶⁶³ STRECK, 2003, p. 228.

Assim, a hermenêutica jurídica não pode ser cindida como sustenta ainda a hermenêutica clássica em três fases: primeiro compreendo (*subtillitas intelligendi*), depois interpreto (*subtillitas explicandi*), para depois aplicar (*subtillitas applicandi*). A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, lembra Gadamer que não hesita, congruentemente, enfim, em divisar a aplicação como o problema central da hermenêutica presente em toda compreensão.⁶⁶⁴ Um momento faz parte do outro como lembra com agudeza Streck.⁶⁶⁵

O processo interpretativo dirige-se para um horizonte de sentido cujo objetivo é permitir que o intérprete se desloque para um questionamento correto sobre as questões postas à sua frente. Por isso é que Gadamer registra que “Aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Ao contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver para além disso. Aquele que tem horizontes sabe valorizar corretamente o significado de todas as coisas...”⁶⁶⁶.

Nessa contextura, quando as práticas jurídicas buscam concretizar a lei em cada caso, não se trata apenas de *revelar qual o direito* a ser aplicado e que serviria de fundamento de validade para a criação de direito ainda que de caráter particular. No momento da aplicação, ocorre, ao contrário, um processo a que Gadamer convencionou denominar *complementação produtiva do direito* que estaria reservado ao juiz.⁶⁶⁷

Fazendo distinção entre a hermenêutica teológica e a jurídica, Gadamer registra que “A verdadeira concretização do anúncio se dá na pregação, assim como a da ordem legal se dá na sentença. Mas aqui há uma diferença importante. Ao contrário do que ocorre na sentença do juiz, a pregação não é uma complementação produtiva do texto que interpreta”⁶⁶⁸. A sentença avulta-se, sob tal contextura, como uma complementação produtiva do texto que interpreta. Mas, adverte Gadamer, “Nem o jurista, nem o teólogo consideram a tarefa da aplicação como uma liberdade frente ao texto”⁶⁶⁹.

⁶⁶⁴ GADAMER, 2003, p. 405.

⁶⁶⁵ STRECK, 2003, p. 228.

⁶⁶⁶ GADAMER, 2003, p. 400.

⁶⁶⁷ Idem, pp. 432 – 433.

⁶⁶⁸ Idem, pp. 433 – 434.

⁶⁶⁹ Idem, p. 436.

A partir daí, impende posicionar a segunda matriz teórica desenvolvida por Streck: a diferença entre texto e norma.

Já assentamos, aqui, que as práticas jurídicas ainda se voltam para identificar o sentido real, a verdade imanente que residiria nos textos jurídicos e que esse caminho conduz a experiência jurídica para um dogmatismo que afastaria a imissão de qualquer elemento histórico, tal como acontece com as ciências da natureza onde o grau de cientificidade é alcançado mercê de todo um aparato metodológico que assegura a reprodução da experiência, confirmando-a como verdadeira⁶⁷⁰. A aplicação – ressalta Gadamer – não é o emprego posterior de algo universal, compreendido primeiro em si mesmo, e depois aplicado a um caso concreto. É, antes, a verdadeira compreensão do próprio universal que todo texto representa para nós.⁶⁷¹ Por esse caminho – ainda é dele a lição – “o texto deve ser procurado como um documento cujo sentido real deve ser procurado além do seu sentido literal, por exemplo, comparando-o com outros dados que permitam avaliar o valor histórico de uma tradição”⁶⁷².

Streck se louva de Heidegger para quem *o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. Não há ser sem ente!*, como já tivemos oportunidade de constatar, para entender que não há uma separação entre o texto e a norma, há, na verdade, uma diferença que é ontológica. Nas palavras de Streck:

a pergunta pelo sentido do texto jurídico é uma pergunta pelo modo como esse sentido (ser do ente) se dá, qual seja, pelo intérprete que compreende esse sentido. O intérprete não é um outsider do processo hermenêutico. Há um já-sempre-compreendido em todo processo de compreensão. No conto está o contador. É por isso que Heidegger vai dizer que o mensageiro já vem com a mensagem. É por isso que não se pode falar, de forma simplista, em “textos jurídicos”. O texto não existe em si mesmo. O texto como texto é inacessível, e isto é incontornável! O texto não segura, por si só, a interpretação que lhe será dada. Do texto sairá sempre uma norma. Assim, concordo com Friedrich Muller quando diz que a norma é sempre o produto da interpretação de um texto e que a norma não está contida no texto. Mas isso não pode significar que haja uma

⁶⁷⁰ “Vale aqui o alerta de que até mesmo algumas posturas que se consideram críticas no campo jurídico, embora busquem superar o formalismo normativista (para o qual o texto é uma mera entidade lingüística), terminam *por transferir o locus da produção do sentido do objetivismo para o subjetivismo, da coisa para a mente; consciência (subjetividade assujeitadora e fundante) e da ontologia (metafísica clássica) para a filosofia da consciência (metafísica moderna)*. E, por aí, estacionam. E congelam sentidos! Não conseguem alcançar o patamar da *ontologische Wendung*, no interior da qual a linguagem, de terceira coisa, de mero instrumento e veículo de conceitos, *passa a condição de possibilidade*. Permanecem, desse modo, prisioneiros da relação sujeito-objeto (que é um problema hermenêutico). Ou seja, sua preocupação é de ordem metodológico-procedimental e não ontológica (no sentido da fenomenologia hermenêutica). (STRECK, 2004c, pp. 304 – 305).

⁶⁷¹ Idem, p. 446 – 447.

⁶⁷² Idem, p. 441.

*separação (ou independência) entre ambos (texto e norma). Com efeito – e permito-me insistir neste ponto –, do mesmo modo como não há equivalência entre texto e norma (e entre vigência e validade), estes não subsistem separados um do outro, em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica.*⁶⁷³

Daí porque não se deve dizer que o texto legal é um *mero texto*, ou seja, reduzir o texto a um mero enunciado lingüístico⁶⁷⁴. O texto legal diz muito, assim como o texto bíblico, uma poesia, etc. Mas no acoplamento lingüístico que a interpretação enseja – a revelar o horizonte de sentido da compreensão de um texto –, não se deve limitar pelo horizonte do autor (o legislador)⁶⁷⁵, como igualmente pelo horizonte daquele para quem o texto foi originalmente escrito⁶⁷⁶, ou por outras palavras, os textos não pretendem ser compreendidos como expressão de vida da subjetividade do autor⁶⁷⁷. Na verdade, “a interpretação deve encontrar a linguagem correta se quiser fazer com que o texto realmente fale”⁶⁷⁸.

⁶⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *A Diferença Ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: Uma análise a partir do ontological turn*. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 89, Belo horizonte, Jan/Jun 2004, pp. 128 – 129.

⁶⁷⁴ Streck se ampara, aqui, em Nelson Saldanha, quando o mestre pernambucano registra que “*todo texto é um enunciado lingüístico, mas nenhum texto é apenas isto*: o texto de um poema se distingue de seu ‘conteúdo’, como ocorre com o de uma prece ou o de uma mensagem pessoal. Mas em cada caso o texto está relacionado ao conteúdo: não se procuraria uma mensagem religiosa no texto de um livro de química, nem se buscaria um conteúdo poético no texto de um decreto. *Os textos que integram o direito positivo contém a norma: são textos jurídicos e não contábeis, nem litúrgicos. Não se chegaria à norma sem o texto dela, nem com outro que não fosse jurídico*. A distinção entre as palavras do texto e o conteúdo normativo não pode levar a uma negação da relação entre ambas as coisas.” (SALDANHA, Nelson. “Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma”. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*, n. 10, Recife, 2000, p. 203 e segs.).

⁶⁷⁵ “...frente à real exigência hermenêutica que compreende o sentido do texto, a reconstrução do que o autor realmente pensava é uma tarefa de somenos importância. A tentativa do historicismo consiste em ver nessa redução a virtude da cientificidade e considerar a compreensão como uma espécie de reconstrução que recupera, de algum modo, a gênese do texto. Desse modo, o historicismo segue o famoso ideal de conhecimento herdado do conhecimento da natureza, segundo o qual só compreendemos um processo na medida em que estamos em condições de produzi-lo artificialmente.” (GADAMER, op.2003. p. 486).

⁶⁷⁶ Já o horizonte do intérprete, segundo Gadamer, “é determinante, mas também ele não como um ponto de vista próprio que se mantém ou se impõe, mas como uma opinião e possibilidade que se aciona e coloca em jogo e que ajuda a apropriar-se verdadeiramente do que se diz no texto” (GADAMER, 2003, p. 503).

⁶⁷⁷ GADAMER, 2003. p. 511.

⁶⁷⁸ Idem, p. 514.

3.4 Entre o texto e o contexto, o direito como experiência cultural a estabelecer limites no irrompimento da compreensão, permitindo o acontecer da verdade

Nossa preocupação com a compreensão nos conduz, a essa altura, sem dúvida alguma, à certeza de que as decisões judiciais devem ser contextualizadas. Efetivamente, se o direito é uma ciência cultural, a decisão judicial há de ser construída no contexto sócio-político-econômico, enfim, cultural, o que decorre da constatação de que o Estado constitucional se erige, precisa e depende de uma infra-estrutura sociocultural. Com efeito, a concepção do Estado, já ensinava Heller, não pode se dar a partir de uma compreensão sobre-humana nem infra-humana, tem que ser precisamente humana, pois, registrava ele, “só para a compreensão humana “significam” alguma coisa essas formas psicofísicas da realidade que se chamam Estado ou cultura”⁶⁷⁹.

A cultura vinha a ser concebida, assim, como a atribuição de sentidos aos objetos (a inserção de fins humanos na natureza), mas alertava Heller que o próprio homem – e não apenas o meio circundante – se torna fragmento da cultura transformando-se incessantemente, enquanto ser social. Significa dizer, portanto, que “a cultura não é, pois, de modo algum, uma criação da realidade, condicionada unicamente pelo poder do espírito humano, mas uma conformação da realidade sujeita às leis psíquicas e físicas do homem e do seu material. Devendo acrescentar-se que o conhecimento destas leis pelo homem, a maneira como são utilizadas, em suma, a sua ação social e a sua significação cultural, é algo que muda também com a história”⁶⁸⁰. Essa significação da cultura como “mundo histórico-social” a partir de onde se processa a compreensão, pois, “para quem não quer compreender não existe a cultura”⁶⁸¹, conduziu Heller a compreender a Teoria do Estado como ciência cultural.

No mesmo caminho palmilhou Radbruch quando proclamava que a cultura não é de modo algum um valor puro, “é uma mistura de humanidade e barbárie, de bom e de mau gosto, de verdade e de erro, mas sem que qualquer das suas manifestações (quer elas contrariem, quer favoreçam, quer atinjam quer não a realização dos valores) possa ser pensada sem referência

⁶⁷⁹ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p.58.

⁶⁸⁰ Idem, p.56.

⁶⁸¹ Idem, p. 58.

a uma idéia de valor. Certamente, a Cultura não é o mesmo que a realização dos valores, mas é o conjunto dos dados que têm para nós a significação e o sentido de os pretenderem realizar.”⁶⁸², para compreender, a partir daí, a ciência do direito como ciência cultural, porque “o direito é um facto ou fenómeno cultural, isto é, um facto referido a valores”⁶⁸³.

Häberle ressalta que o clima de todo o debate acerca da cultura teve reflexo nos trabalhos científicos de muitos outros autores, entre eles, Heidegger⁶⁸⁴. Constitui-se elemento decisivo para a compreensão do pensamento de Gadamer que, como vimos, se avultou capital nesta tese, a guisa de alavancar a experiência jurídica como experiência hermenêutica a partir de uma situação hermenêutica limitada pela consciência dos fatos históricos que impõe atenção à cotidianidade, que se refere ao modo de existência em que a pre-sença se mantém, como “vive o seu dia”, ressalta Heidegger, que insiste em que a cotidianidade não significa a soma de todos os dias, mas o modo de existência que domina a pre-sença, que lançada *enquanto ser-no-mundo* existe *a partir da herança* que ela, enquanto lançada, *assume*.⁶⁸⁵

Assim, pois, os textos jurídicos carregam – ou pelo menos devem carregar – o peso da infra-estrutura cultural. Portanto, possuem e cobram seu próprio peso que deve ser aferido contextualmente. É exatamente por isso que Häberle concebe a interpretação, longe de se constituir um processo de passiva subsunção, como um processo aberto. Aberto porque enseja uma vinculação à contextualidade⁶⁸⁶ e não apenas ao texto, mas porque igualmente enseja a ampliação do elenco dos intérpretes que, em sentido amplo, colocaria todos aqueles que de alguma forma participassem da práxis numa sociedade aberta e não apenas os intérpretes oficiais do texto⁶⁸⁷.

Significa dizer, nessa linha, que a constituição deve ser entendida para além do texto, “en un entorno de requisitos de comprensión y precomprensión que tan solo se puede reconocer em toda su envergadura si se contempla desde la perspectiva de la Teoria de la

⁶⁸² RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, pp. 41 – 42.

⁶⁸³ Idem, p. 45.

⁶⁸⁴ HÄBERLE, 2000, p. 67.

⁶⁸⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. vol. II. Petrópolis: Vozes, 2005, pp. 173 e 189, passim.

⁶⁸⁶ El Estado constitucional es forma agregada específica de lo cultural, pero al modo jurídico. Los textos y contextos que constituyen el Estado constitucional y que han servido históricamente de plataforma para cuanto éste hoy representa y es, también para lo que puede ser e incluso para lo que puede acabar siendo... (HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trota, 1998, p. 71).

⁶⁸⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, pp. 30 – 31.

Constitución como ciencia de la cultura”⁶⁸⁸. É sob o manto desse especial aspecto de nossa compreensão (de se encontrar vinculada a uma pré-compreensão) que o conceito de cultura⁶⁸⁹ se apresenta imbricado ao direito quando se completa com as idéias cotidianas de fatos e definições sociológicos e antropológicos, que são aferidas recorrendo-se a aspectos ligados à tradição, mas também à transformação e à diversidade. Esses aspectos que compõem a definição de cultura são assim sintetizados por Häberle: “1) <<cultura>> es la mediación de lo que en un momento dado fue (aspecto tradicional); 2) <<cultura>> es el ulterior desarrollo de lo que ya fue en su momento, y que se aplica incluso a la transformación social (aspecto innovador); 3) <<cultura>> no es siempre sinónimo de <<cultura>>, lo cual significa que un mismo grupo humano puede desarrollar simultáneamente diferentes culturas (aspecto pluralista de la cultura)”⁶⁹⁰. A partir daí, Häberle se mostra convencido da necessidade de se recorrer a esses parâmetros para resolver sem problemas a operatividade da constituição. Nas suas palavras:

Aqui lo realmente relevante es comprender que toda cultura existente en un determinado grupo siempre ostentará de una forma más o menos destacada cada uno de los susodichos aspectos. Sólo mediante esta manera de comprender el <<concepto de cultura>> de forma tan diferenciada y disciplinada, que distingue entre los polos variables y los múltiples niveles existentes en función de cada uno de sus respectivos contextos jurídicos, se logrará cumplir con la << tarea >> propia del jurista y de la Ciencia jurídica, a saber, la de limitarse a crear mediante su correspondiente sistema normativo (que aquí por otra parte es uno de los componentes culturales), un marco coherente en donde pueda desarrollarse la cultura del respectivo grupo político. La cultura así entendida en un sentido mucho más amplio forma el *contexto de todo texto legal* y de toda acción relevante jurídicamente significativa dentro del Estado constitucional.⁶⁹¹ (os destaques são nossos).

Assim, o texto constitucional deixa de ser apenas um texto jurídico, que interessa apenas aos juristas, para ser compreendido como expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um meio de autorrepresentação própria de todo o povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos, uma constituição de *letra viva*, entendendo por letra viva aquela cujo resultado é obra de todos os intérpretes da sociedade aberta, prossegue Häberle, que inteiramente convencido de que o aspecto jurídico (o texto)

⁶⁸⁸ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 23.

⁶⁸⁹ “Según una hoy ya clásica definición de E.B. TYLOR, se entiende por cultura o civilización un conjunto complejo de conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, costumbres y usos sociales que el ser humano adquiere como miembro de una sociedad determinada.” (HÄBERLE, 2000, p. 24).

⁶⁹⁰ Idem, p. 26.

⁶⁹¹ Idem, ibidem.

representa apenas uma dimensão da constituição como cultura, registra que ele (o texto) não se constitui garantia de realização do Estado constitucional⁶⁹², pelo que insiste em que os textos constitucionais necessitam ser literalmente “cultivados”⁶⁹³ para que desvelem a autêntica constituição, o que ocorre quando seus intérpretes “*codecidem* las cuestiones materiales o de fondo subyacentes a los textos jurídicos y a sus respectivos contextos siempre em su más profundo sentido, asumiendo y llevando así a la práctica los propios procesos del desarrollo constitucional, actualizar los elementos, factores, momentos y objetos realmente efetctivos...”⁶⁹⁴.

A consciência de que o direito é fator de expressão cultural assume papel decisivo no processo jurídico decisório. A todo instante os juristas são chamados a assumir e pôr em relevo as “cristalizações culturais subjacentes” que consubstanciam o repositório de configurações culturais, experiências, viveres, saberes, enfim, as raízes, o *ethos* pessoal e coletivo e sua íntima imbricação com as estruturas políticas, sociais e econômicas. É nessa contextura que é alavancada a pré-compreensão que se vê limitada no tempo e no espaço por esse fundo material que compõe o contexto cultural subjacente a toda constituição. Daí porque Häberle se mostra convencido de que os intérpretes da constituição não podem desconsiderar as especificidades culturais que podem tingir ou colorir de maneira diferente o mesmo texto, do mesmo modo que toda modificação ou transformação cultural termina também por tingir a própria interpretação constitucional, de tal sorte que o desenvolvimento constitucional depende, com mais intensidade, das “cristalizações culturais” do que da própria hermenêutica constitucional.⁶⁹⁵

As *cristalizações culturais* tornam-se evidentes e relevantes quando se considera o debate em torno de interesses de uma variada gama de partícipes do processo cultural como partidos políticos, sindicatos, associações religiosas, culturais, científicas, etc, voltado para a salvaguarda de conteúdos materiais que revelam um complexo processo plural para vincular esses conteúdos aos elementos texto-estruturais da constituição. Esse processo vetoriza e coloca em dependência os elementos texto-estruturais e o contexto-cultural ensejando o desenvolvimento, a interpretação e a própria modificação da constituição. Nesse processo,

⁶⁹² Essa constatação tem sido plenamente mostrada quando se depara com respostas para as seguintes questões: Existe realmente consenso no nível da constituição? Existe realmente equivalência entre o texto escrito da constituição e a cultura política do respectivo povo? Os artigos da constituição especificamente identificados com a cultura gozam efetivamente de eficácia a ponto de permitir que o cidadão se sinta identificado com ela? (cfe. Häberle, 2000, p. 35).

⁶⁹³ Häberle informa que o étimo, como substantivo, “cultura” procede do verbo latino *cultivare*.(idem, ibidem).

⁶⁹⁴ HÄBERLE, 2000, p. 39.

⁶⁹⁵ Idem, pp. 45 – 47, passim.

Häberle destaca a atuação da ciência jurídica, especialmente a Teoria da Constituição que, “en sua calidad de asesora mediante sugerencias y propuestas de mejora y de desarrollo constituional, constituyéndose así en uno de los elementos culturales esenciales”⁶⁹⁶, apresenta-se, como ciência cultural e também integracionista na medida em que “integra los distintos elementos filosóficos-sociales com los científicos-normativos”⁶⁹⁷, não raro tão dicotomizados na experiência constitucional. E por isso ele preconiza que a constituição não se reduza a um mero ordenamento jurídico susceptível apenas de ser corretamente interpretados pelos juristas, mas que se constitua um fio condutor para uso de todo cidadão leigo, o que somente poderá acontecer se a constituição puder ser compreendida como “expresión viva de un *status quo* cultural ya logrado que se halla em permanente evolución, un médio por el que el pueblo pueda encontrarse a si mismo a través de su propia cultura; Constitución es, finalmente, fiel espejo de herencia cultural y fundamento de toda esperanza”⁶⁹⁸.

É, sem dúvida, no âmbito da experiência democrática, que uma verdade sem pretensão universal, mais erigida no espaço democrático da constituição aberta e sob a consciência da diversidade cultural, portanto contextual, que se viabiliza o rechaço de uma pretensão fundamentalista de verdade universal do tipo “isto é porque é”. Atento a isso Häberle registra:

O *protótipo* do Estado constitucional, ou respectivamente, da democracia pluralista se apresenta hoje como o mais bem sucedido modelo antogônico (certamente ainda carente de reformas) ao Estado totalitário de qualquer couleur e a todas as pretensões fundamentalistas de verdade, aos monopólios de informação e às ideologias imutáveis. Assim ele se caracteriza exatamente pelo fato de *não* estar em posse de verdades eternas pré-constituídas, mas sim de ser predestinado apenas a uma mera *busca* da verdade. Ele se fundamenta sobre <<verdades>> provisórias, revidáveis, as quais ele, a princípio, acolhe no plural e não no singular e também não as <<decreta>>.⁶⁹⁹

Se estamos em busca de resposta correta para o direito, as condições culturais da verdade devem inequivocamente ser consideradas. Elas revelam o *lucus* onde a verdade deve ser construída e projetam-se, segundo Häberle⁷⁰⁰, sobre dois aspectos. O primeiro, material, que

⁶⁹⁶ Idem, p. 51.

⁶⁹⁷ Idem, p. 72.

⁶⁹⁸ Idem, p. 145.

⁶⁹⁹ HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 105.

⁷⁰⁰ Idem, p. 111.

evoca a herança cultural da humanidade, que assegurando conteúdo às liberdades de manifestação (religião [crença], arte e ciência), cria razão ou razões para a condição humana dos indivíduos. O segundo, de natureza formal, revela, tal qual o primeiro, a importância do espaço democrático criado pelo Estado constitucional, e projeta-se para garantia dos direitos fundamentais, assegurando, dessa forma, uma relação mais próxima com aquelas liberdades de manifestação e exprimindo, desde aí, o sentido da constituição como cultura⁷⁰¹, e vai mais além para garantir que o Estado não seja uma verdade evidentemente pré-constituída ou domine todas as formas de conhecimento, de concepção de vida, enrijecendo a verdade como se se pudesse buscá-la num espaço originário da natureza ou num espaço sem cultura. São as chamadas cláusulas de pluralismo constituídas da vida política, social e econômica, registra, ainda naquele contexto, Häberle.

A herança cultural da humanidade vai servir de blindagem ao acontecer da verdade. Mesmo considerando-se como inerente ao Estado de Direito Democrático o princípio do pluralismo, o princípio da tolerância ou o princípio da diversidade, a verdade histórica não é, todavia, questão de opinião. Não se pode dizer que o holocausto ou a escravidão não existiram! Mas é preciso ter em mente que os fatos históricos, do mesmo modo que os textos jurídicos, apresentam-se carregados de sentido. E perguntar pelo sentido, a fim de perquirir a justificação de uma resposta, é se posicionar em direção à cultura, em direção à liberdade de cultura e à cultura da liberdade que exigem, a todo modo, atenção a limites (com)textuais na atuação do intérprete, como os vazados na garantia dos direitos fundamentais⁷⁰² e na observância das cláusulas de pluralismo que impõem vedação de retrocessos, expurgação de excessos ou garantia de mínimo existencial assegurando suficiente e adequada proteção a bens jurídicos.

Enfim, é preciso ter redobrada atenção à propagada circunstância e lembrada por Häberle de que “a maioria não é prova de direito”, o que conclama um confronto entre maioria e verdade apontando para que “a obrigatoriedade normativa é causada pela maioria e não pela verdade”, o que, prossegue ele, “ignora a aplicação diferenciada do princípio da maioria no Estado constitucional nos diferentes âmbitos da vida humana como, por exemplo, através da

⁷⁰¹ Para Häberle, “Os perímetros de proteção dos direitos fundamentais (...) são praticamente estágios preliminares, condições pré-necessárias, <<átrios>> para as <<crystalizações culturais>> e objetificações da religião, da arte e da ciência (assim, em suma, toda nova corrente artística revolucionária procura definir a verdade novamente).” (Idem, *ibidem*).

⁷⁰² HÄBERLE, 2008, p. 126.

proteção especial às minorias e do consenso fundamental proporcionado pelos direitos fundamentais”⁷⁰³.

Nessa linha de raciocínio, para o Estado Democrático de Direito a verdade é um valor cultural. Häberle está convencido de que isso não implica num relativismo universal, “pois a dignidade da pessoa humana, compreendida como uma <<premissa cultural antropológica>> do Estado constitucional, e a democracia liberal, interpretada como a sua <<consequência organizatória>>, têm valores fundamentais por base se as colocamos apenas no plano teórico-consensual de construções recíprocas...”. Esses valores fundamentais constituem toda uma principiologia da dignidade constituída de limites contra o autoritarismo (o Estado totalitário) e garantidora da continuidade da democracia que irradia efeitos vinculantes até mesmo ao legislador constituinte, como acertadamente admite Häberle⁷⁰⁴, e, portanto, reveladora da conformação que deve haver entre a constituição, o tempo e os direitos, que deveria servir de pano de fundo para o exame de questões controvertidas, mas que em defesa de outros níveis de argumentação tem sido relevada tanto pelo constituinte derivado como pela jurisprudência⁷⁰⁵.

Ser é tempo, lembra sempre Heidegger. A conformação dos direitos das pessoas com o direito deve projetar-se num certo tempo onde os conteúdos da constituição que apontam para ideais, objetivos, direções, sentidos, finalidades, etc, são passíveis de conformação política a fim de que se introjetem no cotidiano. Esse processo de conformação política da constituição viceja com bastante intensidade em Estados democráticos e pluralistas e requer a compreensão

⁷⁰³ Idem, p. 114.

⁷⁰⁴ Idem, pp. 106 – 107, passim.

⁷⁰⁵ Efetivamente, um rápido exame das emendas à Constituição brasileira revela, em sua maioria, que estão voltadas para suprimir direitos, sejam assegurados pelo texto originário, sejam aqueles que integram o patrimônio sócio-histórico-cultural dos indivíduos e constituem, no dizer de Häberle a “premissa cultural-antropológica” que imprime conteúdo material à dignidade da pessoa humana. Um bom exemplo disso pode ser verificado no angustiante problema da tributação dos proventos dos servidores inativos. A sinalização da jurisprudência da Suprema Corte no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade da tributação, ensejou, de plano, a atuação do constituinte derivado para estabelecer o caráter atuarial do regime previdenciário dos servidores, com inclusão dos inativos, o que, de sua parte, propiciou o redirecionamento da racionalidade no âmbito do STF, para assegurar, inclusive, a tributação daqueles que já haviam se aposentado antes da edição da emenda constitucional, sob o argumento de que não prospera a invocação de direito adquirido em face da Constituição. E para os servidores ativos, preponderou, entre outros níveis de racionalidade, o apelo ao princípio da inexistência de direito adquirido a regime jurídico (ADI 2.010-2/DF, Rel. Min. Celso Mello e ADI 3.105-8/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, disponíveis em www.stf.jus.br) quando está em causa a supressão ou modificação de direitos tradicionalmente incorporados ao patrimônio histórico-cultural. A decisão da Suprema Corte palmilha o caminho de que há causa justa para a tributação dos servidores aposentados a fim de garantir o equilíbrio atuarial do regime previdenciário dos servidores, num apelo ao princípio da reserva do possível, quando não se poderia exigir do Estado o impossível, ou seja, custear as aposentadorias num sistema atuarial sem a devida contrapartida, sobremodo diante da situação deficitária apresentada pelo regime. Uma vez mais, o perecimento de direitos encontra causa na equação que se pretende impingir à relação *meios – fins*.

que dentro da constituição há espaços para se ocupar de diferentes formas, o que requer a atuação dos mais variados atores, não se limitando a atividade vinculada à chamada *política constitucional* à atuação do legislador, dos órgãos do executivo ou do judiciário, mas à dos partidos políticos, das instituições de classe (destaque na realidade brasileira para a Ordem dos Advogados do Brasil), das associações diversas, inclusive de natureza não governamental, sem falar na importância da atuação da doutrina no afã de divisar caminhos ao declarado escopo. É nessa contextura que Carbonell enfrenta o lugar da *política constitucional* chamando a atenção para o fenômeno da *constitucionalização do ordenamento jurídico*, pois, o implemento da política constitucional promove uma estreita relação da constituição com o resto do ordenamento jurídico e com os sujeitos encarregados de concretizá-los⁷⁰⁶. Carbonell apoia-se na lição de Guastini para quem “um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário; a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais”⁷⁰⁷, e convencido de que a abertura constitucional daí decorrente não enfraquece a força normativa da constituição, já que “a força do passado não pode ser tal que nos impeça de modificar o texto constitucional conforme as necessidades do presente”, adverte para um falseamento da realidade que adviria

Se a Constituição for apresentada como uma ruptura entre o passado e o presente, como um divisor de águas fundacional, em que uma geração, partindo do zero, impõe as bases da convivência social (isto é, se se optar por uma ótica revolucionária, muito comumente observada nos discursos constitucionais oficiais na América Latina), ou, então, se a compreenderem como um seguimento das “leis naturais da história”, expressão do costume e do “ser” do “organismo social” (tal qual feito pelos movimentos conservadores do passado, principalmente durante o século XIX)... Um sistema constitucional não é, nem pode ser, na prática, somente revolução ou somente tradição, embora, às vezes, isso seja esquecido pelos defensores de um ou outro ponto de vista.⁷⁰⁸

Häberle pondera, todavia, no sentido de que “a imposição jurídica desse limite só poderá vingar quando o Estado constitucional investir na *educação* de seus (jovens) cidadãos e

⁷⁰⁶ CARBONELL, Miguel. “A Constituição no Tempo: uma reflexão”. In: *Revista de Direito do Estado – RDE*, ano 3, nº. 12. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 2008, p. 50.

⁷⁰⁷ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de la Teoria Constitucional*. México, DF: Fontamara, 2003, p. 153.

⁷⁰⁸ CARBONELL, op. cit., p. 46 – 47.

quando ele possuir elementos de uma imagem da pessoa humana, os quais são compatíveis com o postulado da *busca* da verdade no contexto de seus valores básicos”⁷⁰⁹ (destaques do original).

Com efeito, o conhecimento dos múltiplos aspectos da mundividência aparece como um dado relevante para o alcance da verdade. Significa dizer que se queremos respostas corretamente justificadas de nossos juízes, eles devem estar muito bem preparados para tanto. Não se está, aqui, a defender a clarividência de um juiz Hércules, mas que haja uma preparação razoável e adequada nas faculdades de direito e escolas da magistratura, o que exige de nós, enquanto cientistas teóricos do direito, uma séria reflexão quando considerarmos o baixo desempenho da jurisdição diante do dever democrático de fundamentar as decisões. Afinal, os juízes foram, são ou serão nossos alunos...

Contudo, a decisão judicial advinda sob o enfoque de uma abertura contextual, na linha do que aqui restou exposto, não restaria carregada de um subjetivismo tamanho? Ou indagando de outro modo: o texto jurídico, como horizonte de sentido, ao ensejar a norma como produto de sua interpretação erigida a partir de uma contextualidade sob o influxo da participação dos mais variados intérpretes, não faria emergir uma carga de relativismo a ponto de por em xeque a interpretação do direito que, como questiona Streck⁷¹⁰, não se veria reduzida a um *decisionalismo irracionalista* ou a um *direito alternativo tardio*?

É preciso levar a sério o texto em sua pretensão de verdade. Mas, convém não esquecer, a experiência hermenêutica é experiência da própria historicidade. Assim, o que o texto expressa não é somente aquilo que nele se tornou expresso, mas o que ele quer dizer sem se tornar expresso, aquilo que precisa ser desvelado. “O caráter de linguagem desse vir à palavra é o mesmo que o da experiência humana de mundo como tal.”⁷¹¹, e prossegue Gadamer afirmando que “cada palavra faz ressoar o conjunto da língua a que pertence, e deixa aparecer o conjunto da concepção de mundo que lhe subjaz. Por isso, como acontecer de seu momento, cada palavra deixa que se torne presente também o não-dito, ao qual se refere respondendo e indicando”⁷¹².

É exatamente aí, nessa experiência de mundo que se dá por meio da linguagem, onde a articulação do *logos* permite que venha à fala o ente e sua verdade. Porém, noutro momento esclarece Gadamer, “a verdade contida no *logos* não é a verdade da mera recepção

⁷⁰⁹ HÄBERLE, 2008, p. 107.

⁷¹⁰ STRECK, 2004c, p.132.

⁷¹¹ GADAMER, 2003, p. 589.

⁷¹² Idem, p. 591.

(*noein*), não consiste simplesmente em deixar o ser aparecer, mas coloca o ser sempre numa determinada perspectiva, reconhecendo e atribuindo-lhe *algo*, o que sustenta a verdade (e é claro também a não-verdade) não é a palavra (*onoma*) mas o *logos*”⁷¹³.

Deveras, a atribuição de sentido faz com que as experiências que nós fazemos com a verdade estejam inseridas na nossa tradição, no dizer de Streck⁷¹⁴ “na conversação anterior que nós realizamos constantemente com nós mesmos e com os outros”. E, aqueles que sustentam o relativismo da hermenêutica filosófica o fazem, como sustenta congruentemente Streck com apoio em Grondin⁷¹⁵, sob o pressuposto de que

... poderia existir para os humanos uma verdade sem o horizonte dessa conversação, isto é, uma verdade absoluta ou desligada de nossos questionamentos. Como se alcança uma verdade absoluta e não mais discutível? Isto nunca foi mostrado de forma satisfatória. No máximo, *ex-negativo*: essa verdade deveria ser não-finita, não-temporal, incondicional, insubstituível, etc. Nessas caracterizações chama a atenção a insistente negação da finitude. Com razão pode-se reconhecer nessa negação o movimento básico da metafísica, que é exatamente a superação da temporalidade.⁷¹⁶

E Streck prossegue assentando que “numa palavra, e reafirmando o que foi dito anteriormente, Grondin deixa claro que a falta de uma verdade absoluta não significa que não haja verdade alguma”. E continua, depois, arrematando com absoluta propriedade:

Como mostram as experiências indubitáveis com a mentira e a falsidade, estamos exigindo constantemente a verdade, isto é, a coerência de um sentido que esteja em concordância com as coisas tal como podemos experimentá-las e para as que se podem mobilizar argumentos, provas, testemunhos e constatações. Negar isto seria uma extravagância sofista. Veja-se, no entanto, que as verdades nas quais podemos participar de fato e as que podemos defender legitimamente não são nem arbitrárias e nem estão asseguradas de maneira absoluta.⁷¹⁷

Há, com efeito, uma *verdade contextual* resultante da confrontação do texto com um horizonte humano, que afasta na experiência jurídica a pretensão de univocidade da argumentação matemática. Isso permite, na situação hermenêutica específica, o acontecer da verdade como pretensão de justiça, sim, porque com bastante propriedade lembra Gadamer que

⁷¹³ Idem, p. 533.

⁷¹⁴ STRECK, 2004c, p. 133.

⁷¹⁵ GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. Trad. e Apres. de Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 229 e segs,

⁷¹⁶ STRECK, 2004c, p. 134.

⁷¹⁷ Idem, Ibidem.

“o que é ‘justo’ é totalmente relativo à situação ética em que nos encontramos. Não se pode afirmar de um modo geral e abstrato quais ações são justas e quais não o são: não existem ações justas em si, independentemente da situação que as reclame”⁷¹⁸.

Se o acoplamento lingüístico-metodológico dos juristas passar por essa matriz, a decisão judicial, como ato de compreensão existencial, finita e histórica, que se processa por meio da linguagem como condição de possibilidade de manifestação de sentido, encontrar-se-á habilitada para ensejar o acontecer da verdade, no momento da *applicatio*.⁷¹⁹

A busca da verdade contextual no processo jurídico-decisório projeta-se para além do exercício monopolítico da jurisdição, que cede espaço para a atuação de vários atores sociais, nos trilhos de uma análise neo-institucionalista do direito de matiz nitidamente (ainda) dirigente, ainda que sob a nova conformação pretendida por Canotilho e aqui já exposta, e sob o pálio da utilização de instrumentos de *direcção*⁷²⁰. O direito passaria, como sustenta o mestre europeu, a dar centralidade regulativa aos sistemas de interação sociais (direito, política, economia) com atores individuais ou coletivos que atuam sob formas institucionalizadas de cooperação e de comunicação. Os instrumentos de *direcção* atuam como densificadores das normas de *direcção* constitucionais: *guide-lines* de boas práticas, mecanismos de *governance* e de *accountability*, *standards* possibilitadores de controle, etc. E Canotilho está convencido de que “se o direito constitucional quiser continuar a ser um instrumento de *direcção* e, ao mesmo tempo, reclamar a indeclinável função de ordenação material, só tem a ganhar se introduzir nos seus procedimentos metódicos de concretização os esquemas reguladores e de *direcção* oriundos de outros campos do saber (economia, teoria da regulação)”⁷²¹.

Sem dúvida, a forma como estas prestações devem ser trazidas para o direito merece ser objeto de estudo que escapa dos limites desta tese. Ressaltamos, todavia, nossa preocupação aqui já exposta e no sentido de que desdobramentos legislativos minudentes ao

⁷¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003, p. 52.

⁷¹⁹ Isso tem, no Estado Democrático, um pressuposto básico: o princípio da tolerância, como lembra Ovídio Baptista ao enfrentar a questão fazendo ver que “a tolerância concebida inicialmente como forma de superar as lutas religiosas, depois generalizada como tolerância política, racial e até mesmo ética, pilar sobre o qual foi construído o mundo moderno. É o princípio de tolerância com o “outro”, com suas convicções políticas, éticas e religiosas, que anula a pretensão, de resto ingênua, de que a lei possa ter sentido *unívoco*.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. “Verdade e Significado”. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 2004. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 273).

⁷²⁰ Optamos por usar a grafia portuguesa para exprimir melhor o sentido.

⁷²¹ CANOTILHO, 2008, p. 11.

declarado escopo, como pretende o estudo coordenado pelo prof. Torchia, podem, de modo contrário, servir de embaraço, de estorvo às boas práticas quando não frustrá-las sob o viés da *insinceridade normativa*⁷²². Interessa, ao contrário, que os partícipes do procedimento judicial estejam familiarizados com aqueles mecanismos de concreção de comandos dirigentes e, sobretudo, com os oportos hermenêuticos adequados.

Nessa contextura, se a mediação extrajudicial assume relevância na medida em que cria espaço apropriado para o uso daquelas boas práticas, o Judiciário, de sua parte, é chamado a divisar na mediação uma forma privilegiada de atuação. Se esse processo em busca de respostas corretamente justificadas acontecer com a atuação de vários atores, num ambiente pluralista de mediação de interesses, é certo que se afastará a figura clássica do solipsismo judicial. Ou seja, o juiz não mais deveria decidir sob isolamento e de acordo com sua consciência. Ao contrário, o processo deve ser transmudado num espaço altamente dialógico de mediação de interesses e densificação de diretrizes institucionalizadas pelo direito. Isso exige, sem dúvida, preparação de todos os envolvidos. Mediação alguma chegará a bom termo se os concernidos não estiverem todos igualmente habilitados a falar e se posicionar. Estamos falando, aqui, da mediação trazida para dentro dos limites do processo e voltada para construção da verdade de modo dialógico e que leva à construção de um novo modelo de juiz: afasta-se o juiz órgão do Estado e em seu lugar surge o juiz-mediador, órgão da comunidade, com a função de aconselhar, sugerir, conduzindo-se e conduzindo as partes em busca da resposta adequada.

De qualquer sorte, ainda não temos uma cultura voltada para solucionar litígios através de mediação. O processo ainda não é um procedimento mediador, não obstante a forte tendência conciliatória que tem se instaurado nos últimos anos. Não se enxerga, com efeito, o aspecto específico da auto-alteração da temporaridade direcionado para o momento certo, o instante propício para agir, a ocasião para decisão, como chama a atenção Warat⁷²³. Na verdade, os interesses ainda são tratados sob um enfoque extremamente individualista guiados por um viés neo-capitalista liberal que permite e ensaja que o homem assim palmilhe – vamos facilitar a compreensão – pela famosa lei de Gerson: [*Gosto de levar vantagem em tudo, certo!*], em descompasso com a inspiração da mediação alvitada por Warat “como forma de exercício de compaixão (que, como define Dalai Lama, é a possibilidade de nos colocar no sofrimento do

⁷²² Ver nota nº 267.

⁷²³ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Boiteux, 2004, p.31.

outro). A cidadania tem que fazer da cooperação social uma realidade. A humanização passa por esse sentimento de solidariedade”⁷²⁴.

É nesse quadro que Bolzan tem insistido em que o projeto seja pensado numa contextualização mais ampla no que concerne com a crise estrutural do Estado contemporâneo “onde a saga privatista aparece como o virtual paraíso suposto por uma ética, quase religiosa, descompromissada(?) com os sofrimentos terrenos, transposta para o âmbito da economia, do Direito e do Estado”⁷²⁵. E por isso, prefere-se deixar o litígio ao tempo processual, ao tempo do juiz... ao invés de auto-alterá-lo em proveito de várias circunstâncias que, de regra, não são consideradas e que conduziram Warat a afirmar que “a mediação precisa ser entendida, vivida, acionada com outra cabeça, a partir de outra sensibilidade, refinada com todas as circunstâncias, não só do conflito, mas do cotidiano de qualquer experiência. Quem vai mediar, precisa estar ligado com a vida”⁷²⁶.

O enfoque trazido por Warat e Bolzan para o mediador extrajudicial pode, sem dúvida, se direcionado ao juiz, na modelagem ora apresentada. E a resposta para o conflito, ao invés de ser dita pelo juiz (dizer o direito = jurisdição) – muita vez causando surpresa, mormente quando o juiz decide por uma via não discutida no processo ocasionando lesão ao princípio da não-surpresa – seria elaborada, consertada, pactuada, em suma, construída pelas partes sob a mediação do juiz num procedimento dialógico que Bolzan intitula *jurisconstrução*.⁷²⁷ É o que temos presenciado, ainda que de forma insipiente e ao escopo de ensejar que o juiz diga o direito (exercício de jurisdição), nas audiências públicas que têm sido realizadas na Suprema Corte, inclusive com as intervenções de terceiros (*amicus curae*).

De qualquer sorte, conquanto ainda assolem os embaraços acima apresentados à mediação e que conduzem à testificação de que não possuímos uma cultura de resolver os litígios por esse meio, os dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ são realmente animadores quando projetam os resultados da última Semana Nacional de Conciliação ocorrida

⁷²⁴ Idem, p. 139.

⁷²⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e Arbitragem. Alternativas à Jurisdição!*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 133.

⁷²⁶ Idem, p. 31.

⁷²⁷ BOLZAN DE MORAIS, 1999, p. 128.

entre 07/12/2009 a 11/12/2009. Das 260 mil audiências realizadas pelos 56 tribunais das justiças Federal, Estadual e do Trabalho, resultaram 123 mil acordos⁷²⁸.

O juiz mediador avulta-se, nessa conformidade, como uma opção que, na medida em que imprime mais legitimidade ao exercício da função jurisdicional, coloca maior equilíbrio no binômio *Democracia – Jurisdição*.

⁷²⁸ Dados disponíveis no sítio www.cnj.jus.br/index.php?view=article&catid=1%3Anotas&id=9973%Aconciliaca..., consulta realizada em 16/04/2010.

Capítulo IV - Pós-compreensão

Seguir a ordem das coisas e se conformar a elas é o próprio de todos os seres, e de tudo que os contêm e os governa, mas conhecer e entender a ordem é para os homens muito difícil e muito raro.

Agostinho

4. Enfim, há resposta certa no direito? Ou de como sob uma pretensa validade de correção universal se oculta a descontextualização que impregna o discurso jurídico, no momento da *adjudication*, escamoteando a verdade como condição de possibilidade contextual

Esta tese tem se apoiado – a partir de Heidegger e da hermenêutica filosófica de Gadamer com os aportes de Streck – na circunstância de que a decisão judicial deve se encontrar erigida a partir de uma compreensão prévia da significância, que se perfaz no modo da referência guiada pela circunvisão (sentidos da ordem) apta a deslanchar a liberação (exposição) do ser do ente numa totalidade conjuntural, como, aliás, está convencido Heidegger, quando se ocupa da espacialidade da pre-sença⁷²⁹. Por isso, estamos insistindo na contextualidade da decisão quando fazemos ver que ela deve se mostrar como ato de compreensão existencial, finita e histórica e que se processa por meio da linguagem.

Assim, interessa-nos o significado, as declarações e ações compreensíveis. Apenas assim – estamos convencidos – a decisão judicial poderá ensejar o acontecer da verdade, verdade, portanto, contextual, não absoluta. Então se apropria indagar se realmente há, na nossa ciência, uma (única) resposta certa.

A verdade, para o direito, não pode se assentar em critérios lógico-dedutivos como considerado nas formulações do positivismo clássico que a divisava sob o prisma da coerência lógica, ou seja, como inserção infrangível de uma sentença no contexto geral das

⁷²⁹ HEIDEGGER, 2005, p. 159.

declarações científicas⁷³⁰. Não há, por outro lado, um critério de validade universal para imprimir correção ao direito como acontece, por exemplo, com a exatidão da matemática, o que, como já vimos, sequer o positivismo jurídico logrou alcançar, pois admite a existência de várias respostas possíveis, desde que coerentes e a coerência seja aferida pela compatibilidade hierárquica.

Com efeito, o exame das práticas jurídicas revela que o juiz decide com base num juízo de verossimilhança, ou seja, uma verdade possível naquele momento em certo processo. O que aqui sustentamos é que essa verdade é condição de possibilidade contextual, não em nome de supressão de certas provas ou com a eliminação de certas áreas de conflitos, como ocorre com o mandado de segurança ou no âmbito das tutelas possessórias, como com percuciência lembra Ovídio Baptista⁷³¹, porém, em nome da compreensão erigida sob um patamar contextual e concretizador.

O que ocorre, todavia, é que a maioria dos nossos juristas ainda encontra-se convencida de que a verdade que se tem em mira é a *vontade da lei*, ou seja, o magistrado deveria *descobrir* a vontade unívoca da lei e tanto mais se aproximasse dessa vontade, tanto mais verdadeira seria a decisão. Isso asseguraria uma neutralidade valorativa que permitiria captar o sentido originário do texto.

Ovídio Baptista lembra que sob o influxo da doutrina da “separação dos poderes” caberia ao Poder Judiciário apenas revelar a vontade da lei, vontade constante como proclamavam as fontes romanas ao conceituar a justiça: *Justitia est constans et perpetua voluntas ius suum quique tribuere* (A justiça é a vontade constante e perpétua que atribui a cada um o seu direito), e pontua que quem vive a experiência prática do direito sabe muito bem o quanto constante é essa vontade. Basta ver as sucessivas modificações da jurisprudência, imprimindo ao texto compreensões diferentes! Enfim, pontifica o mestre gaúcho que “a suposta “vontade da lei” transforma-se na medida em que se transformam as circunstâncias históricas vividas pelo intérprete, a fim de que o “significado” da lei harmonize-se com as novas realidades sociais”⁷³². Isso, todavia, não se constitui a pretensão da atividade legislativa. As incursões do legislador ao escopo de restringir ou limitar o máximo que puder a atividade interpretativa não são raras e se erigem sob o influxo do aforisma, hodiernamente completamente superado, segundo o qual, quando a lei é clara dispensa interpretação (*in claris cessat interpretatio*).

⁷³⁰ HÄBERLE, 2008, p. 33.

⁷³¹ BAPTISTA DA SILVA, 2005, p. 265.

⁷³² Idem, p. 266 e 275, passim.

Essa pretensão de carregar o texto com um sentido unívoco ou de todos os sentidos possíveis tornaria o legislador “um ser superior, dotado de uma linguagem sobre-humana, capaz de ser entendida por todos, sem necessidade de qualquer esforço interpretativo”⁷³³, um legislador Hércules, parodiando Dworkin. Aliás, já registramos que o Código Prussiano de 1794 (*Preussisches Allgemeines Landrecht*) continha mais de dezenove mil artigos⁷³⁴, numa expressa manifestação de racionalidade dirigida a uma proibição geral de interpretação judicial. Em vão. Como em vão serão as tentativas do legislador – anota ainda Ovídio Baptista⁷³⁵ lembrando a lição de Siches – de “regular o método de interpretação das normas gerais que ele produz. Às vezes, porém, os legisladores, embriagados de petulância, sonham com o impossível”⁷³⁶. Enfim, o fenômeno tem propiciado, nos Estados de tradição romano-germânica, uma verdadeira explosão legislativa, que tem sido tratada pelos constitucionalistas como inflação jurídica ou legislativa.⁷³⁷

E se a democracia cada vez importa em reconhecer e conviver com a divergência, o contingente, a diversidade, enfim, o pluralismo, as tensões e os conflitos inarredavelmente aumentam na comunidade política, o que requer agilidade, rapidez, presteza na mediação das tensões e composição desses conflitos. Isso tem exposto o Poder Judiciário a um problema muito grave: a demonstração de resultados, de números, de estatística. Nesse contexto, a decisão judicial tem perdido sua individualidade. Cada dia mais, e nisso Ovídio Baptista está repleto de razão, se sufraga uma *justiça da lei* em desfavor da *justiça do caso*, onde a lide perde a individualidade para tornar-se exemplar de um gênero que a absorve. “As sentenças são rigorosamente *objetivas*, capazes de ser assinadas por qualquer juiz de instância semelhante a do seu prolator. Elimina-se delas qualquer mácula de *eticidade*, de compromisso ético do emissor da sentença.” O trabalho do magistrado – e isso lamentavelmente pode ser testificado da primeira à mais alta instância jurídica do Brasil – tem consistido, em sua grande parte, em “expurgar os “fatos” conformadores da lide, deixando-a esqueleticamente reduzida ao que possa ser *fungibilizado* com outras lides supostamente idênticas” e, a partir daí, “saem à procura de

⁷³³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Epistemologia das Ciências Culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 8.

⁷³⁴ Vide nota nº 396.

⁷³⁵ Ovídio Baptista registra nesse ponto que o preconizado efeito é igualmente pretendido com as súmulas vinculantes, constituídas em normas que, ao fixarem o sentido da lei, acabam engessando a jurisprudência (BAPTISTA DA SILVA, 2005, p. 267).

⁷³⁶ SICHES, Luís Ricasens. *Introducción al estudio del derecho*. México: Editora Porrúa, 1981, p. 240.

⁷³⁷ Ver a respeito BARROSO, Luiz Roberto, op. cit., p 45 e segs.

precedentes jurisprudenciais ou lições doutrinárias, para demonstrar que o caso nada mais é do que um *exemplar* de uma cadeia de lides idênticas⁷³⁸, alerta o processualista gaúcho.⁷³⁹

Há, nisso tudo, um falso pretexto de eficiência e segurança que, a bem da verdade, tem conduzido o direito sob um viés objetificante, coroado, como já assentamos, com a introdução das súmulas vinculantes.

Afastando, contudo, a matematização do direito para conduzir o processo judicial decisório por um caminho que considere que o texto não possui um sentido unívoco, e se

⁷³⁸ Apenas à guisa de exemplificação do fenômeno, na Corte Federal da 1ª Região, em decisão atenta à contextualização, o acórdão que resumiu o julgado restou assim vazado: “CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IBAMA. CRIAÇÃO DE PSITACIFORME. APREENSÃO DE PAPAGAIO CRIADO EM AMBIENTE DOMÉSTICO. RISCOS À SOBREVIVÊNCIA DO ANIMAL. ILEGITIMIDADE. OBSERVÂNCIA AOS FINS DA NORMA AMBIENTAL. PROTEÇÃO DA FAUNA EM NOVO HABITAT ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. I - A atuação do órgão ambiental há de se desenvolver na linha auto-aplicável de imposição ao poder público e à coletividade do dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, caput). Em sendo assim, esse equilíbrio há de se efetivar de forma mútua, envolvendo o homem, a fauna e a flora, de modo que a apreensão de animais silvestres, criados em ambiente doméstico, como no caso, em que não se verifica a ocorrência de qualquer mal-trato e/ou a exploração ilegal do comércio de aves, numa relação harmoniosa e benéfica para ambos os lados, afigura-se-lhes infinitamente mais carregada de prejudicialidade do que a sua permanência sob a cuidadosa e eficiente guarida daqueles que já a detém, de há muito tempo, como no caso em exame. II - Na espécie dos autos, o papagaio "Juca", sem dúvida, já encontrou um novo "habitat", com as características de integração do homem-natureza, em perfeito equilíbrio sócio-ambiental, onde o carinho humano, que se transmite ao pássaro, elimina-lhe as barras do cativeiro, propiciando-lhe um ambiente familiar, ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida dele próprio (Papagaio "Juca") e daqueles que o cercam, em clima de paz e felicidade. Retirá-lo desse convívio humano é cometer gravíssima agressão ambiental, o que não se recomenda, nem se permite, no caso. III - Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada. (AMS 2005.38.01.004457-5/MG, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Sexta Turma, DJ de 13/07/2007, p.51.)”. Ora, a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado impõe a preservação das espécies de conformidade com o texto constitucional. Não obstante, a situação hermenêutica vinculava o intérprete a outra decisão que não a apreensão do papagaio, pois a manutenção no ambiente doméstico, no caso, implicava preservar a espécie. Entre o texto e o contexto, o magistrado soube se conduzir a fim de desvelar o direito que desde e já e sempre existia. A Contextualização prosseguiu quando, tempos depois, noutro julgamento, a Justiça Federal de 1ª Instância em Belo Horizonte, assegurou a permanência de 03 papagaios com uma idosa de 80 anos, a sentença, após reproduzir o precedente anteriormente citado, consignou: “...sequer há garantia de que os referidos pássaros terão, nos depósitos do órgão, condições de salubridade, ou se, devolvidos ao meio ambiente, continuação de suas vidas, porque já domesticados. Direito é, sobretudo, razoabilidade, e não me parece crível – e nem as informações prestadas nem o parecer do MPF convenceram este Magistrado do contrário – à guisa de regularização de documentos perante o órgão, possa atender aos fins sociais e às exigências do bem comum a retirada da impetrante, idosa com quase 80 anos, viúva e aposentada, de sua pequena “família” de papagaios, sob pena de maus tratos aos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana de que trata o art. 2º do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º/10/2003), mormente no viés da oportunidade e facilidade para preservação de sua saúde física e mental.” (Processo nº 2008.38.00.020764-0, 16ª Vara Federal de Belo Horizonte, sentença proferida pelo Juiz Federal Antônio Cláudio Macedo da Silva, consulta *in loco*). Ocorre, no entanto, que a partir desses julgados proliferaram-se decisões onde o acórdão é tomado – podemos realmente dizer – como “primordial fundante” e se passou a liberar animais mantidos em cativeiro mediante mera alegação, em mandado de segurança (Pasmese!), de que se forem devolvidos à natureza não estariam postos a riscos de sobrevivência. E não faltaram crianças e idosos para se intitularem de mantenedores dos cuidados necessários à manutenção dos espécimes...

⁷³⁹ BAPTISTA DA SILVA, 2009, pp. 9 – 10.

a resposta corretamente justificada o é a partir de uma atribuição de significado ao (com)texto, então não se pode pretender que em direito exista uma (única) resposta certa.

A (única) resposta certa, com efeito, em defesa da univocidade, implicaria o aprisionamento *espacial* do direito que perderia a especificidade de suas circunstâncias, e o mundo circundante perderia seu aspecto cultural, transformando-se em um dado do mundo da natureza. É por isso que na ontologia do ser, Heidegger explicita que “a espacialidade do que vem imediatamente ao encontro numa circunvisão pode-se tornar tema da própria circunvisão... Com a tematização da espacialidade do mundo circundante, operada de forma predominante na circunvisão, o espaço já é, de certo modo, visualizado em si mesmo.” E Heidegger não hesita em divisar que o espaço destituído de circunvisão “neutraliza as regiões do mundo circundante, transformando-as em puras dimensões.” Apenas por meio de uma *desmundanização* se poderia cogitar de um espaço homogêneo da natureza. Como modo de ser-no-mundo, a *pre-sença* já dispõe previamente, embora de forma implícita, de um espaço já descoberto.⁷⁴⁰ Esse espaço, em se tratando do direito, encontra-se não raro velado quanto às possibilidades de espacialidades, necessitando, portanto, se mostrar. Esse desvelamento espacial do ser deve ocorrer em sintonia com a tradição, a consciência dos efeitos da história e a cotidianidade que lhe imprimirão sua finitude. É que, prossegue Heidegger, “o espaço só pode ser concebido recorrendo-se ao mundo”, e categoricamente conclui:

Não se tem acesso ao espaço, de modo exclusivo ou primordial, através da desmundanização do mundo circundante. A espacialidade só pode ser descoberta a partir do mundo e isso de tal maneira que o próprio espaço se mostra *também* um constitutivo do mundo, de acordo com a espacialidade essencial da presença, no que respeita à sua constituição fundamental de ser-no-mundo.⁷⁴¹

Os defensores da tese da (única) resposta certa partem do pressuposto da existência de uma homogeneidade relativa como base meta-jurídica ou pré-jurídica da igualdade democrática. Entre eles, seu mais ilustre defensor, Ronald Dworkin, como já registramos, que tão convencido disso, guinda a igualdade à condição de virtude soberana⁷⁴², realmente, única condição, se realmente testificada, para validar sua tese.

⁷⁴⁰ HEIDEGGER, 2005, pp. 161 – 162, *passim*.

⁷⁴¹ *Idem*, p. 163.

⁷⁴² DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

4.1 A base teórico-ideal, pré-jurídica ou meta-jurídica da igualdade democrática: a homogeneidade relativa

Queremos deixar bem claro que não estamos defendendo que a resposta correta não exista. O que sustentamos é que ela não é única porque corretamente justificada a partir de uma contextualidade que revela uma certa e determinada situação hermenêutica, de modo que, noutra contextualidade, a questão poderá comportar outra resposta porque alavancada sob situação hermenêutica diversa. Assim, acreditamos que seja possível uma resposta certa para uma questão controvertida como, valendo-nos do exemplo do próprio Dworkin⁷⁴³, saber qual a melhor peça: *O rei Lear*, de Willian Shakespeare, ou *Fim de Partida*, do dramaturgo irlandês Samuel Beckett, desde que a resposta seja contextualizada.

Admitir que não é possível uma resposta certa sobre uma questão controvertida porque juristas pensarão e argumentarão de modo diferente sobre ela sustentando posições diferentes, ainda que uma delas seja acolhida por um terceiro (o juiz) e venha a ser adotada pela maioria da jurisprudência, bem como, do mesmo modo, admitir que exista apenas uma (única) resposta certa para a questão, são posições que incorrem no mesmo equívoco: desconsideram a espacialidade do direito como condição de possibilidade para o acontecer da verdade ou, dito de outro modo, ofuscando a circunvisão, ensejam o velamento da mundanidade. Assim, é possível saber se *O rei Lear* é uma melhor peça que *Fim de Partida* – contextualizando mais ainda e fazendo uso do exemplo que optamos nesta tese: saber se Chico Buarque é um melhor cantor que Zeca Pagodinho – desde que a resposta seja alavancada a partir de uma contextualidade determinada, isto é, a partir de um espaço constitutivo de mundo que revele a espacialidade como caráter essencial da *pre-sença*.

Dworkin, com efeito, olvida este relevante aspecto ao construir a tese da (única) resposta certa. E o faz porque trabalha o direito em Estados onde grassa um nível razoável de homogeneidade social relativa (experiência anglo-americana). Convencido, como aqui já registramos, de que todo cidadão tem direitos que devem ser reconhecidos pelos tribunais ainda que não previstos em normas escritas (tese dos direitos), hipótese em que o juiz deve decidir com base em outras pautas regulatórias – com destaque para os princípios – desde que o façam coerentemente a partir de uma visão integral (direito como integridade), Dworkin justifica a

⁷⁴³ DWORKIN, 2002, p. 430.

decisão judicial e a tese da (única) reposta certa como consequência da liberdade e igualdade democráticas. Nas suas palavras:

Devemos lutar, até onde pudermos, não para aplicar uma teoria da responsabilidade civil a indústrias farmacêuticas⁷⁴⁴ e outra teoria da responsabilidade civil aos motoristas⁷⁴⁵, não para abraçar uma teoria de

⁷⁴⁴ Dworkin se refere ao precedente *Sindell versus. Abbott* por ele assim articulado: “Suponhamos que uma mulher tenha tomado alguns comprimidos genéricos que lhe provocaram efeitos colaterais bastante nocivos. Diferentes fabricantes produzem os comprimidos, e ela não tem a menor idéia de quem produziu os que comprou e tomou de um ano a outro e, portanto, não tem idéia de a quem pertencem aqueles que lhe causaram dano. Ela pode processar qualquer um ou todos os fabricantes do medicamento? Ou insistiremos que ninguém é responsável civilmente pelos danos causados a ela? Os juristas têm defendido os dois lados. Alguns, incluindo a Suprema Corte da Califórnia, têm dito que os fabricantes do medicamento são coletivamente responsáveis. Outros insistem que nenhum deles o é, e que o prejuízo da mulher, infelizmente, é um dano irreparável” (DWORKIN, 2006, p. 10).

⁷⁴⁵ A referência é implícita ao primeiro julgamento do caso *McLoughlin versus O'Brian* (1981, modificado em 1983), assim contextualizado por Dworkin em outro escrito: “O marido e os quatro filhos da sra. McLoughlin foram feridos num acidente de carro na Inglaterra, mais ou menos às quatro da tarde do dia 19 de outubro de 1967. Ela estava em casa quando um vizinho lhe trouxe a notícia do acidente, por volta de seis horas, e dirigiu-se imediatamente ao hospital, onde foi informada de que a filha havia morrido e o marido e os outros filhos estavam em estado grave. Teve um colapso nervoso e mais tarde processou o motorista cuja negligência provocara o acidente, bem como outras pessoas de alguma forma envolvidas, exigindo uma indenização por danos morais. Seu advogado chamou a atenção para várias decisões anteriores dos tribunais ingleses concedendo indenização às pessoas que havia sofrido danos morais ao verem um parente próximo gravemente ferido. Em todos esses casos, porém, o pleiteante tinha estado na cena do acidente ou ali chegara logo em seguida. Em um caso de 1972 [*Marshall versus Lionel Enterprise Inc*], por exemplo, uma mulher foi ressarcida – recebeu indenização – por danos morais; ela vira o cadáver do marido imediatamente após o acidente que lhe tirara a vida. Em 1967 [*Chadwick versus British Traspot*], um homem sem parentesco algum com as vítimas de um acidente de trem trabalhou durante horas tentando resgata-las; a experiência o levou a um colapso nervoso, e ele conseguiu obter a indenização que pediu. O advogado da sra. McLoughlin fundamentou-se nesses casos como precedentes, decisões que haviam incorporado ao direito a norma jurídica segundo a qual as pessoas na situação dela têm direito a ser indenizadas... O juiz de primeira instância considerou que o fato de o colapso nervoso ter ocorrido longe da cena do acidente constituía uma diferença importante, pois significa que os danos morais da sra. McLoughlin não eram “previsíveis” no mesmo sentido daqueles sofridos por outros pleiteantes. Os juízes britânicos norte-americanos seguem o princípio do direito consuetudinário segundo o qual as pessoas que agem com negligência só são responsáveis por danos razoavelmente previsíveis causados a terceiros, danos que uma pessoa sensata poderia antever se refletisse sobre a questão. O juiz de primeira instância foi obrigado, em virtude da doutrina do precedente, a admitir que o dano moral de parentes próximos na cena de um acidente é razoavelmente previsível, mas afirmou que o mesmo não se pode dizer do dano sofrido por uma mãe que viu os resultados do acidente mais tarde. Portanto, achou que desse modo podia fazer uma distinção entre os supostos precedentes, e decidiu contra a reivindicação da sra. McLoughlin. Ela recorreu de sua decisão ao tribunal imediatamente superior na hierarquia britânica, o Tribunal de Apelação. Esse tribunal confirmou a decisão do juiz de primeira instância – recusou a apelação da sra. McLoughlin e manteve a decisão judicial... Segundo o Tribunal de Apelação o reconhecimento de uma esfera mais ampla de responsabilidade, incluindo danos a parentes que não estavam na cena no momento, poderia ter muitas consequências adversas para a comunidade como um todo. Incentivaria um número muito maior de processos por danos morais, o que exacerbaria o problema da saturação dos tribunais. Abrirem novas oportunidades a reivindicações fraudulentas de pessoas que não haviam sofrido danos morais realmente graves, mas que podiam perfeitamente encontrar médicos dispostos a testemunhar o contrário. Aumentaria o custo do seguro de responsabilidade civil, encarecendo o ato de dirigir carros e, talvez, impedindo para sempre que alguns pobres dirigissem... A sra. McLoughlin apelou da decisão uma vez mais, desta vez à Câmara dos Lordes, que revogou a decisão do Tribunal e ordenou um novo processo. A decisão foi unânime, mas os lordes divergiram sobre aquilo que chamavam de verdadeiro direito. Vários deles afirmaram que as razões de senso comum, do tipo descrito pelo Tribunal de Apelação, poderiam, em algumas circunstâncias, ser suficientes para discriminar uma série de precedentes e, desse modo, justificar a recusa de um juiz em estender o princípio daqueles casos a uma esfera mais ampla de responsabilidade. Mas não acharam que essas razões de política judiciária fossem suficientemente

liberdade de expressão, quando estivermos preocupados com pornografia e uma outra quando preocupados com o ato de queimar bandeiras⁷⁴⁶. Não podemos almejar esses objetivos indispensáveis, a menos que nos comprometamos, quando necessário, a ascender alto o suficiente em nossas deliberações coletivas, incluindo-se nossas deliberações relacionadas à prática jurídica, para testar nosso progresso nessa direção. Devemos nos comprometer com o dever soberano, se reivindicamos um Estado de Direito que não seja simplesmente um instrumento para a realização econômica e a paz social, mas um emblema e um espelho da equidade soberana que nos assegura o direito de viver em comunidade.⁷⁴⁷

Em Estados onde a existência de uma estrutura social emancipatória se apresenta como um caráter essencial da experiência democrática a ponto de se poder falar de uma homogeneidade relativa dentro da sociedade, a tese de Dworkin – que se inspira e tem como ideal uma comunidade democrático-liberal que “embora adequada aos princípios liberais e respeitando a diversidade e a liberdade individual, deveria vivenciar um consenso forte o suficiente para gerar identificações que permitam a todos se enquadrarem como membros da mesma”⁷⁴⁸ – poderia ser confirmada.

Todavia, homogeneidade relativa, escreve Böckenförde apoiando-se em escrito de Heller sobre o tema⁷⁴⁹, é uma situação ideal traduzida por “un estado psicológico social, en el que las contra-dicciones y los intereses políticos, económicos, sociales e incluso culturales existentes aparecen trabados mediante una conciencia común del nosotros, una voluntad común

plausíveis ou meritórias no caso da sra. McLoughlin. Não acreditaram que o risco de um “dilúvio” de litígios fosse suficientemente grave, e afirmaram que os tribunais deveriam ser capazes de estabelecer uma distinção entre as reivindicações autênticas e as fraudulentas, mesmo no caso dos que sofressem o alegado dano várias horas após o acidente... Dois lordes adotaram uma concepção do direito bem diferente. Disseram que seria errado que os tribunais negassem a indenização a um pleiteante meritório, pelos *tipos* de razões que o Tribunal de Apelação havia mencionado, os quais, para os outros lordes, poderiam ser suficientes em algumas circunstâncias. Os precedentes deviam ser vistos como discrimináveis, diziam eles, somente se, por alguma razão, os princípios morais admitidos nos casos anteriores não se aplicassem da mesma maneira ao pleiteante. E, uma vez admitido que o dano causado a uma mãe no hospital, horas depois do acidente, é razoavelmente previsível a um motorista negligente, nenhuma diferença pode ser encontrada entre os dois casos. A saturação dos tribunais ou o aumento do preço do seguro de responsabilidade civil para os motoristas, diziam eles, por mais que representem um inconveniente para a comunidade como um todo, não podem justificar a recusa em fazer satisfazer direitos e deveres individuais que anteriormente se reconheceram e fizeram cumprir. Afirmavam que esses eram tipos errados de argumentos a se fazer aos juízes enquanto argumentos de direito, por mais convincentes que pudessem ser quando dirigidos a legisladores como argumentos favoráveis a uma mudança na lei.” (DWORKIN, 1999, pp. 29 – 35).

⁷⁴⁶ Dworkin está se referindo aos casos já julgados na Suprema Corte norte-americana que entendeu não constituir crime político a queima de bandeiras americanas em protesto político. (*Texas versus Johnson* – 491 U.S. 397 (1989) e *United States versus Eichman* – U.S.310 (1990), conforme DWORKIN, 2005, p. 524.

⁷⁴⁷ DWORKIN, 2006, p. 32.

⁷⁴⁸ KOZICKI, 2001, p. 50.

⁷⁴⁹ HELLER, Hermann. *Politische Demokratie und soziale Homogenität*, 1928, p. 428.

susceptible de ser actualizada⁷⁵⁰.” Mas ao lado desse ideal, o conceito não pode ser independente e por isso abarca os fatores que ele mesmo tem que salvar⁷⁵¹.

Hodiernamente, todavia, o que se vê é que as idéias de *centro* e *periferia* têm perdido a conotação que tradicionalmente representavam. Com efeito, assiste-se diuturnamente ao chamado fenômeno da *periferização do centro*, numa referência à degradação dos níveis de bem-estar social que se presencia em áreas altamente desenvolvidas. Isso não invalida, é certo, a contextualização desta tese, que se assenta na circunstância de que nos Estados periféricos onde impera a desigualdade social, a heterogeneidade social não permite falar de (única) resposta certa no direito. Ao contrário, a confirma, na exata medida em que ela pode ser igualmente validada em Estados desenvolvidos onde eclode aquele fenômeno.

De fato, a proposta de Dworkin de adesão à igualdade como virtude soberana num Estado de Direito impõe que a democracia “no sea un dato apriorístico o una simple posibilidad en la vida en común de los hombres, sino un resultado del desarrollo histórico y de la cultura política.”⁷⁵². É, com efeito, sob essa perspectiva que reclama mais atenção aos aspectos práticos e contextuais da sociedade que à concepção teórico-ideal do princípio da igualdade, que a maneira mais apropriada de raciocinar ou argumentar sobre a verdade das proposições jurídicas deve ser enfrentada.

Não se pode pretender, com efeito, que a mera unidade política, como tal, já pressuponha uma certa homogeneidade relativa à base de que a consideração igualitária se constitua a virtude soberana da comunidade política, de tal sorte que sem ela o governo não passe de tirania, ou dizendo de outra forma, não se pode pretender que a igual consideração, apenas como ideal teórico, se constitua o pré-requisito decisivo (soberano, como pretende Dworkin) da legitimidade política. Aliás, o próprio Dworkin está convencido daquilo que a igual consideração requer: uma aspiração a uma igualdade material por ele chamada de igualdade de recursos⁷⁵³, que

⁷⁵⁰ BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 103.

⁷⁵¹ E Böckenförde discorre sobre esses fatores: “Las desigualdades económicas y sociales, que surgen en una sociedad de clases desarrollada, o incluso, por ejemplo, la exclusión de partes completas de la población del desarrollo económico y del bienestar, pueden neutralizar – de acuerdo con las correspondientes preferencias en la sociedad – la existencia de las actitudes que son necesarias para el nacimiento de este tipo de voluntad común. Y esto puede impedir la formación o la permanencia de este <<sentimiento del nosotros>>, o incluso puede llevar a que surja un sentimiento de comunidad diferente que se desgaje de la comunidad actual (solidaridad negativa) y asuma para sí una cualidad política. En sentido inverso, si existe una homogeneidad relativa, desde ella será posible elaborar y superar tensiones y diferencias de diverso alcance, manteniendo al mismo tiempo su delimitación frente a lo que es ajeno a ella.” (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 103).

⁷⁵² BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 99.

⁷⁵³ DWORKIN, 2005, Introdução, passim.

o leva a concluir que o ideal da virtude soberana “consiste em circunstâncias nas quais as pessoas não são iguais em bem-estar, mas nos recursos de que dispõem.”⁷⁵⁴.

Esse ideal de igualdade pressupõe, como se vê, a consideração de certa homogeneidade relativa da sociedade a fim de assegurar a todos condições ou os recursos necessários à inclusão social. Não é o que acontece, bem sabemos, nas realidades sociais desenvolvidas, de regra, e muito menos nas periféricas, onde o acesso a meios, condições ou recursos é dificultado diante de um retardado e vagaroso processo de inclusão que revela a máscara da ilusória liberdade ensejada pelo liberalismo.

Enfim, não estamos, com isso, discordando de Dworkin quando divisa que no processo de argumentação, os juristas devem ter um vasto domínio de justificação aí incluindo princípios bastante abstratos de moralidade política – como o da igualdade – que estariam desde e sempre postos no horizonte do possível (para ascensão justificadora) não apenas para solução dos casos difíceis, como também de questões prosaicas, ou mesmo as questões já examinadas que poderiam ser elevadas a um novo nível de discussão⁷⁵⁵. Contudo, é preciso ter em mente que tais princípios – voltados para sufragar a igualdade como virtude soberana na democracia, como pretende Dworkin – necessitam, para sua concreção, de uma tradução que atenda as vicissitudes das situações e relações as mais diversas e cambiantes. Isso porque, estamos convencidos, a prática jurídica fundada em princípios exige consistência, mas não a consistência que revele “a idéia de uma comunidade falando através da lei como uma única e coerente voz, a qual pode garantir o status de igualdade a todos os membros da associação política”⁷⁵⁶, mas a consistência sob os trilhos de uma verdade contextual.

⁷⁵⁴ *Idem*, p. 157.

⁷⁵⁵ DWORKIN, 2006, p. 15.

⁷⁵⁶ KOZICKI, 2001, p. 49 – 50.

4.2 As coisas como elas são: heterogeneidade e descontextualidade

Não se pode falar – sem que o façamos com extrema dificuldade e apoiando-se em ações e projetos de inclusão que, ainda que se apresentem válidos, não alcançam seja quantitativamente, seja qualitativamente, os resultados – de uma homogeneidade social relativa.

A homogeneidade social relativa é – no atual estágio da humanidade – um ideal teórico que está longe de justificar uma verdade uníssona vazada na tese da (única) resposta certa. Decorre, desde aí, aliás, como já registramos, a dificuldade de validar a teoria do discurso habermasiana em Estados periféricos, o que, naturalmente, não a invalida como projeto teórico. Com efeito, o acordo de conteúdos vazados numa Constituição não possui o condão de tornar concernidos todos os indivíduos da comunidade a participar dialogicamente das tomadas de decisão. Isso por uma razão muito simples: é gritante o nível de exclusão e, portanto, de desigualdade e a igualdade dos concernidos é condição de validade para criação do espaço público a fim de ensejar o agir comunicativo pretendido por Habermas, conforme já registramos. Daí o acerto da opinião de Kozicki que não enxerga como a integridade como prática jurídica e política, tal qual proposta por Dworkin, possa combinar os objetivos comunais e os interesses individuais, ou o desacordo sobre princípios políticos e consenso necessário para a legitimação política, quando é certo que “o sentido da equidade como prática política, não é capaz de fornecer um ideário neutro acerca de como equacionar objetivos distintos, visões de mundo distintas, sem que se comprometa o consenso necessário para a existência da comunidade.”⁷⁵⁷

Longe do ideal da homogeneidade, vivem as experiências estatais periféricas sob o império da heterogeneidade social grassada não apenas pela concreta falta de *igualdade de bem-estar*, como pela ilusória *igualdade de recursos* (acessos e meios) a todos assegurada. As matrizes teóricas de cunho liberal-capitalista se contentam, com efeito, com uma distribuição igualitária amparada em igualdade de recursos. Nesse sentido, Dworkin sustenta que a igualdade de recursos

oferece uma definição da igualdade distributiva imediata e obviamente sensível ao caráter especial e à importância da liberdade. Ela faz com que a distribuição igualitária não dependa exclusivamente dos resultados que possam ser avaliados de maneira direta, como preferência-satisfação, mas em um processo de decisões coordenadas no qual as pessoas que assumem responsabilidades por suas

⁷⁵⁷ KOZICKI, 2001, pp. 53 -54, passim.

próprias aspirações e projetos, e que aceitam, como parte dessa responsabilidade, que pertencem a uma comunidade de igual consideração, possam identificar o verdadeiro preço de seus planos para as outras pessoas e, assim, elaborar e reelaborar esses planos de modo que utilizem somente sua justa parcela dos recursos em princípio disponíveis para todos.⁷⁵⁸

É realmente ilusão pensar que aqueles mais afortunados, enquadrados nas classes dominantes e detentoras do poder e meios de produção, assumam a postura moralmente reflexiva sustentada por Dworkin a ponto de realinharem suas aspirações e seus projetos para que, limitando sua liberdade, se contentem em fazer uso de menos meios, de menos recursos dentre aqueles que estão disponíveis a todos. Na experiência brasileira, o que se vê é exatamente o contrário: pessoas irredimidas com limitação a direitos voltados para a satisfação básicas do bem-estar, como a educação, por exemplo, procuram tutela jurisdicional para, afastando o critério de limitação da liberdade em defesa da igualdade de recursos, assegurarem vagas em universidades públicas sob o argumento de que o fato de terem outras pessoas cursado o ensino fundamental e médio em escolas públicas não pode constituir critério de discriminação válido diante do princípio da igualdade.⁷⁵⁹ Nesse mesmo sentido pode-se referir aos fatos recentemente noticiados que empresas de transportes coletivos orientam os motoristas para não garantirem o direito dos idosos à passagem gratuita. Por certo o balizamento dessa ação passa pelo argumento

⁷⁵⁸ DWORKIN, 2005, p. 160.

⁷⁵⁹ O acórdão seguinte revela um nível de argumentação sob o influxo de diretriz nitidamente liberal-capitalista para afastar a política de inclusão adotada pela universidade ao entendimento de que o discriminação não seria a desigualdade, mas a circunstância de que o ensino público é deficiente e que alunos obtêm bolsas para frequentar escolas privadas, o que invalidaria a política de cotas. Parece, efetivamente, que aquilo que o julgador chama de causa é, na verdade, consequência da desigualdade. De qualquer sorte, a decisão opta por validar políticas públicas deficitárias no âmbito da educação que revelam o insucesso e frustração das promessas constitucionais em detrimento de um direito. Vale conferir a ementa do julgador: “ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. PROGRAMA DE AÇÃO AFIRMATIVA DE INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA - PAAES. 1. A consequência do acolhimento da tese de inconstitucionalidade do Programa de Ação Afirmativa de Ingresso no Ensino Superior da Universidade Federal de Uberlândia seria a extinção do PAAES, com a integração de suas vagas à ampla concorrência, e não a inclusão dos impetrantes, alunos de escola privada, no universo dos beneficiados pela questionada reserva de vagas em favor dos alunos de escolas públicas. 2. A reserva de vagas de ensino superior em favor de candidatos oriundos de escolas públicas tem como objetivo a mitigação da desigualdade de ensino em desfavor de alunos que, devido a suas condições econômicas, não puderam custear escola na rede particular. A triste premissa do sistema de cotas é a de que a rede pública de ensino fundamental e médio apresenta, em regra, nível de ensino mais fraco e, portanto, os alunos dela oriundos não têm condições de competir em igualdade com os provenientes da rede particular. Assim, o fator que justifica a discriminação em favor dos alunos da rede pública no vestibular não é, diretamente, a carência econômica, mas terem cursado o ensino médio e fundamental na rede pública. Se estudaram em escolas particulares, mesmo sem nada pagar, por terem conseguido bolsa integral, não se lhes aplica o motivo que levou à adoção do sistema de cotas. 3. Apelação da UFU e remessa providas.” (AC 2008.38.03.009701-5/MG, Rel. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJ de 26/10/2009). A Suprema Corte divisou repercussão geral na questão da reserva pelo sistema de cotas, de vagas nas universidades públicas (RE 597.285-2/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 09/10/2009, e a questão se encontra também deduzida na ADPF 186/DF, aguardando julgamento).

de que está presente uma indevida ingerência do Estado na atividade econômica, impondo limitação indevida às aspirações e projetos de lucros. E por que não referir, ainda, ao desacerto entre idosos e planos de saúde privados quanto ao reajustamento dos preços e alteração de valor diante de mudança etária? São apenas alguns exemplos, dentre tantos.

Essas controvérsias estão a exigir de nós, juristas, sobretudo do Poder Judiciário, uma interpretação diferenciada – não como pretende Dworkin para quem as limitações da liberdade, nem sempre, proporcionam aumento de igualdade de recursos que estaria a depender “da adequação do processo de discussão e escolha que oferece para essa finalidade”, sendo “necessário um grau substancial de liberdade para que tal processo seja adequado”⁷⁶⁰ – mas de uma interpretação lastreada numa ampla compreensão da consciência histórico-efectual que revela, isso sim, a heterogeneidade e a (des)contextualização das democracias modernas, sobretudo as periféricas que contemplam contextos sociais variados e díspares sobretudo nos planos econômico, cultural, educacional, algumas delas, sobretudo as de grande extensão territorial, como o Brasil, com profundas diferenças regionais em decorrência. Não seria, sem dúvida, uma decisão contextualizada determinar que o Estado forneça remédio para dor abdominal a cidadãos residentes em Moinhos de Vento em Porto Alegre, que podem facilmente diagnosticar a causa e dispor de meios e recursos para curá-la. Todavia, a condenação do Estado a ofertar medicamentos para dores abdominais às populações ribeirinhas do Amazonas, ressalta como decisão absolutamente erigida sob um contexto que expressa a consciência histórico-efectual da situação hermenêutica a partir da qual foi deslanchada, diametralmente oposto àquele que ensejou a cogitada decisão na primeira hipótese.

É preciso perceber, ainda, que nas sociedades periféricas, os níveis de exclusão não permitem a criação do espaço público adequado para o desenvolvimento do processo de discussão e escolha que pressupõe, sem dúvida, igualdade. É que, a lição já foi registrada nesta tese, *só se é livre quando todos são livres*. Dito de uma maneira mais expressiva, o idealizado processo de adequação e escolha para aproximar uma sociedade desigual, rumo a uma sociedade mais igual, estaria a exigir antes da liberdade, tida como fundamental por Dworkin, um grau substancial de igualdade, isso sim.⁷⁶¹

⁷⁶⁰ DWORKIN, 2005, p. 160 – 161, passim.

⁷⁶¹ Impende registrar, contudo, que não obstante tente afastar a pugna entre *liberdade x igualdade* sob o influxo da concepção da *igual consideração* que opta pela *igualdade de recursos* como o meio para imprimir norte às ações a serem tomadas no processo de adequação e escolha, Dworkin valida o caminho das ações afirmativas ao declarado

A atenção à heterogeneidade social exige, ao contrário do que afirma Dworkin, que a distribuição igualitária esteja atenta, voltada para, e dependa dos resultados de satisfação almejados pela igualdade de bem-estar e inteiramente voltados para a inclusão.

É aqui, sob o pálio de heterogeneidade, que a igualdade – não a igualdade virtuosa de uma homogeneidade comunitária ideal e portanto concretamente inexistente – pode servir de virtude para a verdade, não a inapropriada verdade unificante de uma (única) resposta certa que tem o direito como *pressuposto invariante*⁷⁶², mas a verdade contextual, como condição de possibilidade, que pode acontecer com a decisão judicial, que deverá ser enfrentada, sob esse prisma, num patamar contextual concretizador.

Se em vários momentos Dworkin⁷⁶³ sustenta que a tese da (única) resposta certa destina-se a sistemas jurídicos avançados, isso não pode significar que em um sistema jurídico não suficientemente consolidado, isto é, incipiente em normas e tradições jurídicas, como de regra se apresentam os sistemas jurídicos dos Estados periféricos tipo “democracia emergente”, o reconhecimento dos direitos das pessoas se constituiria tarefa tão incerta a ponto de somente poder se operar mediante o exercício da discricionariedade judicial, o que negaria a tese da única resposta certa. As coisas não são bem assim. Se a Colômbia, como afirma Arango⁷⁶⁴, se mostra como um sistema jurídico não avançado, isso não significa, todavia, que a experiência jurídica ali vivenciada afaste a possibilidade de respostas corretamente justificadas – como igualmente aqui no Brasil – desde que se considere os mais variados aspectos da heterogeneidade social, ou dito de outra maneira, desde que a justificação de uma proposição judicial se lastreie na verdade contextual desde já e sempre presente como condição de possibilidade.

escopo e insiste em várias oportunidades sobre a validade do sistema de cotas (DWORKIN, 1999, p. 424 e segs; DWORKIN, 2001, p. 437 e segs; DWORKIN, 2002, p. 343 e segs; e DWORKIN, 2005, p. 543 e segs). Todavia, e isso raramente tem se percebido, ao fazê-lo, na linha de coerência de seu pensamento, busca justificação decisiva na liberdade e não na igualdade, pois o regime de cotas apenas se valida se passar pelo processo de decisões coordenadas no qual as pessoas assumem responsabilidades por suas próprias aspirações e projetos, e aceitam, como parte dessa responsabilidade, que pertencem a uma comunidade de igual consideração, ainda que essa constatação seja aferida pelo exercício da jurisdição, quando, então, os juízes não teriam autoridade para emitir seus próprios juízos políticos estratégicos desconsiderando o saber coletivo dos especialistas, bem como não teriam, igualmente, autoridade para empregar a Constituição para proteger esses juízos estratégicos contra todas as refutações (DWORKIN, 2005, p. 579, ver, inclusive, nota de rodapé n° 33).

⁷⁶² BAPTISTA DA SILVA, 2009, p. 27.

⁷⁶³ Conferir DWORKIN, 1999, p. 142; DWORKIN, 2002, pp. 439 – 440.

⁷⁶⁴ ARANGO, op. cit., p. 56.

4.3 A *adjudication*: velamento e desvelamento da verdade nas proposições jurídicas

Já registramos que para Dworkin, a *verdade* de uma proposição jurídica é testificada quando ela deriva dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, oferecendo a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade (o critério da integridade).⁷⁶⁵ É dentro desse critério que o juiz atuará como garantidor de direitos, fazendo com que o indivíduo tenha reconhecido um direito, ainda que a aplicação da lei seja controvertida, o direito não se apresente claro ou mesmo não exista norma (texto) alguma sobre a questão, hipótese em que recorrerá aos princípios, mas ele (o juiz) sempre teria o dever de decidir da melhor forma possível, encontrando a resposta certa para o caso, não havendo aí qualquer espaço para criação de direito ou discricionariedade judicial, pois o juiz, mesmo na indeterminação ou vagueza, não criaria direito novo, fazendo emergir, ou seja, desvelando um direito pré-existente que apenas se encontrava velado, oculto, latente, esperando esse desvelamento.

A existência de uma comunidade fundada em princípios exige que o juiz se pautar sob os trilhos da integridade moral, a fim de desvelar o *verdadeiro* direito das partes, que assim seriam tratadas com justiça, na exata medida em que a correção da proposição judicial decorreria dos juízos morais e políticos e não das convicções pessoais do juiz. Para que isso aconteça, como vimos, na construção de Dworkin os princípios devem ser tratados com mais relevância do que as regras e na tecitura argumentativa, os *argumentos de princípios*, portanto, prevalecem sobre *os argumentos de política* em defesa dos direitos civis, decorrendo, desde aí, a relevância dos casos difíceis na teorização de Dworkin.

Mas estamos insistindo nesta tese em que no direito não se pode cogitar de uma (única) resposta certa como apta a imprimir a correção de uma proposição jurídica. Temos defendido que essa resposta, como exigência do princípio democrático, que afasta pretensões uníssonas de consenso, tendo como característica basilar a heterogeneidade, deve ser contextualizada, portanto, sob o respeito de uma espacialidade onde as possíveis condições de

⁷⁶⁵ DWORKIN, 1999, p. 272.

possibilidade não podem ser olvidadas, de tal sorte que não se pode falar, igualmente, de busca pela melhor resposta, porque compreender, como vimos a partir de lição de Gadamer, longe de significar *compreender melhor* no sentido de saber mais, estar mais consciente, é sempre *compreender de um modo diferente*, a partir de uma antecipação de sentido que não constitui ato de subjetividade, mas que limita por uma tradição que nos une a uma comunidade. Essa tradição não é meramente um pressuposto sob o qual nos encontramos mergulhados. Ao compreender nós participamos do seu acontecer (círculo hermenêutico), decorrendo, desde aí, o caráter histórico e finito da compreensão, que se projeta a partir da consciência da situação hermenêutica, o que deve significar, para nós, juristas, que a interpretação é sensível ao sentido cambiante da prática social. Isso, segundo Arango, excluiria toda pretensão conclusiva de um única resposta aos problemas jurídicos.⁷⁶⁶

Significa dizer que os fatos são extremamente relevantes no processo jurídico decisório. São eles, a par da contextualidade em que estão mergulhados, que vão imprimir sentido ao texto. Dessa afirmação já resulta, de plano, como a tese da *verdade contextual* que estamos sustentando deve encontrar relutância nas práticas forenses brasileiras onde, como já registramos, o processo de fungibilidade expurga os fatos objetificando as decisões e engendrando a jurisprudencialização do direito sob o influxo de “uma repetição de caso (supostamente) idêntico”. Há, com efeito, uma dessacralização do contextual, das especificações ou das circunstâncias e peculiaridade de fato que individualizam o caso concreto, que tornariam, para Ovídio Baptista – e com razão – o direito como a ciência do individual, não de regras, não de pluralidade de casos idênticos⁷⁶⁷.

A fungibilidade dos litígios em decorrência da objetificação das decisões judiciais imprime uma sensação (falsa) de segurança, ao fito, igualmente falso de se reduzir a subjetividade do juiz. A análise, o exame e a devida articulação da situação hermenêutica, restam encobertos ou, dito de outro modo, processam-se no plano da articulação deixando de ser explicitados quando a decisão apresenta-se desprovida de nível argumentativo ou ele é simplesmente reduzido à referência a um precedente ou a um dado teórico sem qualquer contextualização.

⁷⁶⁶ ARANGO, op. cit., p. 94.

⁷⁶⁷ BAPTISTA DA SILVA, 2009, pp. 17 – 18 e 23, passim.

Ainda que se admita uma parcela de subjetividade mínima, ou, como se queira, uma valoração decorrente da circunstância de que o julgador é também integrante da comunidade e, como todo indivíduo, possui uma subjetividade, sujeitando-se igualmente aos valores comunitários, ela não deve significar, todavia, arbitrariedade⁷⁶⁸. E o peso para aferir essa parcela encontra-se no dever de fundamentar, de onde uma decisão que apenas se reporta a precedentes, sem a devida contextualização, não satisfaz a exigência democrática de fundamentação⁷⁶⁹ que se apresenta como condição para a possibilidade de respostas corretamente justificadas.

A valoração também não vai significar discricionariedade. O apelo à discricionariedade judicial que, como vimos, foi sobremodo postulado pelo positivismo jurídico, tem conseguido, contemporaneamente, defensores que se perfilam no sentido de que “seria impossível lidar com a intrínseca *indeterminação* dos princípios em reconhecer que os juízes devem contar com uma parcela, maior ou menor, segundo o caso concreto, de *discricionariedade*”⁷⁷⁰. Esse modo de enxergar a questão busca reforço no momento da ponderação principiológica, quando sustenta que não há como decidir sobre que princípio deva ser aplicado sem que se projete uma dose de discricionariedade judicial na experiência jurídica em direção e em defesa da razoabilidade, a fim de se proceder à escolha axiológica tal qual propugnado pelas teorias da argumentação, sobretudo sob o viés proposto, como já vimos, por Alexy. A pergunta, nessa contextura, é assim expressada por Ovídio Baptista: Como lidar com o *princípio da proporcionalidade*⁷⁷¹ se negarmos ao magistrado o poder *discricionário*?⁷⁷²

O contraponto mostra que esse pensamento conduz a um retorno à tese positivista, o que foi percebido com agucidade por Streck quando assentando que é nos princípios

⁷⁶⁸ “Com efeito, é a utilização do método de *subsunção* que permite que nossos magistrados – utilizando-se da lei como “premissa maior” do silogismo judicial – abandonem o “fato e suas circunstâncias” (art. 131 CPC) para, com o que dele resta, identificá-lo com os demais “fatos” igualmente despidos de suas *individualidades*, jogando-os na norma, como *exemplares* de uma seriação de casos, pretensamente idênticos, mesmo que circunstancialmente entre si diversos. É a técnica da *normatização* dos fatos. É a origem da *arbitrariedade* a que estamos submetidos.” (BAPTISTA DA SILVA, 2009, p. 30).

⁷⁶⁹ E no Estado brasileiro se avultaria, nessa conformidade, inconstitucional em face do comando emergente do art. 93, IX, da Constituição.

⁷⁷⁰ BAPTISTA DA SILVA, 2009, p. 39.

⁷⁷¹ A “máxima proporcionalidade” como critério para ensejar a ponderação, compõe-se, segundo Alexy, de três máximas parciais: *adequação*, que ao estabelecer a relação entre meio empregado e o fim atingido, mede seus efeitos a partir de hipóteses comprovadas ou altamente comprováveis; *necessidade*, que estabelece que a medida empregada (vale dizer, a norma) deve considerar, sempre, o meio mais benéfico ao destinatário; e *proporcionalidade* em sentido estrito, que é a ponderação com base nos valores *jusfundamentais* propriamente ditos, os quais encontram na noção de dignidade da pessoa humana uma espécie de meta-valor a orientar a interpretação dos demais direitos fundamentais.” (ALEXY, 1993, pp. 111 – 112, na livre tradução de STRECK, 2009a, pp. 181 – 182, em nota de rodapé)

⁷⁷² BAPTISTA DA SILVA, 2009, p. 38.

que se institucionalizou a moral, compreendida como o “ideal de vida boa” da sociedade (demandando, por isso, um Estado que deixa de ser “inimigo”, para ser “amigo dos direitos fundamentais”), registra que “falar de princípios significa: o direito passa a cuidar do mundo prático; a faticidade penetra no território jurídico antes inacessível face às barreiras opostas pelo positivismo. (...) E a moral deixa de ser autônoma-corretiva, para se tornar co-originária ao (e com o) direito.” Ela se institucionaliza, assim, por meio da faticidade, “mas sem servir de instrumento para legitimar a busca de valores escondidos debaixo dos textos jurídicos” ou dizendo de outra maneira, essa institucionalização ocorre não sob o obséquio de um elemento formal, traduzível por regras de argumentação, por exemplo, como se fosse um caminho para algo, antes ela acontece na dimensão pré-compreensiva do mundo prático, que “ocorre em uma totalidade de nossa realidade, a partir da conjunção de múltiplos aspectos existenciais, que fazem parte de nossa experiência (faticidade, modo-de-ser-no-mundo) e são, portanto, elementos a que temos acesso mediante o esforço fenomenológico da explicitação”⁷⁷³.

Não se pode, efetivamente, desprezar a relevância da contextualização o que exige a devida atenção às questões fáticas, prática, aliás, olvidada no exercício da jurisdição brasileira onde as decisões se apresentam, de regra, objetificadas sob o viés da jurisprudencialização. E, por isso, Streck não receia em proclamar que “eliminada/abstraída a situação concreta, tem-se o terreno fértil para o exercício daquilo que é o cerne do positivismo: a discricionariedade interpretativa e a conseqüente multiplicidade de respostas”⁷⁷⁴.

Se a ponderação implica a escolha subjetiva do princípio, como evidencia Ovídio Baptista, é inegável que continua presente o problema da delegação em favor do sujeito (o juiz) na relação sujeito-objeto, veio da discricionariedade projetada pelo positivismo, já que cabe ao intérprete dizer qual o princípio a ser adotado da mesma maneira que é tarefa do juiz decidir na indeterminação. E isso é incompatível, alerta Streck, “com a circularidade hermenêutica, uma vez que o círculo atravessa o esquema sujeito-objeto (é através dele que se dá a antecipação de sentido, impedindo qualquer interpretação em etapas).”⁷⁷⁵ E Streck chama a atenção para que aí reside a diferença basilar entre a hermenêutica e a teoria da argumentação e arremata afirmando que

⁷⁷³ STRECK, 2009a, pp. 172 -177, passim.

⁷⁷⁴ STRECK, 2009a, p. 177.

⁷⁷⁵ Idem, p. 179.

Enquanto a teoria da argumentação compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermenêutica (...) *parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, “fechando” a interpretação, isto é, diminuindo, ao invés de aumentar, o espaço da discricionariedade do intérprete.* Claro que, para tanto, a hermenêutica salta na frente para dizer que, primeiro, são incindíveis os atos de interpretação e aplicação (com o que se supera o método) e, segundo, não há diferença estrutural entre *hard cases* e *easy cases*.⁷⁷⁶ (os destaques estão no original).

A blindagem à discricionariedade judicial decorre, nessa conformidade, da pré-compreensão, que enseja a antecipação de sentido ao nos vincular contextualmente, por meio da consciência histórico-efectual, à situação hermenêutica antes mesmo de se projetar na representação dos enunciados que formulamos no plano da explicitação. Assume relevância, naquele momento, o papel que os prejuízos ocupam no processo de compreensão assim colocado por Arango a partir de Gadamer:

La condición hermenéutica suprema exige poner en suspenso los propios prejuicios. La suspensión de todo juicio y, *a fortiori*, la de todo prejuicio, tiene la estructura lógica de la pregunta. Esta abre las posibilidades. El prejuicio cuestionado por lo que dice otro o un texto, no queda desplazado, sino que entra realmente en juego. Sólo en la medida que se ejerce, puede tener noticia de la pretensión de verdad del otro, y ofrecerle la posibilidad de que éste se ejercite a su vez. La ingenuidad del historicismo radica en sustraerse a una reflexión de este tipo y confiar en un método de acceso a la intención original del autor. Una hermenéutica adecuada debe mostrar en la comprensión la realidad de la historia. Gadamer llama al contenido de este requisito, “historia efectual”. Entender es un proceso de historia efectual.⁷⁷⁷

É preciso, todavia, separar os prejuízos autênticos dos prejuízos inautênticos, que podem mascarar a tradição e, velando a compreensão, não permitir o acontecer de uma correta dimensão predicativa do texto, ou seja, seu conteúdo veritativo, como aponta Streck⁷⁷⁸. O exame antecipatório dos elementos do enunciado não se processa nem numa consciência transcendental (e por isso já afirmamos que Heidegger antes de contradizer seu mestre Husserl, projeta-se para além dele), nem na representação da tradição dos objetos, revela-se, insistimos, a

⁷⁷⁶ Idem, p. 181.

⁷⁷⁷ ARANGO, op. cit., pp. 95 – 96.

⁷⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. “Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto”. In: STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luís (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, n. 4. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 114.

partir de uma pré-compreensão que nos faz *compreender* enquanto ser, desde e sempre lançados num mundo contextual e, a partir daí, *compreender* o ser sem o qual não temos acesso aos entes. É por isso que Stein sobrelevando a dimensão hermenêutica da pré-compreensão aponta para a existência de uma dupla estrutura na linguagem que se apresenta, quando lidamos com qualquer texto jurídico, em primeiro lugar na nossa pré-compreensão e, só depois, aparece na consciência e na representação dos enunciados. E por isso o filósofo gaúcho deixa registrado que:

Assim como a filosofia nasce da dobra da linguagem. Todo o nosso contato com os objetos de que tratamos traz consigo esta dobra. E por isso que muitas vezes apenas objetivamos nossos temas em debate, porque esquecemos esta dobra da linguagem e porque talvez seja tendência lidar logicamente com os enunciados sem perceber que, o que não se mostra, é apenas encoberto (a dimensão hermenêutica), mas é o acontecer primeiro. Esse esquecimento é muito bem percebido por Lenio⁷⁷⁹, ao colocar em xeque a “resolução dos casos simples” a partir de raciocínios dedutivos, como apregoam as teorias discursivas argumentativas.⁷⁸⁰

A jurisprudencialização do direito, sob o influxo da objetificação das lides, olvida, sem dúvida, a dupla estrutura da linguagem e a decisão judicial, sob tal contextura, vulgariza o litígio sob a máscara de que ali está presente um *easy case* e, à guisa de fundamentação, invoca, quando muito, raciocínios lógicos-dedutivos ou fórmulas apropriadas às teses procedurais de natureza discursivo-argumentativa, abrindo espaço para se poder falar em discricionariedades, lesão ao dever democrático de fundamentar, arbitrariedades e relativismos. É isso, aliás, que busca Streck combater quando prima pelo desvelamento da *verdade* (e que, para nós, somente pode ser contextual, conforme sustentamos nesta tese) em desfavor do *consenso*, porque está convencido de que “A interpretação jamais se dará em abstrato [porque]... há,

⁷⁷⁹ Nas palavras de Streck “a cisão entre *easy cases* (casos fáceis) e *hard cases* (casos difíceis) é metafísica, porque, em um primeiro momento, antes da distinção – que tem o caráter casual-explicativo –, já há um compreender antecipador, pré-compreensivo, de caráter existencial, em que se enraízam estes dois elementos de caráter epistemológico. Na medida em que se chega a esse nível e se faz a concessão de que “é possível fazer a cisão”, sobra uma questão essencial: acredita-se que no *easy case* há uma espécie de naturalismo, enfim, que há apenas uma explicação, que emergiria de um raciocínio dedutivo. Já no *hard case* ocorreria – a partir dessa distinção – uma complexidade trazida pelo modo de ser-no-mundo e, por ser trazido desse modo (compreensivo), não seria possível reduzi-lo a uma simples explicação causal (...) não se nega que possam existir casos fáceis; o problema está no fato de que é impossível uma institucionalização de casos fáceis e casos difíceis. No plano da fenomenologia hermenêutica, mesmo em face de uma “suficiência ôntica” que se expresse em um caso simples (raciocínio causal-explicativo), já estarão dadas – em face da pré-compreensão – as condições para um “ir além”, na direção de um acontecer (ontológico), isto é, mesmo que o acontecer possa se dar de forma objetivada, sempre já existe um indicador a partir do qual essa objetivação faz sentido.” (STRECK, 2009a, pp. 248 – 251, passim).

⁷⁸⁰ STEIN, Ernildo. “Nas Raízes da Controvérsia”. Apresentação. In: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. xxii e xxiii, passim.

sempre, um processo de concreção, que é a *applicatio*, momento do acontecer do sentido, que ocorre na diferença ontológica. Não há textos sem normas; não há normas sem fatos. Não há interpretação sem relação social. É no caso concreto que se dará o sentido, que é único, irrepetível”, que não comporta escolha do intérprete, seja porque “o resultado da interpretação não é um resultado de escolhas majoritárias e/ou produto de convencionalismos”; seja porque “não se trata, evidentemente, de verdades ontológicas no sentido clássico”, “pois os sentidos não estão “nas coisas” e, tampouco, na “consciência de si do pensamento pensante”, mas porque “os sentidos se dão intersubjetivamente. Conseqüentemente, na medida em que essa intersubjetividade ocorre *na e pela* linguagem, para além do esquema sujeito-objeto, *os sentidos arbitrários estão interditados*”⁷⁸¹, pois, lembrando Wittgenstein “os limites de minha linguagem significam os limites de meu mundo”⁷⁸².

A decisão judicial, sob tal contextura, deve representar um patamar contextual concretizador sem que, todavia, incorra na propalada *jurisprudência de valores* ou *ativismo judicial* defeso. Recordemos que nesta tese sustentamos a validade da judicialização da política desde que se encontre erigida sob o olhar da hermenêutica jurídica de viés filosófico, que conforma nossa compreensão ao nosso modo-de-ser-no-mundo a ponto de afastar a discricionariedade do intérprete ou o controle metodológico e tendo sempre presente, como ainda lembra Streck de que

meios e fins devem ser definidos originariamente pelo legislador (princípio da maioria), Mas, quando esses “fins e meios” se mostram inadequados, violando, por exemplo, regras jurídicas constitucionais (sempre sustentadas por princípios) como a proibição de excesso ou de insuficiência na proteção de bens jurídico, é tarefa da jurisdição constitucional efetuar uma atividade corretiva, para preservar a força normativa da Constituição (que, aliás, aponta, em seu texto, os parâmetros para o exercício do contramajoritarismo).⁷⁸³

A adesão ao critério da integridade apontado por Dworkin exige, sem dúvida, que o magistrado ao decidir tenha em mira os valores comunitários, inclusive aqueles que não foram objeto de decisão legislativa, mas integram, como quer Dworkin, os direitos morais das pessoas e que seriam conteúdo dos princípios como pauta regulatória. A prática jurídica fundada em princípios exige coerência. Todavia – e isso já registramos⁷⁸⁴ – a vontade da maioria pode

⁷⁸¹ STRECK, 2009a, p. 237 e 251, *passim*.

⁷⁸² WITTGENSTEIN, 1993, p. 245.

⁷⁸³ STRECK, 2009a, p. 127.

⁷⁸⁴ Conferir sobretudo a colocação do tema por Calsamiglia aqui exposta e objeto da referência da nota n° 554.

conflitar com direitos morais, exigindo a atuação da jurisdição ao escopo de que os direitos sejam garantidos contra as agressões da maioria ou do governo, a fim de que aqueles direitos possam, enfim, ser levados a sério. É nesse âmbito que a atuação da jurisdição valida-se ao garantir – não criar – aqueles direitos. Chame-se a isso o que for – ativismo judicial, judicialização da política, jurisprudência de valores, etc –, se a atuação da jurisdição encontra-se dentro desse balizamento, ela é necessária, sobretudo entre nós, que ainda convivemos com um texto dirigente no qual os princípios, que constituem parâmetro para o exercício do contramajoritarismo, foram acolhidos pela Constituição canalizando para ela o mundo prático, lembra Streck.⁷⁸⁵

É por isso, que ao rebater as acusações de que defende ativismos judiciais, Streck – atento aos limites impostos pela hermenêutica filosófica que se incompatibilizam com posturas pragmático-decisionistas – questiona com absoluta propriedade as críticas vazadas no sentido de que a atuação da jurisdição por esse caminho acarreta um problema de legitimidade, impondo um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma “legislação concorrente”, fazendo ver que, a prevalecer esse tipo de raciocínio, “parece razoável pensar que, à luz das posturas procedimentalistas, *seria ilegítimo e inadequado, mesmo no controle difuso, declarar a inconstitucionalidade de uma lei que viesse, por exemplo, a discriminalizar o estupro* (ou alguma lei que, de algum modo, acarrete *déficit* de proteção penal a direitos fundamentais).”⁷⁸⁶

Com efeito, se afastamos a possibilidade de discricionariedade judicial, não haveria, então, espaço para questionamento acerca da legitimidade da jurisdição, já que não está criando direito, senão garantindo um direito ainda que velado. Por outro lado, mesmo para quem divisa relevância suficiente numa legitimação formal-material dos juízes – que adquiriria triunfo com a eleição popular de magistrados – fica a indagação: quem pode garantir que juízes eleitos pelo povo decidirão de forma íntegra, ou seja, respeitando os valores comunitários ao garantir os direitos? Um simples exame das práticas legislativas brasileiras revelará, com certeza, que a maior parte das leis criadas pelos nossos parlamentos não expressam a vontade popular – entenda-se, aqui, vontade da maioria – são, ao contrário, de regra, voltadas para satisfazer interesses de minorias.

⁷⁸⁵ STRECK, 2009a, p. 226.

⁷⁸⁶ Idem, p. 127.

Isso quer dizer, em outras palavras, que a legitimação não se valida apenas sob o prisma de uma habilitação formal para definir valores, meios e fins, conferida ao legislador, que, de qualquer forma, é insuficiente para atender ao princípio democrático, a não ser que se trabalhe com a hipótese de fechamento de sentido no âmbito da legislação, o que se avulta completamente impossível, como já percebemos, sobretudo quando diante da diversidade e hipercomplexidade como traços marcantes da experiência democrática contemporânea.

O caráter não-majoritário que conduz a um emblema antidemocrático à judicialização da política comporta ponderação. Com efeito, ressalta Cappelletti que é preciso observar que “dissipou-se em grande parte a utopia tipicamente ocidental concernente à perfeita capacidade dos poderes “políticos” de alcançar o consenso dos governados, ou pelo menos de sua maioria”⁷⁸⁷. E Cappelletti, para realçar que o exercício dos poderes legislativo e executivo, considerados como diretamente decorrentes e responsáveis pela vontade popular, não se constitui paradigma de democracia representativa – conquanto seja válida a insistência discursiva e pragmática de salvaguardar, o mais realisticamente possível, a legitimação democrática e representativa –, recorda lição de Shapiro onde o cientista político e jurista norte-americano escreve:

O que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos e majoritários, que dão voz à vontade popular e são responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria (...), e sim, freqüentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes (...) os próprios entes políticos, como fim de auxiliar os seus programas e os dos grupos por eles representados, procuram promover apoios e alianças com outros grupos, dentro e fora do governo. Nesse processo de formação, troca e empréstimo de “força política”, as questões que freqüentemente aparecem não dizem respeito a decisões majoritárias. Não há sentido, portanto, no mundo político real, em submeter, de forma simplística, os vários ramos do *gouvernement* a análises baseadas em etiquetas como “voz da maioria”, “democrático” ou “não democrático”.⁷⁸⁸

Esse retrato da experiência norte-americana, inquestionavelmente, pode ser estendido para as práticas governamentais do resto do mundo e se testifica, ainda mais, quando se vem à percepção que parte dos juízes de instância inferior – sobretudo nos Estados da *Common*

⁷⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 94.

⁷⁸⁸ SHAPIRO, Martin. *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*. Englewood Cliffs: N.J., Prentice Hall, 1966, pp. 24 – 25.

Law – e, de regra, os juízes integrantes dos tribunais são nomeados politicamente, o que põe em dúvida a atuação desses juízes quando estão em causa os interesses dos grupos – poderíamos, sem dúvida, dizer da *maioria* que os escolheu – ensejando, a todo modo, entre tantas outras, as seguintes indagações: Em que sentido se vetorizará a força de suas decisões? Como serão canalizados os interesses das minorias? Não é por outra razão que Dallari pontua: “os juizes e tribunais são tolerados e respeitados na medida em que são úteis para dar aparência de legalidade aos atos governamentais e ao sistema político vigente”⁷⁸⁹.

À parte dessas angustiantes questões, a ciência política tem divisado que os tribunais podem dar importante contribuição à representatividade do sistema. Eles, registra Cappelletti, “podem permitir o acesso ao *judicial process* e, assim, dar proteção a grupos que, pelo contrário não estariam em condições de obter acesso ao *political process*”⁷⁹⁰, diante da “incapacidade de a autoridade pública pôr em prática o projeto contido e “acertado” no âmbito da Carta constitucional”, que, portanto, “distanciaria o “consenso” constitucional das práticas políticas cotidianas, ocasionando amiúde uma profunda deslegitimação não apenas dos instrumentos jurídicos, em particular das constituições (...) assim como gera uma desconfiança da/na política como instância de construção de consensos e viabilizadora de práticas teleologicamente indentificadas com um projeto de sociedade *justa e solidária*”⁷⁹¹. Nesse contexto, continua Bolzan,

o Poder Judiciário e a atividade jurisdicional, em especial dos Tribunais Constitucionais, são o foco central do debate, tanto nas chamadas democracias “maduras” quanto nas democracias “emergentes”, ganhando contornos de uma discussão estratégica nestas últimas em razão do descompasso histórico em que se encontram no que diz com a realização dos projetos de bem-estar social. Discutem-se, aqui, os limites de atuação da Jurisdição Constitucional, sua legitimidade e o seu papel como instrumento para a efetivação da Constituição e a implementação de um Estado Democrático de Direito. Poucos ingredientes têm sido tão cruciais ao sucesso das democracias emergentes, quanto à crença, a “fé”, no “Rule of law” e no “Judicial review”.⁷⁹²

⁷⁸⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 47.

⁷⁹⁰ CAPPELLETTI, op. cit., p. 99.

⁷⁹¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. “A Jurisprudencialização da Constituição. Qual a “norma” contida no “texto”: o caso das contratações temporárias no serviço público”. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; e STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 94 – 95, passim.

⁷⁹² Idem, p. 97.

O Poder Judiciário, ao imprimir efetividade ao consenso constitucional, pode se tornar, sem dúvida, uma porta para inclusão. E se lograr agir de forma “razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia”⁷⁹³.

Se a legitimação não imprime consenso por ocasião da definição de valores, meios e fins, igualmente não imprimirá no momento de garantir direitos. Restará a uma e outra função apenas uma coisa: agir com integridade, o que exige coerência moral, ou seja, respeito aos princípios de moral comunitária, tanto no momento de criação quanto no momento da aplicação.

Parece, efetivamente, que a questão deve ser direcionada mais para a preocupação de como os juízes devem atuar para garantir os direitos em face das agressões da maioria e do governo, ou seja, verificar como devem agir de acordo com o critério da integridade, vale dizer, respeitando o conjunto de princípios e interpretando-o de forma coerente e crítica. Insistir no problema da legitimação é olvidar todo o incremento que o processo histórico-político se encarregou de acrescentar no balizamento do binômio *gubernaculum x iurisdictio*, como aqui tivemos ocasião de verificar. Em tempos ditos pós-modernos, a atuação da jurisdição por esse espaço é exigência da própria democracia.

Uma coisa, porém, precisa restar bem posicionada a essa altura. Com efeito, autores brasileiros de grande importância como Dallari, Ovídio Baptista, entre tantos outros, sustentam, na linha do pensamento de Cappelletti, a natureza criadora da jurisdição, sob o argumento de que os juízes gozam de discricionariedade em maior ou menor grau no momento da *applicatio*. Todavia, uma contextualização se impõe e ela foi muito bem colocada por Streck ao mostrar que há diferença entre o que se esperava do judiciário antes e depois da Constituição de 1988. Primeiramente, Streck registra que “antes da Constituição, no regime autoritário, tínhamos que apostar nas lacunas e brechas da lei para contornar a arbitrariedade e o autoritarismo do sistema político-jurídico. Dizíamos que o juiz não podia ser a boca da lei (famosa frase de Montesquieu). E por quê? Porque a lei era autoritária e a Constituição era um arremedo de atos institucionais. Conseqüentemente, queríamos juízes ativistas”⁷⁹⁴. Pretendia-se, naqueles tempos, com efeito, uma magistratura que agisse firme buscando espaços, brechas, ou mesmo colmatando lacunas na lei, tudo no afã de se fazer face aos “regimes ditatoriais, inevitavelmente e

⁷⁹³ CAPPELLETTI, op. cit., p. 107.

⁷⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. “Interpretar a lei não é um ato de vontade do juiz”. Entrevista publicada no jornal *Juslegal* da Associação Justiça e Legalidade. Porto Alegre, fev./2009, p.16.

invariavelmente violentos, corruptos e intolerantes (que) só admitem a magistratura dócil e acovardada, que se omite, escudada numa falsa neutralidade política⁷⁹⁵, ou que seja francamente favorável aos totalitários”⁷⁹⁶.

Com a Constituição de 1988, de perfil nitidamente dirigente, a realidade comprova aquilo que Bolzan afirma em relação a esse tipo de constituição: “propõem e buscam, por um lado, garantir a realização de um Estado Democrático de Direito e, por outro lado, o próprio sistema lhes retira a possibilidade de tal garantia, trazendo à cena pública a atuação privilegiada da Jurisdição Constitucional (...) como instância de atribuição de sentido aos textos”, isso porque, registra ainda Bolzan, “tais Cartas se caracterizam por operarem com normas constitucionais com textura aberta, as quais precisam ter seus textos ressignificados permanentemente”⁷⁹⁷. É nessa contextura, expressando a opinião de que talvez a nossa Constituição seja a melhor do mundo, que Streck questiona: o que dela queremos? E responde: “Queremos apenas que seja cumprida. Por isso batalhamos pelo mandado de injunção, a regulamentação da ADPF, o cumprimento do direito à saúde, etc. Portanto, e peço que me entendam bem no que quero dizer, hoje queremos o cumprimento da lei enquanto produção democrática, isto é, queremos “um juiz que seja a boca (o porta-voz autorizado) da Constituição”. Porque estamos em uma democracia”⁷⁹⁸.

Nessa contextura, expurgar excessos ou garantir mínimo existencial assegurando suficiente e adequada proteção a bens jurídicos constituem-se, grosso modo, os nortes a validar uma atuação da jurisdição em defesa do princípio dignitário e nos trilhos da integridade, o que não significa, e nisso Streck insiste a toda hora, um espaço para discricionariedades e decisionismos.

⁷⁹⁵ Sobre essa neutralidade política Ovídio Baptista assenta que “Tenho aludido seguidamente à natureza criadora da jurisprudência. Essa é uma questão delicada, para o direito brasileiro, por várias razões: a) a doutrina da *separação de poderes*, com a fidelidade com que a praticamos, deixa o ato jurisdicional despido de qualquer possibilidade de *valorar* e, portanto, de decidir. Nossos juízes são pensados como seres inanimados, verdadeiros esqueletos dos seres humanos que eles realmente são, de tal modo que seu julgamento esteja inteiramente neutro e sem qualquer envolvimento ético. Esta é a concepção que oferece à classe dominante a segurança contra qualquer transformação significativa no sistema (...) b) a figura de um juiz que poderia manter-se neutro, sem comprometer sua formação cultural e seus valores, que sempre foi uma aspiração alimentada pelo poder dominante, transformou-se hoje num trágico pesadelo, uma vez que – preservada a figura do juiz como um ser inanimado e neutro – na prática, à falta de formação e de critérios que lhe pudessem orientar, os juízes são institucionalmente forçados a cometer arbitrariedades.” (BAPTISTA DA SILVA, 2009, p. 123).

⁷⁹⁶ DALLARI, 1996, p. 47.

⁷⁹⁷ BOLZAN DE MORAIS, 2007, p. 97.

⁷⁹⁸ STRECK, 2009b, p. 16.

Nas palavras do professor gaúcho, há de se ter o devido cuidado: a afirmação de que o “intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto” nem de longe pode significar a possibilidade de autorizá-lo a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma)⁷⁹⁹.

Streck analisa em *Verdade e Consenso* várias decisões da prática judicial brasileira. Destacamos a seguinte contextualização sobre o problema da tutela constitucional às relações homoafetivas, dada a relevância que a questão tem assumido no contexto social. Ele traz à lume acórdão do TJRS, anotando que fundamentação similar pode ser encontrada nas decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que “demonstra uma espécie de retorno (tardio) a uma jurisprudência de valores. Com efeito, enquanto a Constituição do Brasil estabelece que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre *homem e mulher como entidade familiar*, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (art. 226, § 3º), o Tribunal gaúcho “colmatou” uma “omissão do constituinte” (sic). O acórdão está assim ementado:

“União estável homoafetiva. Direito sucessório. Analogia. Incontrovertida a convivência duradoura entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo o uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada (Revista de Jurisprudência do TJRS, n. 230, pp. 110 e segs.).

E Streck, em coerência com sua linha de raciocínio, anota que a decisão é exemplo típico da *jurisprudência de valores* na exata medida em que “não cabe ao Poder Judiciário “colmatar lacunas” (sic) do constituinte (nem originário e nem derivado)” (...) e “crie uma Constituição “paralela”, estabelecendo, a partir da subjetividade assujeitadora de seus integrantes, aquilo que “indevidamente” – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte. A resolução das querelas relativas às uniões homoafetivas deve ser feita – enquanto não for emendada a Constituição ou elaborada lei ordinária (a exemplo do que ocorreu na Espanha) – no âmbito do direito das obrigações, e não a partir do direito sucessório ou do direito

⁷⁹⁹ STRECK, 2009a, p. 213.

de família. *Há limites hermenêuticos a que o Judiciário se transforme em legislador*". E prossegue afirmando que:

Veja-se que um dos argumentos utilizados – ao menos no plano retórico para justificar as referidas decisões – é o de que o Judiciário deve assegurar a união estável (portanto, equiparação ao casamento) de casais homossexuais porque o Legislativo não pretende, a curto prazo, por não dispor de “condições políticas” para tal, elaborar legislação a respeito. Mas é exatamente esse argumento que se contrapõe à própria tese: *em uma democracia representativa, cabe ao Legislativo elaborar as leis* (ou emendas constitucionais). O fato de o Judiciário – via justiça constitucional – efetuar “correções” à legislação (filtragem hermenêutico-constitucional e controle *stricto sensu* de constitucionalidade) não significa que possa, nos casos em que a própria Constituição aponta para outra direção, construir decisões “legiferantes”. A Constituição reconhece união estável entre homem e mulher. Isso não significa que, por não proibir que essa união estável possa ser feita entre pessoas do mesmo sexo, a própria Constituição possa ser “colmatada”, com um argumento kelseniano do tipo “o que não é proibido é permitido”. *Fosse assim e inúmeras não proibições poderiam ser transformadas em permissões (...)* Em síntese, não há um lado “b” da Constituição a ser “descoberto” axiologicamente. A resposta correta para o caso da união estável (homoafetiva) depende de alteração legal-constitucional. Veja-se, v.g., o caso espanhol. Em que o problema foi resolvido mediante a edição de lei⁸⁰⁰.

A essa altura desta tese – apresenta-se despicendo dizê-lo – estamos com Streck quando lançando olhar hermenêutico sobre o nível de argumentação deduzido no acórdão, divisa uma definição valorativa que, numa democracia, caberia, *prima facie*, ao Poder Legislativo. E sob tal contextura, avulta-se indevido qualquer procedimento de integração, via colmatação de lacunas, a não ser que se entenda que a jurisdição possa legislar complementarmente ou suplementarmente, no caso, de maneira mais apropriada, concorrentemente, a ponto de desvelar outra constituição mediante um exercício axiológico. No entanto, estamos convencidos que a solução para a questão não se volta exclusivamente para a criação de texto, seja ele constitucional, seja legal. E como isso é possível sem que mergulhemos no decisionismo arbitrário que estamos a combater? Apenas se divisarmos a existência de princípios, que expressam a moral comunitária, e que devem ser considerados tanto pelo legislador como pelo juiz para assegurar o triunfo dos direitos individuais contra a maioria e contra o governo, como pretende Dworkin quando sustenta a integridade como critério.

⁸⁰⁰ Idem, pp. 213 – 214.

Com efeito, se a questão, como acertadamente divisa Streck, não comporta solução ôntica para se afirmar que tudo que não é proibido é permitido, o que conduziria ao disparate de se validar um sem número de não-proibições, por certo, colocar a questão nas mãos do legislador ordinário para, valorando a matéria, definir um viés ôntico, não garante para a questão a solução pretendida. Basta pensar que muitos questionarão se a lei é constitucional e um de nós – hermeneutas que adotam o viés filosófico – não hesitará em afirmar, valendo-se dos mesmos argumentos utilizados por Streck, que a definição de valores utilizada pelo legislador ordinário agride a proibição de excesso ou de insuficiência na proteção de bens jurídicos, o que ensejaria a tarefa da jurisdição constitucional para efetuar uma atividade corretiva a fim de preservar a força normativa da Constituição, que, como insiste Streck, aponta, em seu texto, os parâmetros para o exercício do contramajoritarismo.

Observe-se que rechaços desse jaez podem ser utilizados para qualquer lado da valoração que venha a se projetar no plano ôntico explicitado na legislação e que a decisão sobre se a lei é constitucional, ou não, retornará a questão ao âmbito constitucional de onde sustentamos ela não deve ser retirada. O lugar dela é na conformação política dos conteúdos da constituição. É por isso que tem razão Carbonell quando insiste em que “A Constituição de nossos dias é, ao mesmo tempo, passado, presente e futuro, resultado de movimentos, revoluções e costumes, assim como aspirações do futuro.”⁸⁰¹

Com efeito, qualquer caminho que se busque no plano legal sob o influxo do direito das sucessões, como sustenta o acórdão, ou direito das obrigações, como sugere Streck, fará volver a questão para o plano constitucional, pois, num dado momento, o intérprete indagará: mas este efeito do direito das sucessões ou do direito obrigacional se comporta diante da conformação de valores adotada pela Constituição? Coloquemos, então, essa indagação de outra forma: É *coerente* com o conjunto dos direito morais da comunidade tutelar os direitos obrigacionais ou sucessórios de relação homoafetivas? A resposta a essa indagação pode ser demandada do legislador constituinte derivado, sem dúvida. Mas será que alguém vai duvidar que a escolha majoritária do constituinte derivado não será posta em xeque pelos mesmos motivos que a definição valorativa do legislador ordinário, a fim de se perquirir se a definição eleita pelo poder reformador é compatível com a definição valorativa do constituinte originário? Em todas as

⁸⁰¹ CARBONELL, op. cit., p. 46.

hipóteses, a jurisdição seria chamada a *garantir* direitos, direitos que nem sempre estão previstos em pauta regulatória escrita.

Os princípios demandam, nessa contextura, que a hermenêutica jurídica esteja mais aberta às exigências da *política constitucional*, o que deve ocorrer de modo que “a interpretação da constituição não prefigure as possibilidades do presente, mas que permaneça aberta ao que se possa decidir no futuro, sem afetar o que alguns autores chamam de “*el coto vedado*”⁸⁰² ou a esfera do não decidível”⁸⁰³, mas de forma a garantir, igualmente, o pluralismo democrático tendo em mira que a constituição “es simplemente una propuesta de soluciones y coexistências posibles, es decir, un <<compromiso de las posibilidades>> y no un proyecto rígidamente ordenador que pueda asumirse como un *a priori* de la política com fuerza propia, de arriba hacia abajo. Solo así podremos tener constituciones <<abiertas>>”, ensina Zagrebelsky que prossegue registrando que as constituições abertas permitem, dentro dos limites constitucionais, tanto a espontaneidade da vida social quanto a competição para assumir a direção política. Enfim, registra ainda o mestre italiano, que não é a constituição e sim a política constitucional, que deriva da maioria e do consenso, no âmbito do pluralismo, que poderá determinar os resultados constitucionais históricos concretos.⁸⁰⁴

Mas, e agora voltamos a Streck outra vez, através dos princípios, o mundo prático se concretiza para a constituição. As normas constitucionais que melhor representam a continuidade do passado em direção ao presente e do presente em direção ao futuro são as normas de princípios, registra acertadamente Carbonell⁸⁰⁵. É na constituição e a partir dela, que os princípios comunitários devem ser divisados para imprimir coerência à *adjudication*. E o nível de argumentação prescinde de invocações a lacunas, analogias, colmatações, etc, quando se tem presente a diferença ontológica entre texto e norma e quando se tem presente, ainda, os efeitos da consciência histórico-efectual – intimamente conectados com o contexto cultural – a deslanchar a situação hermenêutica impondo-lhe limites contra relativismos, decisionismos ou mesmo arbitrariedades.

⁸⁰² Os tradutores registram que preferiram não traduzir a expressão “coto vedado”, “a fim de preservar a sua originalidade e o seu sentido particular. O “coto vedado” pode ser entendido como uma categoria filosófico-política, que expressa o princípio político, classicamente liberal, pelo qual se impõe limites às decisões políticas, ainda que advindas da maioria, com o objetivo de resguardar o conteúdo dos direitos de liberdade” (CARBONELL, op. cit., vide nota 11, p. 48).

⁸⁰³ CARBONELL, op. cit., p. 48

⁸⁰⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trota, 1999, p.14.

⁸⁰⁵ Idem, ibidem.

Em lugar algum se pode evitar controvérsias envolvendo temas importantes como a tutela às relações homoafetivas. Elas eclodem em todos os Estados. Contudo, nem sempre a questão tem comportado solução por viés principiológico. Permitimo-nos, a propósito, lembrar o amplo debate ocorrido nos Estados Unidos em torno do caso *Lawrence versus Texas*: agentes policiais de Houston, chamados a intervir num bairro residencial devido a um tiroteio, entram num apartamento onde surpreendem um indivíduo chamado Lawrence a ter relações sexuais com um outro homem, maior de idade e consentidor, contra os quais foi intentada uma ação judicial em virtude de uma lei Texana que proíbe as relações íntimas entre pessoas do mesmo sexo. O Tribunal de Apelação do Texas confirma a condenação, baseando-se num acórdão da Suprema Corte norte-americana de 1986 (*Bowers versus Hardwick*), que nega toda e qualquer proteção constitucional às práticas homossexuais, inclusive na esfera privada. Todavia, ao enfrentar o caso, a Suprema Corte retomou à jurisprudência anterior e declarou a lei do Texas contrária à Constituição. A decisão, amparada no princípio dignitário que exige igual consideração, sem discriminação de quaisquer espécies, em face da maioria e do governo, explicita o seguinte argumento: “Na medida em que o acórdão Bowers se baseou em valores que partilhamos com uma civilização mais alargada, convém referir que tanto os fundamentos como a solução adotados pelo acórdão Bowers foram rejeitados em outros países. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não seguiu a solução de Bowers mas sim uma outra via no processo *Dudgeon versus Reino Unido*. Outras nações afirmaram igualmente que os homossexuais tinham o direito salvaguardado de ter relações com adultos consentidores.”⁸⁰⁶

A autosuficiência construída ao longo dos anos pela magistratura brasileira sob o influxo do predomínio da subjetividade do intérprete, não deixaria de aparecer se fosse chamada a resolver o caso que estamos analisando e é certo que se pautaria pelo mesmo caminho seguido pelo TJRS para, divisando omissão do constituinte, proceder à colmatação de lacuna, olvidando a dimensão principiológica da Constituição. Mais uma vez, insistimos, a solução não pode ser delegada ao legislador reformador ou ordinário, salvo, e nisso Dworkin está absolutamente correto, se não levarmos os direitos a sério. E isso é dever da magistratura. Agora, o problema está em como fazê-lo, tal como temos insistido nesta tese.

⁸⁰⁶ Caso *Lawrence versus Texas* a partir da contextualização de ALLARD, Julie e GARAPON, Antoine. *Os Juízes na Mundialização. A nova revolução do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2006, pp. 16 – 17.

A solução da questão requer tanto apelo aos princípios que até a dissidência no âmbito da Suprema Corte norte-americana disso encontra-se convencida. O juiz Antonio Scalia argumenta que “contrariamente ao que fora afirmado, jamais o acórdão Bowers havia visado os “valores que partilhamos como uma civilização mais alargada”, havia, isso sim, simplesmente demonstrado que esse direito não estava “profundamente enraizado na história e nas tradições da nossa nação”.⁸⁰⁷ O que quer significar essa verberação no âmbito da experiência judicial norte-americana? Não está acaso o juiz Scalia afirmando que a tutela à prática de relação homossexuais não se constituía um aspecto digno da igual proteção prevista como princípio na Constituição ianque?

E talvez não seja por isso mesmo, queremos dizer, por olvidar a dimensão dos princípios comunitários dos Estados Unidos [como comunidade de princípios, na acepção Dworkiniana], que muito se questionou a ponto de se perguntar se a Suprema Corte deveria ter ido tão longe⁸⁰⁸, numa alusão ao precedente buscado na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos do Homem?

O polêmico caso como se vê – e não poderia ser diferente – extravasou os limites da jurisdição projetando-se em amplas discussões nos mais diversos espaços públicos. No parlamento, a questão rebentou quando o deputado Tom Feeney apresentou proposta de menção dirigida à Suprema Corte com o seguinte teor: “O sentido das leis americanas não deverá assentar em sentenças, leis ou atos emanados por instituições estrangeiras, a menos que estas clarifiquem a compreensão do sentido original das leis americanas.” (*House Resolution 586* de 17 de março de 2004).

O legislador norte-americano, sob o influxo de profundo conservadorismo, insiste em limitar a subjetividade do intérprete a compreender o sentido original do texto! E Allard e Garapon afirmam que aquele parlamentar foi mais além. Em entrevista, declarou à televisão que os juízes que deliberadamente ignorassem esta advertência do Congresso expor-se-iam a um processo de exoneração. A defesa da minoria – alojada no princípio da igual proteção – projetou-se imediatamente contra essa agressão da maioria, aqui representada pelo próprio governo, propondo ao *judicial committee* da Câmara que realizasse um amplo debate sobre o assunto,

⁸⁰⁷ Idem, p. 17.

⁸⁰⁸ A revista *Commentary*, na edição de outubro de 2003, estampava artigo com o título: *Has the Supreme Court Gone Too Far?* Obviamente, os valores defendidos pela revista, de caráter nitidamente conservador, direcionam a questão em sentido oposto ao contextualizado pela Suprema Corte, mas, mesmo assim, a invocação era a de que a questão poderia ser resolvida à base daquilo que supunha ser os direitos morais comunitários.

denunciando, também, na oportunidade, um golpe infligido ao princípio da separação dos poderes, segundo ainda reportam aqueles autores.⁸⁰⁹

Definitivamente, seja lá, seja aqui – não podemos olvidar – isso tudo é uma questão de princípios! De princípios sim, mas não concebidos sob a evocação do positivismo normativista-sistemático como axiomas jurídicos-rationais do sistema (princípios gerais do direito) a ponto de servirem de fechamento à indeterminação, mas, como lembra Castanheira Neves, “princípios normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade, expressões normativas de “o direito” em que o sistema jurídico positivo cobra o seu sentido e não apenas a sua racionalidade”⁸¹⁰.

Os princípios concebidos sob esse viés de matiz nitidamente Dworkiniano, projetam uma normatividade jurídica diferente, transcendem à lei e à estrita legalidade para serem convocados como fundamentos normativos-jurídicos da juridicidade que a própria lei terá de respeitar e cumprir, lembra o mestre português, que não hesita em registrar que eles (os princípios) podem ser “em grande parte obtidos como um resultado normativamente constitutivo e final da “jurisprudência””⁸¹¹.

Fica claro, desde aí, que quando alçamos nos princípios o lugar para se encontrar uma resposta certa para questões tão controvertidas como as analisadas, subtraindo o viés da criação normativa (entenda-se do texto), não estamos propugnando por uma concepção de princípio tal qual a sustentada pelo positivismo, antes, estamos fazendo referência a “uma material normatividade jurídica translegal, numa recuperação, repita-se, do *ius* a distinguir e para além da *lex*, e com isso a recusa de identificação do direito com a legalidade.”⁸¹² Esse veio da juridicidade trabalhado habilmente por Dworkin não pode ser concebido, já registramos na linha do pensamento de Calsamiglia, como um retorno ao jusnaturalismo. Ao contrário de afirmarem um fundamento absoluto da normatividade jurídica, os princípios verteriam uma referência normativo-juridicante material em que se haveriam de ver os critérios atuais (histórico-culturalmente atuais) de justiça, como insiste Castanheira Neves⁸¹³, o que aponta para a construção do conceito de ordem sustentado por Saldanha, como aqui já analisado, ou seja, se

⁸⁰⁹ ALLARD e GARAPON, 2006, p. 18.

⁸¹⁰ CASTANHEIRA NEVES, A. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2003, p. 108.

⁸¹¹ Idem, pp. 107 – 108.

⁸¹² Idem, p. 109.

⁸¹³ Idem, p. 105.

conectando com a história das *formas* assumidas pela organização exterior da convivência humana.⁸¹⁴

Por outro lado – e isso é preciso se ter presente – por mais que as constituições contemporâneas tenham acolhido princípios, a juridicidade não pode ser identificada exclusivamente com a constituição, já porque – e a lição é outra vez do mestre português – “a normatividade da constituição não deixará de oferecer (...) quer específicas “aberturas” (ou espaços normativos abertos), quer indeterminações em sentido geral (*open texture*), etc., a exigirem uma reelaborada interpretação...”⁸¹⁵ que estará sempre a exigir uma explicitação do sentido da constituição a partir de uma pré-compreensão autêntica sob pena de se confirir uma baixa compreensão ao texto, como lembra Streck, que chama a atenção para a circunstância de que “as condições de possibilidades para que o intérprete possa compreender um texto implicam (sempre e inexoravelmente) a existência de uma pré-compreensão (seus pré-juízos) acerca da totalidade (que a linguagem lhe possibilita) do sistema jurídico-político-social”⁸¹⁶.

As soluções – a serem tomadas a partir de um texto compromissário-dirigente como o da Carta brasileira – precisam, sem dúvida, estar atentas ao *consenso*, à *vontade da maioria*, mas é preciso que o intérprete esteja atento para as contradições que repousam nesses conceitos. Não é por outra razão que Castanheira Neves assenta que

pretendendo ver-se na constituição sobretudo um *estatuto político*, não se estranhará que se queira também entender a sua interpretação fundada menos em critérios normativos-jurídicos, ou em “considerações jurídicas”, do que numa intencionalidade política, cujos critérios seriam então os referidos por um finalismo político global, consensual ou não, em que se expresse afinal o “poder constituinte”. Só que não pode excluir-se a possibilidade de as soluções oferecidas por esses critérios se revelarem em contradição com a “superconstitucionalidade” ou a fundamentante validade normativa da constituição e assim não serem sustentáveis por esta, e nesse caso é a própria constitucionalidade dessas soluções que se terá de negar, pois carecem elas da validade de que depende poderem considerar-se nesse sentido ou nessa qualidade.⁸¹⁷

A partir daí, Castanheira Neves prossegue com absoluta convicção afirmando que “a última solução duvidosamente poderá ser política e que o *estatuto jurídico* (ou o seu sentido “de direito”) sempre prevalecerá sobre o *estatuto político* de uma qualquer constituição

⁸¹⁴ SALDANHA, 2003, p. 241.

⁸¹⁵ CASTANHEIRA NEVES, op. cit., p. 113.

⁸¹⁶ STRECK, 2004c, p. 306.

⁸¹⁷ CASTANHEIRA NEVES, op. cit. p. 113.

entendida como “estatuto jurídico do político” (...) É que, prossegue o mestre lusitano, “há que afirmá-lo sem hesitação. O político não é a única, nem decisiva dimensão da prática humana: o ético, o político e o direito são dimensões de uma específica e relativa autonomia dessa *práxis* que nenhum holismo de cariz político pode unilateralmente dissolver ou reduzir. Pelo que é à filosofia do direito e não à filosofia política que havemos de pedir compreensão...”⁸¹⁸.

A situação concreta necessita, portanto, ser sempre bem analisada e isso, como já vimos, sem a cisão entre casos fáceis e casos difíceis. Ovídio Baptista chama a atenção para que a teoria de Dworkin, ao buscar uma (única) resposta certa, não se preocupa com os fatos, porque entende que grande parte das divergências é teórica, não empírica⁸¹⁹. Deveras, Dworkin registra textualmente que “há muito pouco aqui [refere-se à sua obra] sobre questões de fato”⁸²⁰, porque se encontra inteiramente convencido de que “Em direito, porém, grande parte das divergências é teórica, não empírica”⁸²¹. Ora, se estamos sustentando a construção de uma resposta corretamente justificada a partir de uma pré-compreensão que permite o conhecimento do ente pelo ser que desde já e sempre se encontra lançado – uma investigação ontológica e não meramente entitativa do empírico –, essa outra dualidade também carece de sentido, e faz com que toda questão de fato seja sempre uma questão de direito e vice-versa, pois o direito é parte integrante do próprio caso.⁸²²

Mas é preciso ter consciência, por esse caminho, que a resposta certa não é uma resposta definitiva. Convencido disso, Streck não hesita em afirmar que:

a pretensão de se buscar uma resposta correta não possui condições de garanti-la. Corre-se o risco de se produzir uma resposta incorreta. Mas o fato de se obedecer à coerência e à integridade do direito, a partir de uma adequada suspensão de pré-juízos advindos da tradição, já representa o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada à Constituição (...) Hermeneuticamente – e na medida em que o tempo é o nome do ser, e a distância temporal é sempre um aliado, e não um inimigo – a resposta correta é (sempre) provisória, até porque há uma dialética entre velamento e desvelamento. O ser se vela e se desvela. A linguagem proporciona descobertas e encobrimentos. Por isso, os enunciados lingüísticos que descrevem o direito não são o lugar da resposta correta, mas a resposta correta será o lugar dessa “explicitação”, que, hermeneuticamente, não se

⁸¹⁸ Idem, pp. 113 – 114.

⁸¹⁹ BAPTISTA DA SILVA, 2009, p. 19.

⁸²⁰ DWORKIN, 1999, p. 16.

⁸²¹ Idem, p. 56.

⁸²² STRECK, 2009a, p. 226 e 237.

contentará com uma fundamentação de caráter *a priori* dos discursos de fundamentação.⁸²³

Por isso mesmo, impende estar presente, sempre, que a vida é mais poderosa do que a arte! Por certo, tivesse Dworkin lidado com as práticas jurídicas de um Estado periférico como o Brasil, com a enorme desigualdade social e gritantes diferenças regionais, talvez se convencesse da relevância da contextualização e, portanto, de como as questões fáticas são importantes. Também ficaria convencido de que, por olvidar os efeitos da consciência histórico-efetual, de regra, a magistratura brasileira despreza o contexto em nome de um sentido unívoco para o texto, sob o pálio de uma objetificação das decisões (jurisprudencialização) ou velam a dimensão pré-compreensiva onde o ente desde já e sempre se encontra mergulhado e onde deve ser contextualmente compreendido.

4.4 Validação empírica: o modelo de juiz re(velado) nas práticas judiciais

Nas linhas seguintes, queremos submeter à apreciação os níveis de argumentação de outras decisões judiciais. Primeiramente, vamos enfrentar duas decisões da jurisdição alemã. Em seguida, sucederão decisões de juízes e tribunais brasileiros. O escopo não é outro senão mostrar que o direito não é regido por marcos ou padrões universais uníssonos, seja aqui, numa realidade periférica; seja na Alemanha, necessitando, a todo instante, de contextualização, o que nem sempre as práticas judiciais conseguem alcançar; já porque trilham, ainda, pelos caminhos da filosofia da consciência; já porque se apegam, com extrema demasia, no mais das vezes, à busca de um sentido uníssono do texto, caindo, a partir daí, nas malhas sedutoras do positivo; já porque, enfim, os juízes, com frequência, fundamentam a partir de seus próprios juízos político-estratégicos olvidando a inteireza da situação hermenêutica, não se dando conta dos efeitos da consciência histórico-efetual que alavanca nossa compreensão. Como contraponto, algumas decisões que primam por alavancar compreensão a partir da consciência histórico-efetual sob consideração da contextualidade em que estamos inseridos serão igualmente apresentadas.

⁸²³ STRECK, 2009a, p. 339.

Adeodato chama a atenção para não se separar a teoria da práxis. E procedendo a uma abordagem das bases metodológicas da pesquisa em direito observa que:

não obstante o Direito constituir matéria eminentemente prática, os juristas pouco mencionam a “prática” do Direito quando escrevem seus trabalhos “teóricos”. Dificilmente eles se referem a seus “trabalhos de campo”, a suas experiências práticas como operadores jurídicos, para confirmar empiricamente suas teses, o que, em outras áreas, constitui-se metodologia unânime dos pesquisadores.⁸²⁴

Não é por outra razão que resolvemos trazer a lume mais alguns dados empíricos ao escopo de confrontar hipóteses e ensejar a conclusão desta tese.

Dado empírico nº 1

O referencial a seguir foi colhido a partir de julgamento proferido pelo mais alto Tribunal Federal Alemão (BGH NJW 61, 359), segundo Sobota⁸²⁵ em artigo publicado no *Internacional Journal for Semiotics of Law*:

Certa madrugada, cerca de uma hora, o reclamante ouviu um grito de socorro partindo de umas ruínas na vizinhança. Conforme ficou mais tarde comprovado, um psicopata estava batendo em uma mulher com um martelo. O reclamante entrou rapidamente na casa em ruínas e tentou socorrer a vítima. Afortunadamente, teve sucesso e foi capaz de salvar a mulher, mas foi ferido ao fazê-lo e não pode trabalhar durante certo tempo. Sendo autônomo, o reclamante pretendeu obter compensação por seus lucros cessantes. Como nem o psicopata nem a mulher tinham condições financeiras, o reclamante moveu ação contra a companhia de seguros de saúde a que era filiado o marido da vítima. A companhia de seguros recusou-se a pagar e argumentou que os fatos não justificavam uma reclamação com base no artigo 683 do BGB. Salvar a mulher ferida não era do interesse da companhia de seguros. Se o reclamante não houvesse socorrido a vítima, ela teria sido morta; estando morta, ela acarretaria menores despesas para a companhia. O Tribunal deu ganho de causa ao reclamante. (o art. 683 do BGB estabelece que aquele que sofre dano ao defender interesse de terceiro, agindo como gestor de negócio, tem direito à indenização).

⁸²⁴ ADEODATO, João Maurício Leitão. Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. In: *Revista do CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, nº 7, Brasília: CEJ, jan./abr. 1999, p. 145.

⁸²⁵ SOBOTA, op. cit., pp. 262 – 263.

Dado empírico nº 2

Ainda a partir de Sobota⁸²⁶, o relato de julgamento proferido pelo Tribunal Regional de Apelação de Karlsruhe (OLG Karlsruhe, VersR 77, 936), assim sintetizado:

Um homem arriscou sua vida e sua saúde para defender um banco. O homem era um cliente do banco que percebeu o assalto acontecendo e atacou o ladrão por trás, julgando-se gestor de negócios agindo de acordo com os interesses do banco. Como o próprio banco havia ordenado a seus funcionários para não arriscarem suas vidas em caso de assalto, quando só dinheiro estivesse em jogo, os esforços heróicos do cliente pareceram algo excessivo e não evocaram a simpatia natural da Corte que divisou no herói alguém que havia reagido exageradamente diante das circunstâncias rechaçando, portanto, o pedido de indenização.

Dado empírico nº 3

Decisão do Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas, em Tocantins, determinando soltura de acusados de furtarem duas melancias:

"DECIDO:

Trata-se de auto de prisão em flagrante de Saul Rodrigues Rocha e Hagamenon Rodrigues Rocha, que foram detidos em virtude do suposto furto de duas (2) melancias. Instado a se manifestar, o r. Promotor de Justiça opinou pela manutenção dos indiciados na prisão. Para conceder a liberdade aos indiciados, eu poderia invocar inúmeros fundamentos: os ensinamentos de Jesus Cristo, Buda e Ghandi, o Direito Natural, o princípio da insignificância ou bagatela, o princípio da intervenção mínima, os princípios do chamado Direito alternativo, o furto famélico, a injustiça da prisão de um lavrador e de um auxiliar de serviços gerais em contraposição à liberdade dos engravatados e dos políticos do mensalão deste governo, que sonégam milhões dos cofres públicos, o risco de se colocar os indiciados na Universidade do Crime (o sistema penitenciário nacional)... Poderia sustentar que duas melancias não enriquecem nem empobrecem ninguém. Poderia aproveitar para fazer um discurso contra a situação econômica brasileira, que mantém 95% da população sobrevivendo com o mínimo necessário apesar da promessa deste presidente que muito fala, nada sabe e pouco faz. Poderia brandir minha ira contra os neo-liberais, o consenso de Washington, a cartilha demagógica da esquerda, a utopia do socialismo, a colonização européia,.... Poderia dizer que George Bush joga bilhões de dólares em bombas na cabeça dos iraquianos, enquanto bilhões de seres humanos passam fome pela Terra - e aí, cadê a Justiça nesse mundo? Poderia mesmo admitir minha mediocridade por não saber argumentar diante de

⁸²⁶ Idem, p. 270.

tamanha obviedade. Tantas são as possibilidades que ousarei agir em total desprezo às normas técnicas: não vou apontar nenhum desses fundamentos como razão de decidir. Simplesmente mandarei soltar os indiciados. Quem quiser que escolha o motivo. Expeçam-se os alvarás. Intimem-se. Rafael Gonçalves de Paula – Juiz de Direito⁸²⁷,

Dado empírico nº 4

Sentença proferida pelo Juízo da 8ª Vara Federal de Belo Horizonte:

Não tinham pressa em chegar, porque não sabiam aonde iam. Expulsos do seu paraíso por espadas de fogo, iam, ao acaso, em descaminhos, no arrastão dos mais fados. Não tinham sexo, nem idade, nem condição humana. Eram retirantes. Nada mais” (José Américo de Almeida, em “A Bagaceira”). Várias famílias (aproximadamente 300 – fl. 10) invadiram uma faixa de domínio da Rodovia BR 116, na altura do Km 405, 3, lá construindo barracos de plástico preto, alguns de adobe, e agora, o DNER quer expulsá-los do local. “Os réus são indigentes”, reconhece a autarquia, que pede reintegração liminar na posse do imóvel. E aqui estou eu com o destino de centenas de miseráveis nas mãos. São os *excluídos*, de que nos fala a Campanha da Fraternidade desse ano. Repito, isto não é ficção. É um processo. Não estou lendo Graciliano Ramos, José Lins do Rego ou José do Patrocínio. Os personagens existem de fato. E incomodam muita gente, embora deles nem se saiba direito o nome. É Valdico, José Maria, Gilmar, João Leite (João Leite??). Só isso para identificá-los. Nada mais. Profissão, estado civil (CPC, art. 282, II) para quê, se *indigentes* já é qualificação bastante? Ora, é muita inocência do DNER se pensa que eu vou desalojar este pessoal, com a ajuda da polícia de seus moquiços, em nome de uma mal arrevesada segurança nas vias públicas. O autor esclarece que quer proteger a vida dos próprios invasores, sujeitos a atropelamento. Grande opção! Livra-os da morte sob as rodas de uma carreta e arroja-os para a morte sob o relento e as forças da natureza. Não seria pelo menos digno – e ao menos falaz – deixar que eles mesmos escolhessem a maneira de morrer, já que não lhes foi dado optar pela forma de vida? O Município foge à responsabilidade “por falta de recursos e meios de acomodações” (fl. 16v). Daí esta brilhante solução: *aplicar a lei*. Só que, quando a lei regula as ações possessórias, mandando defenestrar os invasores (arts. 920 e segts. Do CPC), ela – COMO TODA LEI – tem em mira o *homem comum*, o *cidadão médio*, que, no caso, tendo outras opções de vida e de moradia diante de si, prefere assenhorar do que não é dele, por esperteza, conveniência, ou qualquer outro motivo que mereça a censura da lei e, sobretudo, repugne a consciência e o sentido do justo que os seres da mesma espécie possuem. Mas este não é o caso do presente processo. Não estamos diante de pessoas comuns, que tivessem recebido do Poder Público razoáveis oportunidades de trabalho e de sobrevivência digna (v. fotografias). Não. Os “*invasores*” (propositadamente entre aspas) definitivamente não são pessoas comuns, como não são milhares de outras que “*habitam*” as pontes,

⁸²⁷ In: < www.tj.to.gov.br/imprensa/news/exibir_news.asp?id=143 > consulta realizada em 04.08.2007, 20:00 hs.

viadutos e até redes de esgoto de nossas cidades. São párias da sociedade (hoje chamados de *excluídos*, ontem de descamisados), resultado do perverso modelo econômico adotado pelo país. Contra esse exército de excluídos, o Estado (aqui, através do DNER) não pode exigir a rigorosa aplicação da lei (no caso reintegração de posse), enquanto ele próprio – o Estado – não se desincumbir, pelo menos razoavelmente, da tarefa que lhe reservou a *Lei Maior*. Ou seja, enquanto não construir – ou pelo menos esboçar – “uma sociedade livre, justa e solidária” (CF, art. 3º, I), erradicando a “pobreza e a marginalização” (nº III), promovendo a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), assegurando “a todos existência digna, conforme os ditames da Justiça Social” (art. 5º, XXIII e 170, III), dando à família, base da sociedade, “especial proteção” (art. 226) e colocando a criança e o adolescente “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, maldade e opressão” (art. 227), enquanto não fizer isso, elevando os marginalizados à condição de cidadãos comuns, pessoas normais, aptas a exercerem sua cidadania, o Estado não tem autoridade para deles exigir diretamente ou pelo braço da Justiça – o reto cumprimento da lei. Num dos braços a Justiça empunha a espada, é verdade, o que serviu de estímulo a que o Estado viesse hoje pedir a reintegração. Só que, no outro, ela sustenta a balança, em que pesa o direito. E as duas – lembrou RUDOLF VON IHERING há mais de 200 anos – hão de trabalhar em harmonia. “*A espada sem a balança é força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança*”. Não é demais observar que o compromisso do Estado para com o cidadão funda-se em *princípios*, que têm matriz constitucional. Verdadeiros dogmas, de cuja fiel observância dependem a eficácia e a exigibilidade das leis menores. Se assim é – vou repetir o raciocínio – enquanto o Estado não cumprir a sua parte (e não é por falta de tributos que deixará de fazê-lo), dando ao cidadão condições de cumprir a lei, *feita para o homem comum*, não pode de forma alguma exigir que ela seja observada, muito menos pelo homem “*incomum*”. Mais do que deslealdade, trata-se de pretensão moral e juridicamente impossível, a conduzir - quando feita perante o Judiciário – ao indeferimento da inicial e extinção do processo, o que ora decreto nos moldes dos arts. 267, I e VI, 295, I, e parágrafo único, III, do CPC, atento à recomendação do art. 5º da LICCB e olhos postos no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que proclama: “Todo ser humano tem direito a um nível de vida adequado, que lhe assegure, assim como à sua família, a saúde e o bem estar e, em especial *a alimentação, o vestuário e a moradia*.” Quanto ao risco de acidentes na área, parece-me oportuno que o DNER sinalize convenientemente a rodovia, nas imediações. Devendo ainda exercer um policiamento preventivo a fim de evitar novas “invasões”. PRI. Antônio Francisco Pereira – Juiz Federal.⁸²⁸

Dado empírico nº 5

⁸²⁸ In: < <http://jus2.uol.com.br/peças/texto.asp?id=339> > consulta feita em 04.08.2007, 20:10 hs.

Oferecido por Streck⁸²⁹ porque também atento à práxis como fomento à teorização:

Segundo a Constituição Federal (art. 205), a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, tanto é que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, segundo estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 54, I, cabendo ao município atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação fundamental infantil (art. 211, § 2º, e art. 60 das disposições transitórias da CF). Isto aliado ao fato de que a Constituição estabelece, entre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade justa e solidária, garantindo o desenvolvimento, erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais (art. 3º). E se faltarem vagas na rede pública? Pergunta o Juiz de Direito Urbano Ruiz. Pois na cidade de Rio Claro, o Promotor de Justiça ingressou com uma ação civil pública (instrumento do Estado Democrático de Direito) para obrigar a municipalidade a criá-las, para que no ano letivo de 98 nenhuma criança ficasse fora da escola, sob pena de multa diária, além de responsabilizar penalmente o prefeito, que poderia ser destituído do cargo e ficar inabilitado para o exercício de cargo ou função pública por cinco anos. *O juiz determinou, liminarmente, a criação das vagas.* Não houve contestação por parte da prefeitura.

Dado empírico nº 6

Ainda coligido por Streck. Confira-se o excerto de uma decisão prolatada pelo Juiz do Trabalho Ivo Dantas no processo n. 1.404/88 – JCJ do Recife, tendo como pano de fundo os direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal:

...à primeira vista tem o empregador o poder potestativo de despedir, mormente se entendermos o inciso I do art. 7º de forma isolada. Contudo, a primeira lei da Hermenêutica é no sentido de nenhum artigo, inciso, parágrafo ou alínea poderão ser entendidos de forma isolada; devem, sim, ser interpretados sob a ótica sistêmica, tanto inter, quanto intra-sistematicamente. *Ademais, os princípios próprios da Interpretação Constitucional deverão estar obrigatoriamente presentes.* Assim, a despedida arbitrária, além dos ressarcimentos pecuniários previstos no art. 10, I, do ADCT, passa a ser informada pelos PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS do art. 1º, III, e IV, bem como pelo art. 193, ambos da Constituição vigente. Nos Princípios Fundamentais, vê-se, então, que o Estado Democrático de Direito Brasileiro tem por fundamento, entre outros, o trabalho, como valor social. *Ora, o valor social não pertence nem ao empregado, nem ao empregador, mas, sim, à sociedade como um todo.* Ela não poderá, dia após dia, receber em seu seio pessoas que, sem motivo e por simples fundamentação no poder de despedir, percam o

⁸²⁹ STRECK, 2004a, p. 57.

emprego sem motivo justificado, como, aliás, entendem, além da Alemanha, os sistemas italiano, espanhol e português.⁸³⁰

O que de plano se permite extrair do exame desses casos é que o processo jurídico, seja aqui, numa “democracia emergente”, seja numa “democracia madura” como a Alemanha, não é mesmo governado por marcos regulatórios universais. Ao contrário, é moldado, construído por padrões nem sempre evidentes e auto-organizados e que necessitam ser explicitados por ocasião da *adjudication*, o que requer, sem dúvida, a devida fundamentação da parte do órgão judicial e que se avulta como direito fundamental decorrente do princípio democrático.

Observando o *dado empírico nº 1*, vemos que a objeção da seguradora no sentido de que salvar a mulher não era de seu interesse, porque se ela tivesse morrido – caso não houvesse a interveniência do reclamante – ela (seguradora) obteria uma vantagem econômica, foi considerada pelo tribunal como uma “estranha a objeção”⁸³¹, afirmando a Corte que era do interesse da reclamada porque a ação do autor visava a possibilitar tratamento médico à mulher o mais rápido possível o que evitaria despesas, dada sua qualidade de dependente do marido. A consequência, portanto, foi a de que o reclamante agiu sob a condição de gestor de negócio.

Todavia, quando nos deparamos com o *dado empírico nº 2*, observa-se que o mesmo fato obteve tratamento diferenciado pelos juristas. O pedido daquele que agiu de conformidade com os interesses do banco (ou algum banco quer que seus clientes sejam assaltados em suas dependências!), que igualmente àquele outro reclamante do caso anterior arvorava-se na condição de gestor de negócio, não foi acolhido. Entendeu-se que houve excesso. O herói era simplesmente alguém que havia reagido exageradamente diante das circunstâncias.

Ora, por que motivo a Corte Regional de Apelação de Karlsruhe não considerou como fundamentos para decidir “a prioridade de motivos humanitários sobre interesses meramente pecuniários” ou o princípio da boa-fé como condições de possibilidade tal qual o mais alto Tribunal Federal Alemão supostamente (afirmamos *supostamente* porque a decisão erigiu-se com a fundamentação de que a seguradora deduziu perante a Corte uma “estranha objeção”!) tenha considerado?

A resposta não aponta para a circunstância de que o sistema jurídico é tão complexo que não se pode avaliar a variedade de fontes potenciais do Direito? E que isso pode

⁸³⁰ Idem, *ibidem*.

⁸³¹ No original, segundo a tradução, cfe. SOBOTA, *op. cit.* p. 263.

ensejar no discurso jurídico o velamento das condições de possibilidade? Com efeito, a decisão da Corte Regional de Apelação de Karlsruhe não estaria alçada em pré-juízo não-autêntico, qual seja: os interesses meramente pecuniários podem se sobrepor aos interesses humanitários que conduzem alguém a agir em defesa da vida e da integridade das pessoas? Por outro lado, afirmar que um demandante deduz em juízo uma “estranha objeção”, não implica o dever de fundamentar. Deveras, em princípio não pode se constituir uma “estranha objeção” alguém alegar que a conduta de outrem, acaso não existisse, não lhe causaria prejuízos...

Tais indagações nos colocam diante da constatação de que realmente o processo decisório judicial não é regido por padrões universais (ora, em ambos os casos as duas Cortes alemãs se deparavam com o mesmo texto: o art. 683 do BGB estabelece que aquele que sofre dano ao defender interesse de terceiro, agindo como gestor de negócio, tem direito à indenização). Há sempre em causa padrões ou marcos que não se mostram auto-organizados ou mesmo evidentes. Estão difusos, mas devem ser considerados no âmbito da implicação sob pena de embair o desvelamento do direito na situação concreta. Exigem uma visão prévia, uma compreensão prévia da situação sob qual a interpretação é alavancada e tendo em mira a diferença ontológica entre texto e norma tão insistida por Streck.

Demais disso, o contexto em que se erigiu a situação hermenêutica enfrentada pela Corte Regional de Apelação de Karlsruhe há de ser, sem dúvida, considerado. Questões como com que frequência ocorrem assaltos a agências bancária naquela região; a estatística de mortes em decorrência; a frequência com que a polícia consegue atingir os assaltantes e garantir o retorno dos bens, etc, devem ser consideradas. Postas essas indagações noutra contexto cultural, como a realidade brasileira, não há dúvida de que obterão diferentes respostas. E o equacionamento da questão necessariamente passaria por outro caminho, pois, será que aquele que frustra um assalto numa agência bancária no Brasil age de forma excessiva e não evocaria a simpatia natural da população e dos juízes brasileiros? Será que esses divisariam no herói alguém que havia reagido exageradamente diante das circunstâncias rechaçando, portanto, o pedido de indenização? As respostas a tais indagações revelam porque estamos insistindo tanto no contexto cultural sob o qual a verdade, que somente pode ser, assim, contextual, deve ser desvelada.

Observe-se que no *dado empírico n° 3*, para libertar os acusados de furtar duas melancias, o magistrado divisa muitas condições de possibilidades, mas não elege nenhuma delas

e estrangula – e aqui afirmamos sem adentrar um milímetro sequer no acerto da decisão – o processo decisório, quando deixa para *quem quiser* o desvelamento do direito.

A decisão, ao concluir dessa forma, pressupõe que o magistrado possa eleger qualquer uma entre as possibilidades erigidas a título de fundamentação – e não interessa porque qualquer caminho dar na venda! – revelando, assim, um autêntico exemplo de *jurisprudência de valores*. Não é rara a invocação da parte de juízes assim formulada: “vou citar qualquer preceito legal que sirva para justificar!”. A decisão, com efeito, revela um tipo de conduta muito comum na prática judicial brasileira onde prepondera a idéia de que primeiro se decide para, somente após fundamentar. O juiz realmente decidiu que *queria* soltar as pessoas. Para isso, sem dúvida, logrou alçar uma pré-compreensão da situação hermenêutica onde inequivocamente contextualizou a decisão, mas, ao invés de explicitar a justificação, deixou a questão em aberto. Em outras palavras, não fundamentou! A decisão restou tomada no âmbito de uma discricionariedade que a eleva a um nível político onde a questão relevante a ser decidida é: como posso tornar as coisas melhores? Para tanto, não interessam as questões de direito! Posso desconsiderar todas elas e decidir de tal modo que, *pragmaticamente*, melhor satisfaça o bem-estar geral. Essas questões altamente teóricas são perda de tempo quando há muito trabalho a ser feito. E por isso Dworkin afirma que a abordagem do pragmatismo⁸³² parece “tão realista, tão sensata, tão americana”⁸³³ e porque não, acrescentamos nós, tão brasileira!

Por esse caminho o juiz é alçado à posição de “protagonista, que “resolverá” os casos a partir de argumentos e raciocínios finalísticos”, registra Streck, que divisa no pragmatismo um “estado de exceção hermenêutico” para o direito⁸³⁴.

Na verdade, uma das principais ferramentas para velamento das condições de possibilidades consiste no uso de premissas ocultas que sempre existem e se movimentam na esfera da implicação (pré-juízos). A ausência de fundamentação de muitas decisões decorre de

⁸³² Segundo Posner, “o pragmatismo significa olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência das limitações da razão humana, como consciência do “caráter local” do conhecimento humano, da dificuldade das traduções entre culturas, da inalcançabilidade da “verdade”, da conseqüente importância de manter abertos diferentes caminhos de investigação, do fato de esta última depender da cultura e das instituições sociais e, acima de tudo, da insistência em que o pensamento e a ação sociais sejam avaliados como instrumento a serviço de objetivos humanos tidos em alto apreço e não como fins em si mesmo.” (POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 621 – 622). Ainda que os motivos arrolados por Posner se apresentem válidos, o fim, todavia, não justifica o protagonismo judicial levado a extremos, significa dizer, sem limites e amparado numa discricionariedade irmã gêmea da arbitrariedade judicial.

⁸³³ DWORKIN, 2006, p. 11.

⁸³⁴ STRECK, 2009a, p. 275, nota 26.

truísmo: o marco regulatório – que nos chamados *casos difíceis* de regra não é a norma escrita – é tão evidente (*casos fáceis*) que o jurista entende que não precisa ser desvelado. Já vimos que essa dicotomia não se sustenta. E insistir nela é palmilhar sob o trilho objetificante da subsunção ou, como no caso ora examinado, abrir espaço para discricionariedade, quiçá arbitrariedade em nome, muitas vezes, de uma abordagem pragmática.

Esse ocultamento constitui um verdadeiro entimema e se avulta como uma opção estratégica para se furta a uma hermenêutica de caráter filosófico que atenda não apenas aos atos intencionais, mas coloque em discussão fenomenológica os atos atencionais a fim de que possam entrar em causa a tradição, a historicidade, a faticidade, o *sensus communes* para ensejar o desvelamento⁸³⁵. A decisão erige-se aprisionada porque se *quis* interpretar dessa ou daquela forma para atingir certo e determinado objetivo igualmente preconcebido.

Por esse caminho, a razão estaria com Dworkin quando divisa a necessidade de um juiz sobre-humano. Um *Juiz Hércules* dotado de uma inteligência ímpar e uma carga imensurável de conhecimentos para solucionar os casos difíceis. Ponderamos, todavia, pois à

⁸³⁵ A vinculação do intérprete aos efeitos da consciência histórico-efetual, impõe a consideração, a análise, numa palavra, a interpretação dos fatos históricos, da cotidianidade, como temos insistido na esteira do pensamento de Stein. Um exame da jurisprudência brasileira sobre o princípio da insignificância constitui um bom exercício para revelar a dificuldade com que se depara o processo judicial decisório quando está em causa a atenção à situação hermenêutica. Em junho de 2009, o sítio do STF registrava: “a reportagem que mais chamou a atenção dos leitores do *site* do Supremo Tribunal Federal (STF) diz respeito ao princípio da insignificância e à sua aplicação no Supremo. No dia 20, o ministro Marco Aurélio indeferiu um pedido de Hábeas Corpus (HC 98944) feito por uma mulher, com extensa ficha de antecedentes criminais, que havia roubado caixas de chiclete no valor de R\$ 98,80. No dia seguinte, a Segunda Turma absolveu um homem que tentou roubar cinco barras de chocolate (HC 98152) aplicando ao caso o princípio da insignificância. A íntegra do voto do relator do caso na Segunda Turma, o ministro Celso de Mello, foi vista 14.729 vezes. A do ministro Marco Aurélio, 6.751.” (www.stf.jus.br:portal/geral/verImpressao.asp, consulta realizada em 01/06/2009). No primeiro caso, a decisão monocrática do Min. Marco Aurélio amparou-se numa circunstância fática: a reincidência. No segundo caso, a decisão da turma foi unânime e ampara exclusivamente em referenciais teóricos e jurisprudenciais que apontam para o ínfimo valor e a pouca lesão a bem jurídico daí decorrente. No âmbito do STJ restou fixado o entendimento de que o princípio da insignificância não se aplica ao crime de descaminho se o valor do tributo for maior que R\$ 100,00 (REsp 966077, 3ª Seção, rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 20/08/2009). O precedente, guindado à condição de padrão regulatório geral, como pretende o próprio STJ (conferir a contextualização do julgado vazada no sítio do Tribunal e disponível em: www.stj.gov.br/portal_stj/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=398&t..., consulta efetuada em 10/06/2009), na mesma linha de argumentação vazada no decidido pela Suprema Corte no HC 98152. Esse tipo de decisão pode, na prática, tolher todo o processo interpretativo na medida em que for tomado por juízes e tribunais inferiores como primordial fundante a ponto de dispensar o exame, a análise que toda situação hermenêutica está a dispensar, e com isso, concorrerá, sem dúvida, para a objetificação do direito. É interessante verificar que o próprio STJ, no julgamento do HC 95226/MS (rel. Min. Jorge Mussi, DJe 04/08/2008) entendeu que não se aplica o princípio da insignificância à situação hermenêutica em que indivíduo foi preso por roubar uma bicicleta. Aqui, pesou a circunstância de que para a aplicação do princípio não se leva em conta apenas o valor do bem material, mas as circunstâncias e conseqüências do crime cometido. Na hipótese, o valor totalizava R\$ 91,00 (noventa e um reais), mas a vítima, um marceneiro, utilizava a bicicleta como meio de transporte para se deslocar até o trabalho, constituindo-se, portanto, um bem relevante e de repercussão no seu patrimônio.

sociedade nada restaria senão ter esperança na integridade pessoal de cada juiz, que decidiria exclusivamente com base em sua visão própria de mundo, ou em seus princípios de convicção pessoal.

É por tudo isso que temos insistido que em se tratando das práticas jurisdicionais nem tudo tem valido a pena ainda que a alma não seja pequena. Streck está certo, quando divisa que ainda permeia o imaginário da magistratura brasileira a idéia de que o juiz pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa... Com isso, embaraça-se o desvelamento ocultando da esfera de explicitação (verberação), as condições de possibilidades.

Se nossa atenção se volta para o *dado empírico nº 4*, vemos que o processo decisório judicial se erige de maneira oposta. Ali, a decisão revela uma completa atenção aos efeitos da consciência histórica. O caso que seria tido por tantos outros magistrados como fácil, numa perspectiva subsuntivista, pois há um texto que prescreve a tutela possessória para quem comprovar o esbulho, foi enfrentado sob um viés hermenêutico onde o magistrado pergunta pelo sentido do texto e considerando a *consciência histórico-efetual* como contraponto da *situação hermenêutica*, afasta pré-juízos inautênticos, para permitir o desvelamento de uma condição de possibilidade totalmente contextualizada.

É sob tal contextura que podemos igualmente enfrentar os dois últimos dados empíricos. Observe-se, com efeito, que ambas as decisões foram erigidas a partir de um processo hermenêutico onde as condições de possibilidades foram consideradas. Significa dizer, em outras palavras, o juiz – em ambas as hipóteses – esteve atento aos efeitos da consciência histórico-efetual que, se de um lado aprisiona o intérprete na medida em que os fatos pesam sobre nossa compreensão porque somos muito daquilo que fomos e pouco do que venhamos a ser, e, por outro lado, a consideração desses fatos históricos, queremos dizer, a retirada desses fatos da esfera do silêncio, do ocultamento e a projeção (desvelamento) deles na esfera da implicação onde serão analisados, explicitados, numa palavra, interpretados, permitirá que a compreensão seja alavancada em direção à resposta hermenêuticamente correta para a situação.

Ou será que não foi considerando os efeitos da consciência histórico-efetual em que nos encontramos emergidos, a cotidianidade, que aponta para a circunstância de que tradicionalmente educação não é coisa levada a sério no Estado brasileiro. Que as edificações preferem gastar com a construção de estádios de futebol, ginásios de esportes, pavimentação de ruas, etc, relevando a educação a uma posição inferior na escala de eleição de prioridades, não

obstante todo um quadro normativo constitucional dirigido a tutelar direitos da criança e do adolescente, garantindo, entre eles, o ensino fundamental público e obrigatório? Ou será, ainda, que os fatos históricos, a cotidianidade, a tradição não tem revelado, em grandes Estados periféricos como o Brasil, que o problema da demissão imotivada de trabalhadores não diz respeito apenas ao empregado e o empregador – o que resolveria a questão através de indenização – mas atinge indistintamente toda sociedade na medida em que crescem os níveis de violência, aumenta-se a criminalidade, com todos os reflexos daí advindos?

Uma decisão judicial voltada para satisfação dos Níveis Essenciais de Prestação Social – NEPS⁸³⁶, em Estados da modernidade periférica, onde as promessas de inclusão social vazadas nas constituições dirigentes ainda não foram cumpridas, está longe de constituir uma refração dos direitos sociais que se viriam reduzidos à satisfação de mínimos existenciais. Divisa-se, ao contrário, nessas decisões, tentativas de imprimir solução à tensão que pulsa entre exclusão e inclusão social, o que se valida se se erigem a partir de um sentido possível do texto, plenamente contextualizado, como sustentamos. O risco de daí resultar uma jurisprudência de valores projeta a pergunta habilmente feita por Bolzan: “se a política – como diálogo democrático – foi substituída pela economia – como monólogo da eficácia, quem decide?”⁸³⁷.

A judicialização da política se projeta, com intensidade, entre nós, nos campos da educação, saúde, habitação, sobremodo, onde, indiscutivelmente, a dívida social ainda é imensa e necessita ser saldada a fim de que a Constituição seja cumprida. Mesmo assim, no exercício da própria jurisdição divisam-se discursos nos quais, claramente, a argumentação *domestica* as *pulsões de morte*⁸³⁸ entre exclusão e inclusão em defesa da salvaguarda do núcleo econômico de matiz nitidamente liberal-capitalista que se apresenta como sentido dominante no Texto básico do Estado Social. Apenas medidas compensativas que não atinjam esse núcleo, como com propriedade lembra Bolzan⁸³⁹, é que são admitidas.

Nesse sentido, projetada judicialmente a tensão com respeito à validade de se exigir fiador nos contratos para financiamento ao estudante de ensino superior pelo FIES – Fundo de Financiamento de Ensino Superior, antigo Crédito Educativo, em decorrência do quadro

⁸³⁶ A expressão etimológica “Níveis Essenciais de Prestação Social” tem sido difundida a partir da expressão *Livelli essenziali delle prestazioni* – LEP, consagrada no Art. 117º/2 da Constituição Italiana (ver CANOTILHO, 2008, p. 10).

⁸³⁷ BOLZAN DE MORAIS, 2008, p. 193.

⁸³⁸ Idem, p. 190.

⁸³⁹ Idem, ibidem.

textual que assegura o direito à educação com o livre acesso ao ensino superior vazado na Constituição brasileira, proliferaram-se decisões nas Cortes Federais no sentido de que a exigência daquela garantia se reputa constitucional. O argumento que preponderou explicita que é legítima a exigência de fiador para o contrato de financiamento estudantil pelo FIES porque encontra previsão no art. 5º, III, da Lei 10.260/2001.⁸⁴⁰ Vale notar que alguns julgados, a amplitude da conformação da exigência foi mais além para validar a extensão da garantia: o fiador deve ostentar renda no mínimo equivalente ao dobro da prestação, vazada em Portaria do gestor do programa. Com efeito, a ementa de acórdão proferido pela Corte Federal da 4ª Região colhe-se o seguinte: “Se o estudante deve custear, ao longo do curso, parte da mensalidade, é razoável a oferta de fiador que ostente renda bruta equivalente ao dobro do valor da prestação assumida mensalmente. Interpretação da Portaria 2.729/2005, art. 6º, II”⁸⁴¹.

De outro lado, em detrimento do núcleo de suporte do neo-capitalismo-liberal, mas em proveito da satisfação dos Níveis Essenciais de Prestação Social – NEPS, erigiram-se os posicionamentos das Cortes Federais da 2ª e 5ª Região. No TRF2, a decisão registra: “A garantia de fiança pessoal para concessão de créditos do Fundo de Financiamento de Ensino Superior – FIES a alunos carentes, para custeio de curso superior em instituições de ensino é medida desarrazoada, impeditiva de acesso aos recursos do fundo pelos estudantes menos abastados ou mais carentes, pela dificuldade desses de encontrar e convencer fiadores que cumpram os requisitos exigidos. Realizando a exegese sob esse filtro, a norma constitucional garantidora do direito à educação visa a promover a igualdade material e a democratização do acesso aos níveis superiores de ensino”⁸⁴². Nesse mesmo sentido, o TRF5 verbalizou:

3. "Os financiamentos concedidos com recursos do fies deverão observar o seguinte: [...] III-Oferecimento de garantias adequadas pelo estudante financiado". (redação original do art. 5º, III, da lei nº. 10.260/01, sendo mantida a adequação da garantia pela lei nº. 11.552/07). 4. Da leitura do dispositivo acima reproduzido, resta claro que a garantia a ser oferecida pelo estudante

⁸⁴⁰ Nesse sentido conferir: no TRF da 1ª Região: AC 2006.38.00.012579-3/MG, rel. Juíza Federal Maria Laura Martins Moraes Tayer (conv.), e-DJF1 de 07/08/2009; AC 2005.32.00.0068354-3/AM, rel. Juíza Federal Maria Laura Martins Moraes Tayer (conv.), e-DJF1 de 03/07/2009, entre outros; no TRF da 4ª Região: AC 2004.70.09.001946-1, rel. Juiz Federal Márcio Antônio Rocha (Conv.), D.E de 09/12/2008, *inter plures*; no TRF da 3ª Região: AG 281217/SP (Proc. nº 2006.03.00.097428-6), rel. Desembargador Federal Nery Júnior, DJU de 12/09/2007; AG 292368/SP (Proc. nº 2007.03.00.011897-0), rel. Desembargador Federal Johansom Di Salvo, DJU de 05/09/2007.

⁸⁴¹ AC 2004.70.09.001946-1, rel. Juiz Federal Márcio Antônio Rocha (Conv.), D.E de 09/12/2008.

⁸⁴² AC 368575 (Proc. nº 2004.50.01.003484-6/RJ, rel. Desembargador Federal Raldênio Bonifácio Costa, DJU de 03/12/2008.

financiado deve ser adequada à sua condição. 5. O fundo de financiamento ao estudante do ensino superior - fies foi estabelecido com o intuito de facilitar, aos estudantes socialmente desfavorecidos, o acesso ao ensino superior nas universidades particulares. 6. A exigência de apresentação de fiador, com renda comprovada de, no mínimo, duas vezes o valor da mensalidade, não está em harmonia com a realidade dos estudantes carentes, tendo em conta que o convívio desses estudantes, normalmente, se dá com pessoas em iguais condições econômicas. 7. A dificuldade em conseguir um fiador termina por inviabilizar a matrícula do estudante na universidade, fugindo, nessa ocasião, do objetivo maior do programa em questão que é justamente facilitar o ingresso de estudantes de baixa renda nas universidades particulares. Ademais, referida exigência é incompatível com a garantia constitucional de acesso à educação.⁸⁴³

A fragmentação da orientação jurisprudencial repousa, inequivocamente, no modelo de juiz com os quais a experiência jurídica presentemente convive. Vê-se, claramente, o quanto é forte o apelo ao positivismo metodológico nos julgados das Cortes Federais da 1ª, 3ª e 4ª Regiões, quando identificado o texto que estabeleceu a exigência de garantia nos financiamentos estudantis (Lei nº 10.260/2001: art. 5º, III), a subsunção foi procedida sem nenhuma dificuldade e sem maiores questionamentos sobre a conformidade do dispositivo legal com a Constituição brasileira. A precaução que, não raro, esconde a simplicidade com que os casos são examinados, traz ínsita a idéia de afastar o diálogo democrático em favor da inclusão que poderia, mercê de atribuição de um sentido ao texto constitucional, acarretar a inconstitucionalidade da exigência, o que demandaria mais tempo e trabalho, sobretudo em razão da necessidade de procedimento especial⁸⁴⁴. Aliás, tem razão Bolzan quando divisa que na sociedade de riscos o *paradigma da precaução* interdita o diálogo democrático que se vê substituído pelo discurso da eficácia da economia.⁸⁴⁵ Ou não é exatamente por isso, ou seja, visando essa eficácia – consubstanciada, na hipótese com o retorno do valor mutuado – que a Corte Federal da 4ª Região verbera textualmente na decisão aqui já enfocada: “A Lei n. 10.260 estabelece exigências para a concessão de financiamento com recursos desse Fundo, entre as quais a prestação de fiança, considerando-se a necessidade de garantia de retorno dos recursos aplicados, para a continuidade do programa”⁸⁴⁶.

⁸⁴³ AC 429482/CE (Proc. nº 0011798-53.2005.4.05.8100), rel. Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, DJ de 29/05/2008.

⁸⁴⁴ Referimos-nos ao procedimento para cumprir com o disposto no art. 97 da Constituição brasileira: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.”.

⁸⁴⁵ Vide nota nº 837.

⁸⁴⁶ Vide nota nº 841.

Impende registrar que a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, enfrentando a questão que ora analisamos, textualmente afastou o exame constitucional porque se encontra submetido ao procedimento decorrente do art. 97 da Constituição e limitou-se a afirmar a legalidade da exigência pelo mesmo viés de balizamento das Cortes Federais da 1ª, 3ª e 4ª Regiões, ou seja, inteiramente positivista-metodológico⁸⁴⁷.

O pêndulo da vida vai, sem dúvida, para o outro lado, quando a consciência histórico-efetual impõe redobrada atenção à cotidianidade, aos fatos que precisam ser devidamente analisados, explicitados, portanto, interpretados a partir da compreensão da totalidade da estrutura existencial, o que revela a dificuldade que se tem na sociedade brasileira para se obter um fiador.

Com efeito, basta observar que nas locações de imóveis foi criada uma modalidade de garantia alternativa: a caução em conta bancária. Há, também, a fiança fornecida por pessoa jurídica, normalmente empregadora ou associação de classe e até mesmo empresas com esse objetivo. Imagine essa dificuldade quando colocada em face de um estudante, de regra ainda desempregado e que busca, mediante a realização de um curso superior, sua inclusão social...

Na sentença proferida em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em Belo Horizonte⁸⁴⁸, o caminho percorrido alçou a compreensão sobre essa contextualização. Vale conferir o seguinte excerto:

11. Por esse caminho é preciso considerar que a situação hermenêutica ora *sub judice*, como qualquer uma outra, deve se erigir sob a consciência de que somos vinculados aos efeitos da história (STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 76). É a história que permite a compreensão, nossa finitude a partir da qual desenvolvemos nossa faticidade dentro de certa contextualidade. 12. E o que é que a consciência dos efeitos da história está a nos revelar neste presente caso? Este Juízo responde sem hesitar: a consciência histórico-efetual a que a sociedade brasileira está vinculada revela o quanto é difícil oferecer uma fiança! Contratos são frustrados porque não se consegue obter um fiador. Basta pensar nas locações residenciais, que para remediar a dificuldade o próprio sistema financeiro atuando em favor da economia com seu código hipertrófico *ter/não-ter* criou o depósito bancário em garantia, sem falar que entidades de classe passaram a fornecer fiança para seus associados e que hoje já existe mesmo empresas encarregadas de fornecer

⁸⁴⁷ REsp 1130187/ES, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 20/10/2009.

⁸⁴⁸ Processo nº 2006.38.00.012579-3, Juiz Federal Carlos Alberto Simões de Tomaz, 17ª Vara Federal de Belo Horizonte, consulta *in loco*. Essa sentença foi objeto de reforma pelo TRF1 e o julgado substitutivo foi proferido na AC 2006.38.00.012579-3/MG referida na nota nº 835.

fiança. 13. Coloque-se essa dificuldade para um estudante carente que pretende obter um financiamento pelo FIES e ver-se-á que ela se multiplica! De fato, quem se predispõe a conceder fiança para financiar estudos de um estudante carente neste País nos dias em que vivemos? Apenas um parente muito próximo poderá se dispor a isso. E como o FIES é destinado a estudantes carentes, seus parentes são igualmente carentes não possuindo condições de prestar a garantia sobremodo em face da exigência de que a renda seja no mínimo igual a duas vezes o valor da prestação informada pelo estabelecimento de ensino (Portaria MEC 1725/01: art. 10, § 1º). 14. Explicitada, dessa maneira, o conteúdo das premissas, resta, na esfera de implicação questionar se consoa com o texto constitucional acima destacado a exigência de fiador vazada na Portaria do MEC, na esteira do art. 5º, III, da Lei 10.260/01, quando textua que os financiamentos concedidos com recursos do FIES deverão observar o seguinte: (...) oferecimento de garantias adequadas pelo estudante financiado. 15. Da parte deste Juízo, o horizonte de sentido que as premissas textuais e fáticas apresentam não permitem outra implicação senão admitir que não se avulta como condição de possibilidade da Constituição brasileira a exigência de fiança na hipótese porque tal não se erige como possibilidade de inclusão de modo a ensejar a realização da finalidade vazada no comando do art. 205 da Carta, ao tempo em que elide os limites de possibilidades estampados nos fundamentos e objetivos destacados dos arts. 1º e 3º. Dito de outro modo, a faticidade, a contextualidade que a situação hermenêutica alavanca não permite a exigência na exata medida que funciona como instrumento discriminatório, excluindo possibilidades de condições que ficam à margem do processo de inclusão. É preciso, portanto, reconhecer “a força normativa da constituição” (Referência a HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991), que não reside no texto, conquanto horizonte de possibilidades hermenêuticas, mas no acontecer da verdade no momento da *applicatio* como agora onde uma norma é desvelada a partir da consciência dos efeitos da história, da tradição, da faticidade, em suma, da contextualidade que deve ligar o intérprete à situação hermenêutica. 16. A exclusão que o raciocínio contrário esposa, na verdade revela o nível de bloqueio a que está exposto o direito em face da hipertrofia da economia (*ter/não-ter*) suprimindo condições de possibilidade da constituição, e a fachada positivista ao reduzir a tarefa do jurista à racionalidade altamente sedutora do silogismo clássico, vela as condições de possibilidades de inclusão que podem ser desveladas a partir da consciência histórico-efetual desde e sempre presente. 17. Uma garantia adequada seria, por exemplo, vincular o pagamento a desconto em folha após certo período seguido à formatura. Aí sim, estaria se apostando em inclusão. Não pode, definitivamente, é sob o pálio de uma constituição compromissária, a conformidade normativa infraconstitucional frustrar possibilidades de inclusão, o que realço para evidenciar que não infirma a argumentação ora deduzida o fato de existirem outros programas voltados para a inclusão de estudantes carentes. Não se pode é fechar uma janela em face da abertura cognitiva que a constituição estabelece.

Essa divergência jurisprudencial revela o grau de dificuldade enfrentado no processo judicial decisório diante da ruptura do paradigma hermenêutico peculiar ao positivismo-metodológico para a adoção de uma hermenêutica de matiz filosófico. O discurso centrado

exclusivamente na subsunção não permite um mergulho mais profundo para se chegar à dimensão ontológica, a partir de onde o ente desde e já é sempre compreendido. Ao contrário, o discurso que se vê nas decisões que validaram a exigência de fiador para os contratos do financiamento estudantil encontra-se erigido em uma dualidade superada entre o texto e os fatos, cuja vinculação se operaria exclusivamente por meio do mero acoplamento ensejado pelo procedimento subsuntivo, permitindo a rápida decisão porque, como nesta tese já registramos, a mão (o fato) se encaixou sem problemas na luva (o texto) ou, como lembra Streck, de acordo com a metáfora corrente nas salas de aula, a aplicação se viria reduzida a um simples resultado da junção “entre o parafuso e a porca”⁸⁴⁹.

Qualquer um dos juízes que divisou a conformidade da exigência de fiador, quando for indagado, não hesitará em responder que a hipótese consubstanciava um *caso fácil*, porque toda análise por ele desenvolvida se situa exclusivamente no plano ôntico, olvidando a pré-compreensão onde radica a dimensão ontológica. A questão, portanto, é de compreensão, não de dedução, não de raciocínio causal-explicativo como explica Streck:

não se nega que possam existir casos fáceis; *o problema está no fato de que é impossível uma institucionalização de casos fáceis e casos difíceis*. No plano da fenomenologia hermenêutica, mesmo em face de uma “suficiência ôntica” que se expresse em um caso simples (raciocínio causal-explicativo), já estarão dadas – em face da pré-compreensão – as condições para um “ir além”, na direção de um acontecer (ontológico), isto é, mesmo que o acontecer possa se dar de forma objetivada, sempre já existe um indicador a partir do qual essa objetivação faz [ou não] sentido.⁸⁵⁰ (destaques do original)

Assim, a distinção entre os casos simples (*easy cases*) e os casos complexos (*hard cases*) apenas pode ser divisada sob o prisma metodológico-objetivista. Ela se apresenta inadequada quando se propõe o caminho da hermenêutica filosófica para o processo judicial decisório. Mas, nesse caminho, o juiz não pode escolher o sentido que melhor lhe aprouver⁸⁵¹. Há, como já assentamos, limites que se encontram na estrutura existencial que conforma nossa compreensão a partir da consciência histórico-efetual, da cotidianidade, enfim, da contextualidade que coloca o elemento cultural na experiência jurídica. É por isso que talvez a exigência de fiador para contratos de financiamento estudantil seja um sentido possível no momento da *applicatio* a partir da estrutura existencial que conformaria nossa compreensão num

⁸⁴⁹ STRECK, 2008, p. 114.

⁸⁵⁰ STRECK, 2009a, p. 251.

⁸⁵¹ Vide nota n° 781.

Estado altamente desenvolvido, com um desejável nível de inclusão social, onde um estudante, sem maiores dificuldades, pudesse conseguir um fiador, inclusive com renda de, no mínimo, o dobro do valor da prestação.

O recurso à via judicial para satisfação de direitos inerentes à saúde como Nível Essencial de Prestação Social tem ensejado, igualmente como se viu em relação à educação, controvérsias sérias no âmbito da judicialização da política, quando se busca suprir deficiências e omissões no implemento das políticas públicas.

Com efeito, a dimensão política da jurisdição tem sido objeto de freqüentes ataques quando juízes têm determinado o fornecimento de medicamentos, alguns consideravelmente caros e que não se encontram na lista de remédios do Sistema Único de Saúde – SUS.

A questão esteve em debate na Suprema Corte onde foi aberto ciclo de audiências públicas para manifestação dos interessados. O sítio do STF registra que foram ouvidos 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores, procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do SUS entre abril e maio de 2009.⁸⁵²

A extensão do espaço público aberto deixa feliz qualquer habermasiano. Se estariam todos os concernidos agindo de conformidade com os níveis de validade e correção do discurso: sinceridade, verdade e retidão, isso é outra coisa e poucos se aventurarão a fazer uma pesquisa nesse sentido porque o resultado poderá ser desalentador e confirmará que grande parte dos concernidos estarão, na verdade, defendendo interesses pessoais ou de grupos, outros foram pagos para atuarem em decorrência de sua pública e notória especialização e assim por diante. Isso não invalida, contudo, o espaço público criado que, sem dúvida, forneceu elementos que merecem ser considerados e devidamente sopesados. Na quarta-feira dia 06/05/2009, o Prof. Luís Roberto Barroso pronunciou-se como representante do Colégio Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Antes dessa oportunidade, Barroso já havia se manifestado sobre a questão tendo registrado que

alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que se contrapõe, de um lado, o

⁸⁵² www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude, consulta efetuada em 05/06/2009.

direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.⁸⁵³ (sublinhado do original).

Esse mesmo pensamento foi colocado na apresentação por ocasião da audiência pública na Suprema Corte, onde Barroso concluiu enfaticamente no sentido de que “Desenvolveu-se um senso comum, que é preciso enfrentar, de que o Judiciário, no caso da Judicialização, pondera o direito à vida e à saúde de uns e, de outro lado, pondera princípios orçamentários, separação dos poderes. Infelizmente, esta não é a verdade. O que o Judiciário verdadeiramente pondera é o direito à vida e à saúde de uns contra o direito à vida e à saúde de outros”⁸⁵⁴. Em suma, o pensamento do professor fluminense, conquanto apresente argumentos ponderáveis em direção à legitimação, e sobretudo com respeito à necessária limitação da judicialização da política, como nesta tese já registramos⁸⁵⁵, desvala em grave equívoco quando permite concluir que uma tutela individual para satisfação de Nível Essencial de Prestação Social – NEPS coloca em colisão princípios.

Realmente, é um engano pensar que a determinação para o poder público conceder determinado medicamento ou realizar certo procedimento, ao assegurar a vida ou a saúde de um, esteja pondo em risco a vida ou a saúde de muitos. O raciocínio de Barroso, por esse caminho, subverte o diálogo democrático que se erige em defesa do cumprimento das promessas constitucionais de modernidade, constituindo a base principiológica essencial da Constituição, na exata medida que substitui esse diálogo pelo monólogo da eficácia econômica, onde quem decide, na sociedade de riscos, o faz sob o influxo do paradigma da precaução, para o qual, o importante é um eficiente sistema de definição, controle e gestão de riscos.⁸⁵⁶ Por isso Barroso está convencido de que o que importa é “que sejam definidos direitos e obrigações por via legislativa e administrativa”, como fez registrar naquela audiência pública, onde propugna,

⁸⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, 2008, disponível em www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582, consulta realizada em 06/05/2009, p. 02.

⁸⁵⁴ Pronunciamento no colóquio *Políticas Públicas e Saúde – Integralidade do Sistema*, integrante da audiência pública realizada no dia 06/05/2009, no STF, sobre o direito à saúde, disponível em www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude, consulta realizada em 25/09/2009 (2009b).

⁸⁵⁵ Vide referências às notas n°s 295, 308, 309, 318 e 319.

⁸⁵⁶ Vide nota n° 845.

inclusive, pela transformação do litígio individual em ação coletiva a fim de que a decisão possa atingir a todos.

Ora, todo o pensamento de Dworkin, como já vimos, encontra-se voltado para garantir os direitos das pessoas ainda que não previstos em pauta regulatórias escritas, quando então se avultaria o recurso aos princípios que no cotejo com as políticas públicas teriam preferência. E nisso, o autor norteamericano está repleto de razão. A visão do direito e da política como integridade impõe uma opção indiscutível sobre um argumento de princípio em detrimento de um argumento de política. Um princípio não pode ser amesquinçado por uma política pública deficiente ou inexistente. Os argumentos de política, ensina Dworkin, “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo.” Já os argumentos de princípios, prossegue ele, “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”.⁸⁵⁷ É sobre essa perspectiva, a bem da verdade, que o problema da questão ora enfrentada deve ser analisado, porque quando Barroso afirma que conceder medicamento garante a saúde ou a vida de uns em detrimento da saúde ou vida de vários quando os escassos recursos estariam sendo canalizados em prol da satisfação da decisão judicial, obviamente não estão em colisão princípios, mas, isso sim, princípio e política pública na exata medida em que a definição, extensão, alcance da aplicação dos recursos é questão de política pública. Quando se diz que a decisão põe em risco a saúde e a vida de vários, prima-se pela eficiência da equação econômica e isso é nitidamente um *argumento de política*.

A todo instante, Barroso tenta mostrar que o que está em jogo não é um confronto entre princípio e política pública (ineficiente ou inexistente), mas uma colisão entre princípios onde qualquer critério de racionalidade apontaria para a eficiência que se encontra definida nas políticas públicas em defesa da coletividade. Ele tergiversa, portanto, em abono dessa tese, com os seguintes *argumentos de política*, alguns deles endoçados do pensamento de outros autores como ele próprio registra:

- a) “Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo”⁸⁵⁸;

⁸⁵⁷ DWORKIN, 2002, p. 129.

⁸⁵⁸ BARROSO, 2008, p. 02.

- b) “Pode-se entender que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem cumpridas. Esta teria sido a opção do constituinte originário ao determinar que o direito à saúde fosse garantido através de *políticas sociais e econômicas*. As decisões judiciais que determinam a entrega gratuita de medicamentos pelo Poder Público levariam, portanto, à alteração do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988”⁸⁵⁹;
- c) “Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, freqüentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma decisão pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.”⁸⁶⁰;
- d) “Na verdade, a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos se apoiaria numa abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios.”⁸⁶¹;
- e) “As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as *desigualdades* econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média.”⁸⁶²;
- f) “O Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com a Administração Pública. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública.”⁸⁶³

Como se vê, o esforço de Barroso é enorme porque certamente ele está consciente de que o conflito encontra-se deflagrado entre princípio, de um lado, e política pública, de outro. E sabe que, nessa circunstância, argumento de política não pode preponderar. É a mesma coisa que manter alguém preso porque se for solto poderá evadir-se do País ou porque a

⁸⁵⁹ Idem, p. 09.

⁸⁶⁰ Idem, ibidem.

⁸⁶¹ Idem, p. 10.

⁸⁶² Idem, ibidem.

⁸⁶³ Idem, ibidem.

soltura causará clamor social a ponto de por sua vida em risco! Dworkin se mostra atento á possibilitade teórica divisada por Barroso de divisar um argumento de princípio para substituir um argumento de política e, afirmando que isso constitui uma falácia, ele articula com o seguinte exemplo:

Suponhamos que um funcionário público queira defender a segregação racial nos lugares públicos. Ele pode apresentar o argumento político de que, em termos gerais, a mistura de raças provoca mais mal-estar geral do que satisfação. Ou pode oferecer um argumento de princípio, apelando para os direitos daqueles que poderiam ser mortos ou mutilados nos conflitos que seriam gerados pela dessegregação. Pode-se pensar que a permutabilidade desses argumentos anula a distinção entre argumentos de princípios e de política, ou que, de qualquer modo, torna a distinção menos útil, pela razão que apontamos a seguir. Suponhamos que se admita que o direito à igualdade entre as raças seja suficientemente forte para prevalecer sobre tudo, exceto sobre o mais premente argumento político, e que ele possa ser objeto de transigência e concessão somente nos termos requeridos pelos argumentos de princípio em contrário. Essa seria uma concessão vazia, caso fosse sempre possível encontrar argumentos de princípio que substituíssem um argumento de política passível de ser apresentado⁸⁶⁴.

Se numa democracia, a maioria compartilha um código moral coerente. E se esse código moral coerente constitui como sempre lembra Dworkin os princípios comunitários, ao invocar o princípio da universalidade de atendimento vazado na Constituição, os juízes brasileiros não estariam contrariando políticas públicas, mas ajudando a implementá-las. Ou seria diferente se o Poder Judiciário, como quer Barroso, convertesse os litígios individuais em coletivos para alçar o espaço definidor das políticas públicas? Ou seria diferente que se aguardasse a definição administrativa para que certos medicamentos ou procedimentos devam constar nas listas autorizadas pelo Sistema Único de Saúde – SUS? Será que a definição por via de texto (seja de caráter geral ou administrativo) teria o condão de afastar os litígios para obtenção de medicamentos ou procedimentos? Será que a defesa agora não seria que os recursos são insuficientes para a aquisição? E o litígio mais uma vez não teria que ser resolvido à base da preponderância de argumento de princípios em detrimento dos de política?

Sob qualquer prisma, é preciso perceber uma coisa que aqui já fizemos registrar, o Poder Judiciário não está definindo política pública. Está aplicando os princípios

⁸⁶⁴ DWORKIN, 2002, pp. 150 – 151.

comunitários, no caso do Brasil, expressos na Constituição. Está levando princípios a sério, pode-se afirmar, parodiando Dworkin. Ao invés de difundirem um ativismo danoso, na hipótese, os juízes invocam é a moralidade comunitária que não admite exclusão quando está em causa a saúde e a vida das pessoas, quando o próprio texto constitucional desvela que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (CF: art. 196).

Os princípios comunitários apresentam-se, assim, como *topos* hermenêutico para permitir, na situação concreta, o acontecer da verdade. Daí porque, ao contrário do afirmado por Barroso, a questão, ante a ausência ou deficiência de política pública, pode ser resolvida sim, no caso concreto, onde a verdade contextual aparecerá a partir da consciência histórico-efetual que aponta para a estrutura existencial de nossa compreensão. Aliás, a Suprema Corte tem reclamado atenção à contextualização na dispensação de remédios e realização de procedimentos determinados pelos juízes. Nesse sentido, na Suspensão de Tutela Antecipada – STA nº 79203, do Min. Gilmar Mendes registrou que: “Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada que, muitas vezes, não contemplam as especificações do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde”⁸⁶⁵.

Nesse caso, o juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba havia determinado ao Estado do Paraná o fornecimento de medicamento a um menor, pelo tempo indeterminado necessário ao tratamento da doença. O presidente do Tribunal de Justiça do Paraná suspendeu a execução da liminar sob a fundamentação de que o medicamento não consta da relação de medicamentos excepcionais do Ministério da Saúde, portanto não registrado na ANVISA e, conseqüentemente, não possui comercialização autorizada no País. O órgão especial do Tribunal de Justiça deu provimento ao agravo regimental para cassar a decisão do presidente da Corte e restabelecer a tutela antecipada.

⁸⁶⁵ STF: Suspensão de Tutela Antecipada – STA nº 79203/PR, decisão monocrática do Min. Presidente Gilmar Mendes, disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo:verProcessoDetalhe.asp?numero=244&classe=ST, consulta realizada em 25/09/2009.

O emblemático caso revela a tensão entre os executores de políticas públicas de saúde e o Poder Judiciário. E a decisão do presidente da Suprema Corte desenvolve linha de racionalidade amparada em argumentos de princípio afastando os argumentos de política antes apontados por Barroso. Confirma-se, com efeito, que a decisão registra que “a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas para a proteção do direito à saúde, mas tendo em vista a necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.”⁸⁶⁶.

De fato, observe-se que a imissão indevida da jurisdição, que efetivamente pode ocorrer, tem servido de escudo para justificar a omissão do poder público no implemento de políticas públicas já definidas. Mais que isso, o escudo cria um anteparo que tem se revelado eficaz para não cumprir a Constituição. E até onde vai a discricionariedade do administrador nessa órbita, ou seja, quando está em causa o cumprimento dos direitos assegurados na Carta é questão que se apresenta com relevância tamanha⁸⁶⁷, na matéria ora examinada diante do

⁸⁶⁶ Idem, p. 5.

⁸⁶⁷ No que pertine, ainda, à garantia de Níveis Essenciais de Prestação Social na área da educação, o julgamento proferido no RE 410715, o escudo da invasão da discricionariedade da atividade governamental-administrativa, com a conseqüente ilegitimidade da conformação judicial da política pública, foi invocada pelo Município de Santo André/SP, para se eximir de fornecer creche e ensino fundamental pré-escolar. Essa edilidade argumenta em sua defesa que “não há como se cobrar, somente do Município a manutenção do sistema de ensino, especialmente o atendimento a crianças em creches e escolas de educação infantil”, porque essa missão é de todos os entes federativos e acrescenta mais que a indevida ingerência da jurisdição compromete as previsões orçamentárias. A decisão desenvolve argumentação no sentido de que a política pública já restou definida na própria Constituição e a conformação judicial se erige para não comprometer o direito público subjetivo assegurado que não pode se expor a fatores de limitação como a sujeição à conveniência administrativa a ponto de caracterizar omissão. O acórdão está assim ementado: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da

comando emergente do art. 196, que estabelece que o direito à saúde é assegurado mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos.

Por isso, ao indeferir o pedido de suspensão da tutela, a decisão do STF realiza uma contextualização inteiramente adequada ao caso concreto evidenciando as circunstâncias que envolvem a situação hermenêutica: a) o menor, com 7 (sete) anos de idade, foi diagnosticado como paciente afetado pela Nucleopolissacaridose de Tipo VI, apresentando deformidades esqueléticas, hérnias umbilical e inguinal e opacidade da córnea; b) o relatório médico informa que houve significativa piora nos últimos meses, estando com um déficit de 95% na visão esquerda, respiração extremamente dificultada, hematoesplenomegalia, acentuada dificuldade motora e apatia; c) o remédio prescrito não consta da relação do Ministério da Saúde, não está registrado na ANVISA e não é fornecido de forma excepcional porque sua comercialização não se encontra autorizada por esse órgão, todavia, a Comissão Européia concedeu à empresa BioMarin Europe Ltd uma autorização de introdução no mercado para o medicamento, válida, portanto, para a União Européia.⁸⁶⁸

A consideração e análise desses fatos não podem ser deixados de lado quando se procura encontrar a resposta hermenêuticamente correta para a questão. Esses elementos, que revelam a faticidade da situação hermenêutica, impõem a tutela do direito à vida e à saúde como integrantes da base principiológica da Constituição brasileira e não podem ser relevados diante de argumentos de política como os alegados pelo Estado do Paraná que aponta para a circunstância de que o custo mensal do tratamento está orçado em US\$ 18.000,00 (dezoito mil dólares americanos) ; o Estado de Paraná destina cerca de R\$ 13.000.000,00 (treze milhões de reais) para cumprir decisões judiciais envolvendo o fornecimento de medicamentos.⁸⁶⁹

Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina." (RE 410715, AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 03/02/2006).

⁸⁶⁸ STF: Suspensão de Tutela Antecipada – STA nº 79203/PR, decisão do Min. Gilmar Mendes, p 12.

⁸⁶⁹ Idem, ibidem.

Impende registrar que não estamos aqui advogando uma supervalorização das circunstâncias de fato em detrimento das circunstâncias de direito. Aliás, já consignamos o acerto do pensamento de Streck quando divisa que a diferença entre questão de fato e questão de direito não se sustenta diante da diferença ontológica fundamental que impele a consideração de que o direito é parte integrante do próprio caso de tal sorte que uma questão de fato é sempre uma questão de direito e vice-versa⁸⁷⁰. Ao contrário, estamos convencidos da relevância da contextualização para desvelar os limites que se encontram na estrutura existencial que conforma nossa compreensão a partir da consciência histórico-efetual que aponta para a nossa pré-compreensão. Por isso, já insistimos nesta tese que não seria, sem dúvida, uma decisão contextualizada determinar que o Estado forneça remédio para dor abdominal a cidadãos residentes em Moinhos de Vento em Porto Alegre, que podem facilmente diagnosticar a causa e dispor de meios e recursos para curá-la. Todavia, a condenação do Estado a ofertar medicamentos para dores abdominais às populações ribeirinhas do Amazonas ressalta como decisão absolutamente erigida sob um contexto que expressa a consciência histórico-efetual da situação hermenêutica a partir da qual foi deslanchada, diametralmente oposto àquele que ensejou a cogitada decisão na primeira hipótese.

Voltando à decisão do STF, observamos que ela repudia, ainda, o argumento de política apresentado por Barroso quando o professor fluminense insiste em que o Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com a Administração Pública. Com efeito, o aparato burocrático da administração, que não impõe a rapidez necessária que uma questão de vida está a exigir. Perecimento de direito é coisa séria e olvidada não apenas pela atividade governamental e administrativa, como pela jurisdição. A decisão do Min. Gilmar Mendes registra que: a) “o registro na ANVISA mostra-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo a primeira condição para que o Sistema Único de Saúde possa considerar a sua incorporação. Claro que essa não é uma regra absoluta. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei nº 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Saúde (ANVISA), permite que a Agência dispense de “registro” medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública

⁸⁷⁰ Vide nota nº 822.

do Ministério da Saúde”⁸⁷¹; b) “Quanto aos novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS), é preciso que se tenha redobrado cuidado na apreciação da matéria . Como frisado pelos especialistas ouvidos na Audiência Pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente acompanhável pela burocracia administrativa.”⁸⁷²; c) “Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais, como coletiva.” No entanto, insiste uma vez mais a decisão: “é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar”⁸⁷³.

O direito das pessoas de terem uma decisão favorável em um processo é um direito político genuíno, lembra Dworkin⁸⁷⁴, e não se pode permitir que no processo judicial decisório, um argumento de princípio seja corrompido por um argumento de política. A decisão injusta consubstancia uma resposta não hermeneuticamente correta porque recusa a tornar efetivo, como direito jurídico, os direitos políticos do cidadão⁸⁷⁵ e não aquela que segundo Barroso apresenta déficit do gerenciamento porque esse se encontra mais afeto à administração, quando se sabe que sob o manto da eficiência e de sua irmã gêmea, a precaução, pode se encontrar a vontade implícita de corromper os direitos.

Assentado, na linha do pensamento dworkiniano, que os argumentos de princípios destinam-se a estabelecer os direitos individuais enquanto os argumentos de política se voltam ao estabelecimento de objetivos gerais, tem-se que o objetivo político é propulsionado por metas, seguindo Dworkin, “um estado de coisas cuja especificação não requer a concessão de nenhuma oportunidade particular, nenhum recurso ou liberdade para indivíduos determinados (...) elas têm em vista a produção de um benefício geral para a comunidade como um todo. A eficiência econômica é uma meta coletiva: exige a distribuição de oportunidades e responsabilidades que possam produzir o maior benefício econômico agregado, definido de um determinado modo”⁸⁷⁶. Mas e isso é muito importante e não pode ser olvidado: “um princípio pode ter que capitular diante de outro, ou mesmo diante de uma política intransigente com a qual esteja em conflito a propósito de determinados fatos”. Isso acontece, ainda segundo Dworkin, em

⁸⁷¹ Idem, p. 7.

⁸⁷² Idem, p. 10.

⁸⁷³ Idem, pp. 10 – 11.

⁸⁷⁴ DWORKIN, 2002, p. 140.

⁸⁷⁵ Idem, *ibidem*.

⁸⁷⁶ Idem, p. 143.

face da natureza abstrata do direito que expressa, enquanto princípio, um objetivo político igualmente geral. Todavia, nas situações concretas, os direitos tornam-se objetivos políticos definidos com mais precisão, expressando com maior clareza o peso que possuem. É aqui, na situação concreta, que os direitos abstratos fornecem argumentos em favor dos direitos concretos e “as alegações em favor de um direito concreto são mais conclusivas do que qualquer alegação em favor de um direito abstrato que sustente esse direito concreto”, arremata Dworkin⁸⁷⁷.

É a partir daí que se impõe uma observação sobre a crítica que tem sido feita à judicialização da política, sobretudo quando está em causa o direito à saúde, quando se tem entendido que ela descamba para o assistencialismo. Estamos convencidos de que essa carapuça esconde mais uma indevida abordagem da colisão entre argumento de princípio e argumento de política, de matiz nitidamente econômico e em defesa de metas gerais. Com efeito, primeiramente é preciso observar que Barroso afirma, independentemente de qualquer comprovação empírica, que a judicialização da saúde tem beneficiado mais a classe média do que a pobreza na medida em que o protagonismo judicial privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Num exame perfunctório, vê-se a fragilidade do argumento que parece mais ter sido concebido nos meados do século passado. Ora, nunca o conhecimento dos direitos esteve tão próximo da camada menos favorecida. A quantidade de demandas em juizados especiais, sem quaisquer despesas processuais, bem como a consolidação das defensorias públicas como entidades essenciais à consolidação da justiça que o digam!

De qualquer sorte, conquanto essa questão mereça uma maior reflexão que foge à economia desta tese, o que interessa ressaltar é que a afirmação de que a exclusão dos pobres se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, é desconsiderar a realidade das coisas que revelam, isso, que as promessas de modernidade vazadas na Constituição não foram cumpridas avultando-se gritante o nível de exclusão. O que estamos querendo fazer compreender é que o desafio para implementar as promessas de modernidade tem sido objeto de atuação não apenas do governo, mas de parceria desse com o setor privado; de instituições não governamentais; enfim de toda sociedade, o que pode ter o condão de servir de lenitivo para justificar a atuação da jurisdição como mais uma via.

⁸⁷⁷ Idem, p. 147.

Uma coisa, porém, é certa: a atuação do Judiciário não pode servir para, num excesso de ativismo, institucionalizar um contramajoritarismo em detrimento de sentidos contextualmente possíveis da Constituição. O antídoto para isso, estamos convencidos, repousa numa abordagem cultural do direito alavancada a partir dos elementos básicos que impulsionam a hermenêutica filosófica (o círculo hermenêutico e a diferença ontológica). Por certo tem havido excessos. Em algumas matérias, como a previdenciária, por exemplo, a atuação dos juizados especiais tem beirado a margem do assistencialismo, permitindo-se indagar realmente se esse é o papel do Judiciário numa realidade periférica. Ou será que não seria exatamente por se encontrar atuando em Estados periféricos que esse matiz de atuação tem se erigido? É questão, sem dúvida, que merece estudo.

Qualquer que seja o caminho, é preciso se ter presente que o teste econômico é mais um argumento de política do que de princípio e faz, lembra Dworkin⁸⁷⁸, a decisão depender de se perquirir se o direito seria melhor promovido em defesa do bem-estar coletivo ao permitir o sacrifício da saúde ou da vida de algum ou alguns com a economia do gasto necessário para evitá-lo.⁸⁷⁹

⁸⁷⁸ Idem, p. 154.

⁸⁷⁹ Dworkin registra que “Este tipo de argumento não é de modo algum novo, embora sua roupagem econômica talvez seja. Os filósofos vêm debatendo há muito tempo casos hipotéticos que testam o nível de interesse que um membro de uma comunidade deve a outro. Por exemplo, se um homem estiver se afogando e outro puder salvá-lo com um risco insignificante para si mesmo, o primeiro tem um direito moral a ser salvo pelo segundo. Tal proposição poderia ser facilmente colocada em termos econômicos: se a utilidade coletiva de ambos for grandemente incrementada graças a um salvamento, o homem que está prestes a se afogar tem um direito a este salvamento, e seu salvador tem o dever de salvá-lo. A proposição jurídica correspondente pode, sem dúvida, apresentar uma complexidade muito maior. Ela pode especificar circunstâncias específicas nas quais a questão crucial não consistirá em se a utilidade coletiva dos dois homens será radicalmente incrementada, mas apenas se isso correrá marginalmente. Ela poderia colocar esta última questão, por exemplo, quando a ação positiva de um homem, em oposição à sua inação, criar um risco direto e previsível de dano físico para a pessoa ou propriedade de outro indivíduo. Sem dúvida, se a tese dos direitos for bem fundamentada, nenhum juiz poderá apelar a essa proposição jurídica, a menos que ele acredite que o princípio do respeito mínimo enuncia um direito jurídico abstrato; se apelar, porém, poderá montar seu argumento de acordo com uma fórmula econômica sem que, com isso, transforme seu argumento de princípio em argumento de política.” E Dworkin prossegue afirmando que a argumentação paralela sobre o salvamento de um homem que está se afogando constitui método para harmonizar direitos concorrentes e leva em conta apenas o bem-estar daqueles cujos direitos estão em jogo, não considerando “os custos e os benefícios para a comunidade em geral, a não ser na medida em que estes se refletem no bem-estar daqueles cujos direitos estão em discussão. Podemos facilmente imaginar um argumento que não aceita essas restrições. Suponhamos que alguém argumente que o princípio da exigência de salvamento no caso de um risco mínimo precise ser emendado de modo a fazer a decisão depender não de alguma função das utilidades coletivas da vítima e de seu salvador, mas da utilidade marginal do conjunto da comunidade, de modo que o salvador tivesse de levar em conta não apenas os riscos relativos a si próprio e à vítima, mas também a importância social relativa de ambos. Daí pode seguir-se que um homem insignificante deve arriscar sua vida para salvar o presidente de um banco, mas que o presidente de um banco não precisa mover uma palha para salvar um João-ninguém. O argumento não é mais um argumento de princípio, pois supõe que a vítima não tem direito a nada além daquilo que pode esperar da utilidade geral.” (DWORKIN, 2002, pp. 155 – 156).

Ainda relativamente ao direito à saúde como integrante do núcleo essencial básico de prestação social, queremos trazer à colação a decisão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso que não admitiu restrições à fluência de prestação essencial alçada em avaliação meramente discricionária da Administração Pública, subordinada a pragmatismo governamental, na definição de políticas públicas. Na hipótese, o Município de Cuiabá baixou portaria instituindo um cadastro dos beneficiários do Sistema Único de Saúde, determinando que apenas aqueles cujos nomes constassem do referido cadastro poderiam ser atendidos. A Ação Civil Pública foi julgada procedente pela Corte de Justiça e o acórdão alinhava argumentação no sentido de que a exclusão fere o atendimento universal estabelecido na Constituição.⁸⁸⁰

Esta tese não poderia deixar de lançar um olhar sobre o posicionamento da jurisdição sobre o direito à habitação que, na realidade brasileira, juntamente com o direito à saúde e à educação constituem, como já registramos, o núcleo essencial das prestações sociais.

Primeiramente, um acontecimento revela o quanto o legislador brasileiro, de regra, não está consciente da carga de sentido que o texto da Constituição possui. Expressando em outro modo, não está habilitado a enxergar os princípios comunitários expressos ou decorrentes do texto. Isso decorre, sem dúvida, de uma cultura extremamente positivista que reduz o direito exclusivamente aos textos e olvida a importância dos princípios como marco regulatório relegados, enfim, a uma função supletiva do texto. É dentro dessa compreensão que adveio a Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/2000, que introduziu a moradia ao elenco de direitos sociais escritos no art. 6º da Carta.

Efetivamente, não há quem duvide que antes da EC 26/2000, a moradia já se constituía direito social, porque o sentido que o texto desvelava quando estabelecia desde então a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental (art. 1º, III), a erradicação da pobreza e da marginalização com a redução das desigualdades sociais, e a promoção do bem de todos, sem qualquer discriminação, como objetivos fundamentais (art. 3º, III e IV), além de considerar a moradia um dos elementos necessários na composição do valor do salário mínimo de modo a atender às necessidades básicas do trabalhador (art. 7º).

⁸⁸⁰ O acórdão encontra-se assim ementado: “Apelação Civil. Ação Civil Pública – Cadastramento dos usuários do SUS – Limitação do atendimento – Impossibilidade – Violação ao direito fundamental à saúde – Necessidade de assistência universal e igualitária – Recurso provido – Decisão reformada. O cadastramento pelo município dos usuários do SUS deve servir para a melhoria do atendimento, visando à universalização dos serviços, caracterizando, por isso, violação à Constituição da República, condicionar o atendimento do paciente ao cadastro prévio...” (Apelação nº 71523/2008, rel. Juiz Mauro Bianchini Fernandes (Conv.), DJ de 29/06/2009).

De nossa parte, não divisávamos naquela época (antes da Emenda nº 26) como ainda continuamos a não divisar hoje em dia, que uma decisão judicial voltada para garantir a moradia de quem dela se vê excluído num país de intensa desigualdade social como o Brasil – fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, que propugna por um mínimo prestacional para uma existência digna –, um recurso indevido ao princípio humanitário erigido a partir de uma dessubjetivização das prestações sociais que alçaria os direitos fundamentais à esquemas de garantia de direitos sociais (*esvaziamento solidarístico*), portanto, uma refração dos direitos sociais, como alerta Canotilho⁸⁸¹.

Esse raciocínio pode se validar, insistimos uma vez mais, num Estado que conviva com adequado nível de inclusão social, onde não se apresente em nível crítico a quantidade de pessoas que vivem ao relento ou em submorádias debaixo de pontes e viadutos ou na margem de rodovias, em puxadinhos nas encostas de favelas ou em palafitas sobre os mangues. Por certo, em Estados como o cogitado, jamais a jurisdição fosse chamada a expulsar pessoas que estão residindo às margens de rodovias e sob viadutos em barracos construídos com tábuas de restos de construção, caixas de papelão e telhas de folhas de zinco. Mas na realidade periférica, como vimos, a jurisdição é constantemente chamada pelo poder público que se diz invadido e requer a reintegração na posse. Nesse quadro, uma decisão judicial que assegure a posse até o cumprimento das políticas públicas estabelecidas na Constituição ou mesmo o implemento de políticas habitacionais adequadas, não carrega consigo o estigma do assistencialismo. Trata-se, antes de tudo, de fazer cumprir a Constituição. O assistencialismo traz ínsito um carga de subjetividade (filosofia da consciência). O juiz decide de conformidade com sua consciência porque entende que essa ou aquela decisão é moralmente correta e fará um bem enorme às pessoas (pragmatismo). Coisa diversa é o magistrado decidir com olhos voltados para cumprir a Constituição e sob os efeitos da consciência histórico-efetual.

E foi por esse viés, que ao decidir o pedido de reintegração de posse deduzido pela União contra centenas de famílias que habitam sob os viadutos do anel viário da cidade de Belo Horizonte na faixa de domínio da BR 262, após frustrado o espaço público aberto com o chamamento ao processo do Município de Belo Horizonte e do Estado de Minas Gerais, que alegaram, ambos, ilegitimação para atuar na relação jurídico-processual, impossibilitando uma mediação em direção ao implemento da política pública de responsabilidade de todos aqueles

⁸⁸¹ Vide notas nº s 258 e 259.

entes federativos (CF: art. 23, IX: É da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico), o Juízo Federal da 17ª Vara de Belo Horizonte, rejeitou o pedido⁸⁸² registrando:

18. Voltando os olhos, agora, para a situação hermenêutica vazada neste processo – uma vez frustrado o espaço público aberto com a integração de todos os entes políticos responsáveis(?!!) constitucionalmente pela política habitacional, vez que alegam ilegitimação e deixam (pasmese!) ao alvedrio deste Juízo decidir, o que requer, segundo eles, a procedência do pedido para retirar centenas de famílias que se alojaram em barracos construídos à margem do anel viário desta cidade – não se vê como possa este Juízo acolher o pedido, o que demandaria, conseqüentemente, uma decisão no âmbito de política pública habitacional para estabelecer para onde irão as centenas de famílias, decisão essa que não pretendem partilhar com este Juízo, que atuaria como mediador. Isso definitivamente não é do interesse dos entes públicos envolvidos. Querem que o Judiciário resolva! E assim agem de forma insincera, com total ausência de retidão de procedimento e escamoteando a verdade que não é outra: o fracasso da política pública da União, do Estado de Minas e do Município de Belo Horizonte no âmbito da habitação! 19. Frustrado o espaço público e uma possível mediação neste processo, não há como este Juízo desalojar as famílias que já se encontram há mais de 10 (dez) anos residindo às margens e sob os viadutos da BR 262, sob condição abaixo do mínimo existencial para expô-las ao relento. O mínimo existencial (mínimo?) requer, por ora, que as famílias permaneçam onde estão até que os decisores políticos adotem uma política habitacional condizente e dali elas sejam retiradas, dito de outro modo: cumpram com a promessa estabelecida na diretriz constitucional!

Essa conclusão, como se pode perceber, foi alçada a partir do nível de argumentação traçado nesta tese⁸⁸³. Com efeito, sem receio de esvaziamento solidarístico, a

⁸⁸² Sentença proferida no Processo nº 2000.38.00.004900-8, Juiz Federal Carlos Alberto Simões de Tomaz, 17ª Vara Federal de Belo Horizonte, consulta *in loco*.

⁸⁸³ Vale conferir o trecho seguinte destacado da fundamentação: “12. Nesse ponto, estamos convencidos que o apelo deve ser à base dos *princípios comunitários* (A expressão está sendo usada no sentido imprimido por Dworkin para indicar que os direitos não se restringem aos vazados nos textos jurídicos, mas compreendem, também, aqueles frutos da história e da moralidade de uma comunidade. A existência de uma comunidade fundada em princípios exige que o juiz se pautem com integridade e com coerência no momento de desvelar esses direitos (*law as integrity*), da mesma maneira que em relação à política a integridade exige respeito aos princípios comunitários, sobretudo, equidade, justiça e devido processo legal, no momento da eleição dos conteúdos dos textos jurídicos, bem como no momento de implementar as políticas públicas, onde, chama a atenção Dworkin, a comunidade personificada pode honrar ou desonrar seus princípios, agir de boa ou má-fé, enfim, com integridade ou de maneira hipócrita. Cfe. DWOKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 204 e 272) que, no nosso caso, um país periférico, pois, de modernidade tardia, ampara-se, com mais intensidade que nas democracias maduras, na *dignidade da pessoa humana* “onde se encontraria o agasalho prestacional assegurador de uma existência minimamente condigna.” 13. O apelo ao princípio dignitário que – no contexto sócio-econômico brasileiro – tem emergido de decisões judiciais dos mais diferentes quadrantes deste país, longe de enfraquecer a força normativa da constituição, erige-se em tributo da inserção social, cujo *locus* não se apresenta de forma alguma incerta: a

opção pelo princípio dignitário serviu de *locus* para a decisão e propiciou um desdobramento da fundamentação descortinando a precariedade da política pública de habitação dos entes federados e chamando-os para assumir suas responsabilidades, a partir de uma discussão dialógica, sob a mediação judicial. Ao seguir esse caminho, a decisão, que revela a intenção do juízo de

constituição. 14. Orientar-se o magistrado em sua estratégia hermenêutica, num contexto sócio-econômico como o brasileiro, por esse viés de sociabilidade, que não possui nada de incerto conforme sustenta Canotilho (CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da "constituição social")*). In: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022Jose_Canotilho.htm, 2008, p. 3), porque constitucional, isto é, sob o influxo do cumprimento da constituição ainda dirigente, a fim de garantir prestações para uma existência condigna, está longe de caracterizar um protagonismo judicial, ativismo judicial ou jurisprudência de valores defesos, como insiste boa parte da doutrina brasileira. 15. Por certo, no afã de encontrar, por esse norte, uma resposta certa, muitos magistrados ainda percorrem o caminho da filosofia da consciência e decidem sob o influxo de decisionismo, nalguns casos mesmo arbitrário. É preciso, sem dúvida limites. Não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. E esses limites, também estamos convencidos, repousam na consideração de que o direito é ciência cultural e que, portanto, toda decisão deve ser alavancada a partir de uma situação hermenêutica que privilegie nosso modo especial de ser-no-mundo a partir da consciência dos efeitos da história, da faticidade e da cotidianidade e sob certa e determinada contextualidade. 16. Nesse sentido é que, para Streck, o contrato social que descortina o constitucionalismo programático-compromissário-dirigente possui nítido caráter hermenêutico. A legitimação da constituição por esse viés não estaria numa filosofia do sujeito de índole liberal-individualista, mas assentada na subjetividade que não é instauradora de mundo; mundo que não pode ser compreendido a partir de deduções metafísicas como *fundamento último ou qualquer modelo de fundamentação objetivista* (A Constituição dirigente não pode ser entendida como fundamento último, como ressurreição da sociedade ou como *ultima ratio*), mas a partir de uma estrutura pré-compreensiva constituidora de sentido, onde o homem aparece “inserido em um mundo constituído a partir da linguagem, que lhe antecede (...) envolto em um complexo de significações, traduzidas pela linguagem, que o coloca no mundo e possibilita a compreensão do mundo.” É exatamente esse *modo-de-ser-no-mundo* que opera desde e sempre na nossa compreensão, “o que legitima qualquer discurso no contexto da subjetividade, intersubjetividade, diálogo, etc” e permite a explicitação formal-material do pacto fundador que se manifesta no mundo circundante como manifestação da própria condição existencial do ser humano, como um acontecer que emerge primariamente da nossa própria existência e sempre a ela remete. Por esse caminho, o mestre gaúcho arremata escrevendo: No paradigma que antecede à noção de Constituição programático-dirigente, o texto constitucional era entendido como uma terceira coisa que se interpunha entre o sujeito (da filosofia da consciência) e o objeto (a sociedade). A linguagem constituinte, da busca do novo, da emancipação da sociedade, do resgate das promessas da modernidade, dramaticamente sonegadas em países periféricos como o Brasil, passa a ser, no interior do novo paradigma, condição de possibilidade desse novo, *pela exata razão de que, na tradição engendrada pela noção de Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo produto de um constructo que estabelece, em um novo-modo-de-ser instituído pelo pacto constituinte, os limites do mundo jurídico-social*. Por isso, a Constituição que exsurge desse novo paradigma é diferenciada, constituidora, dirigente e programática (mas não como receituário omnicompreensivo e totalizante, enfim, como fundamento último, no que concordo inteiramente com Canotilho), isto porque o Direito, nesta quadra, *assume uma nova feição*; não mais a proteção do indivíduo, enquanto mônada, pretensamente autônomo (espécie de Barão de Münchhausen), *mas, sim, a proteção e implementação dos direitos fundamentais-sociais até então* (e no Brasil de hoje) *sonegados pelo paradigma liberal-individualista-normativista*, o qual, como já explicitado, calca-se na filosofia do sujeito e na filosofia da consciência. (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 125 – 127, *passim*). 17. Quando, enfim, já revendo posições anteriores, Canotilho aponta para que “o problema é, afinal, nesse contexto o de saber se os juízes têm instrumentos metódicos e metodológicos para concretizarem a *direcção* constitucional de direitos sociais” (CANOTILHO, 2008, p. 13), a resposta pode, inquestionavelmente, apontar para o caminho aqui traçado, porque, de resto, o mestre português está correto quando afirma que “o juiz participa da política porque desempenha um papel considerado adequado para assumir a cumplicidade de partilhar os valores e interesses dos grupos e indivíduos que perante ele reivindicam direitos e posições prestacionais negados ou bloqueados pelos decisores político-administrativos.” (Idem, *ibidem*).”

mediatizar a questão, projetou a atuação da jurisdição por um viés democrático [frustrado, como se viu, diante da postura processual assumida pelos entes públicos] à guisa de partilhar valores e interesses comunitários, na linha da concepção dirigida à legitimação da judicialização da política esboçada por Canotilho⁸⁸⁴ e por Bolzan de Moraes⁸⁸⁵.

Mas o debate judicial sobre as prestações sociais essenciais relativas ao direito à moradia tem ensejado grande repercussão, nem sempre devidamente acurada pelos juízos e tribunais, quando estão em causa as políticas públicas estabelecidas no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação – SFH. Com efeito, o tom e o dom do discurso jurídico têm matizado posição em defesa de argumentos de política em detrimento de argumento de princípio, salvaguardando o capitalismo como núcleo econômico do liberalismo.

Como se sabe, arrasta-se por longos anos a luta dos mutuários do SFH vetorizada para dois aspectos: a) conseguir pagar o encargo mensal do financiamento que aumenta em desproporção com o salário; b) conseguir liquidar o financiamento em face da moção do saldo devedor por indexadores econômicos que não são os mesmos da equivalência salarial. As decisões têm sido as mais diversas. De regra, os interesses capitalistas têm sido sufragados, não tendo a jurisprudência logrado alcançar uma análise de viés principiológico em defesa do direito à moradia, ou seja, não conseguiu articular uma conformação para a política pública do setor que impusesse ao órgão gestor (Conselho Monetário Nacional), a obrigação de estabelecer compensações de carência, que se podem justificar pelos vícios que maculam o sistema em detrimento do mutuário. Com efeito, algumas indagações retratam esse cenário e não obtiveram, de regra, resposta na argumentação deduzida por juízes e tribunais: a) como se pode pagar o encargo se em decorrência dos parcos percentuais de aumento de salário a equação financeira entabulada no momento da assinatura do contrato, que retrata o percentual de comprometimento de renda, não é mantida? b) como liquidar, ao cabo do tempo contratual, o saldo devedor se o indexador da prestação, de regra atrelado à variação salarial não é o mesmo utilizado para reajustar o saldo devedor que se vincula a indexadores altamente rentáveis das operações de mercado?

As respostas dadas pelo Judiciário penderam para não domesticar o litígio num conflito entre princípio *versus* política pública, ou seja, entre o direito à moradia como mínimo

⁸⁸⁴ Vide referência à nota nº 283.

⁸⁸⁵ Vide referência à nota nº 297.

existencial para assegurar a dignidade da pessoa humana e o implemento de políticas públicas salarial (CF: art. 7º, IV) e de habitação (de responsabilidade de todos os entes federativos (CF: art. 23, IX). O litígio foi, a bem da verdade, guiado para fugir a esse debate e ser colocado apenas no plano da análise econômica, fazendo com que as instituições financeiras privadas, mutuantes, aparecessem como o agente capaz de atuar e proceder as compensações de carência necessárias a garantir a sociabilidade.

Isso aconteceu, primeiramente, quando a jurisprudência do STJ afastou das lides a participação da União (representando o Conselho Monetário Nacional – CMN) como litisconsorte passivo⁸⁸⁶. Dado o passo decisivo, naturalmente seguido com vendas nos olhos pelos demais juízos e tribunais – o caminho para domesticação do direito pela economia estava aberto e, a partir daí, sobrevieram decisões que determinam o respeito ao contrato (*pacta sunt servanda*), porque se encontrava frustrada qualquer possibilidade de conformação de natureza compensatória da política pública em face da exclusão do órgão gestor. Houve, por assim dizer, e como lembra Bolzan, uma apropriação privada do espaço e das prestações públicas em detrimento da socialidade.⁸⁸⁷

Houve, é bem verdade, uma sinalização jurisprudencial no seio do Superior Tribunal de Justiça no sentido de, prestigiando a socialidade do direito à moradia, imprimir uma conformação de natureza compensatória com a determinação de que o saldo devedor fosse reajustado pelo mesmo indexador das prestações, ou seja, pelo critério da equivalência salarial, na verdade o único meio hábil a ensejar equilíbrio e o cumprimento do contrato. Vale conferir a seguinte ementa⁸⁸⁸:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. VINCULAÇÃO AOS VENCIMENTOS DA CATEGORIA PROFISSIONAL DO MUTUÁRIO. 1 - "Nos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação há de se reconhecer a sua vinculação, de modo especial, além dos gerais, aos seguintes princípios específicos: a) - o da transparência, segundo o qual a informação clara e correta e a lealdade sobre as cláusulas contratuais ajustadas, deve imperar na

⁸⁸⁶ *Inter Plures*, o REsp 114615/BA, rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 26/05/1997, cuja ementa consigna: “SFH. Reajuste das Prestações. Legitimidade Passiva. Interesse da CEF. Exclusão da União Federal. 1. Apenas a CEF, como sucessora do BNH, deve figurar no pólo passivo das ações referentes aos reajustes das prestações dos financiamentos do SFH. 2. Inteligência do art. 1., par. 1., do DEL 2.291/1986. 3. Recurso Especial conhecido e provido para, acolhendo a preliminar de ilegitimidade da União, excluí-la do feito e determinar seja nele mantida a CEF.”. Na hipótese, a CEF era o agente financeiro mutuante.

⁸⁸⁷ BOLZAN DE MORAIS, 2008, p. 189.

⁸⁸⁸ REsp 101061/PB, rel. Min. José Delgado, DJ de 29/10/1996.

formação do negócio jurídico; b) - o de que as regras impostas pelo SFH para a formação dos contratos, além de serem obrigatórias, devem ser interpretadas com o objetivo expresso de atendimento as necessidades do mutuário, garantindo-lhe o seu direito de habitação, sem afetar a sua segurança jurídica, saúde e dignidade; c) - o de que há de ser considerada a vulnerabilidade do mutuário, não só decorrente da sua fragilidade financeira, mas, também, pela ânsia e necessidade de adquirir a casa própria e se submeter ao império da parte financiadora, econômica e financeiramente muitas vezes mais forte; d) - o de que os princípios da boa-fé e da equidade devem prevalecer na formação do contrato. 2 - Há de ser considerada sem eficácia e efetividade cláusula contratual que implica em reajustar o saldo devedor e as prestações mensais assumidas pelo mutuário, pelos índices aplicados as cadernetas de poupança, adotando-se, conseqüentemente, a imperatividade e obrigatoriedade do plano de equivalência salarial, vinculando-se aos vencimentos da categoria profissional do mutuário.⁸⁸⁹

Como se vê, a decisão prima por tirar a socialidade do lugar incerto em que foi colocada diante da política habitacional desenvolvida pelo SFH impregnada pela falta de compromisso sério com as promessas de modernidade estabelecidas na Constituição, porque garantida sob o influxo da eficiência que esconde, na verdade, o ideal liberal-capitalista da dessolidarização empresarial.

À indicação jurisprudencial do STJ alinhou-se, em alguns julgados, a Corte Federal da 1ª Região⁸⁹⁰ fazendo ver que a tese contrária, que julgava ilegítima a imissão judicial no contrato para invalidar cláusula a ponto de estabelecer o mesmo indexador para reajustamento da prestação e atualização do saldo devedor e que se amparava no equilíbrio e preservação do sistema a fim de garantir o retorno integral do valor mutuado, não podia prevalecer na exata medida em que os rendimentos dos recursos captados no sistema financeiro e destinados ao SFH são significativamente inferiores aos encargos dos contratos para aquisição da moradia própria.⁸⁹¹

⁸⁸⁹ No mesmo sentido: REsp 335171/SC, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 05/08/2002; REsp 150347/SE, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 10/04/2000; REsp 149861/SE, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 03/04/2000; REsp 140893/BA, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 21/02/2000; REsp 194086/BA, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 20/09/1999; REsp 194932/BA, rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 26/04/1999; REsp 157841/SP, rel. Min. José Delgado, DJ de 27/04/1998, e REsp 85521/PR, rel. Min. José Delgado, DJ de 03/06/1996.

⁸⁹⁰ Conferir, entre outros, os seguintes: AC 1999.01.00.066553-4/BA, DJ de 12/06/2003; AC 1999.01.00.075668-5/BA, DJ de 03/07/2003; AC 1999.01.00.072982-1/BA, DJ de 13/03/2003, AC 1999.01.00.119267-1/BA, DJ de 23/01/2003, todas de relatoria do Juiz Federal Carlos Alberto Simões de Tomaz (Conv.).

⁸⁹¹ Na AC 1999.01.00.119267-1/BA colhe-se o seguinte trecho da fundamentação do voto: “De fato, vejo os contratos se eternizarem em renegociações após o cumprimento do prazo estabelecido. Vejo o mutuário submetido por toda a sua vida, comprometendo até mesmo parte da vida de seus dependentes, para cumprir um contrato e chegar a uma conclusão estarrecedora: o valor de mercado do imóvel, anos após a assinatura do contrato, mais ainda ao final da liquidação do saldo, é inferior ao valor despendido mutuário, porque o saldo devedor que está liquidando ou que foi obrigado a liquidar cresceu em proporções astronômicas, porque o reajustamento seguiu por uma via e o valor da prestação seguiu por outra. Ou seja: a prestação é reajustada por um indexador e o saldo devedor por outro. Sob tal contextura, não há “*sistema price*” que consiga imprimir exequibilidade ao ajuste porque sempre haverá

saldo a ser liquidado pelo mutuário. O próprio governo tem ciência disso. Não é de forma graciosa, não se iludam, que vez por outra uma norma é editada autorizando a liquidação dos saldos devedores com descontos que chegam a 90% (noventa por cento) do saldo devedor remanescente. Não há, a bem da verdade, desconto coisa nenhuma! O contrato está sendo liquidado pelo valor correto do saldo devedor expungido de uma correção monetária totalmente indevida. Ora, se o próprio Poder Executivo imprime uma solução à questão, muitas vezes tardia, após fazer o mutuário penar longos anos pagando indevidamente uma prestação (porque o saldo devedor real já há muito está quitado) o que implica, sem dúvida, em menos alimentação, menos saúde, menos educação e menos lazer para ele e sua família, porque razão o Poder Judiciário que tem a missão de aplicar a lei – e o contrato é lei entre as partes – para atender a sua finalidade social e satisfazer as exigências do bem comum não deve também fazê-lo? E fazê-lo de forma mais eficiente para ensinar, isso sim, respeito ao fundamento constitucional que dirige a ação de todos os agentes do Estado para o alcance e a satisfação da dignidade da pessoa humana (CF: art. 1º, III). Ou será que a finalidade, a razão de ser do Sistema Financeiro da Habitação – SFH está sendo alcançada com essa situação que estamos vivenciando? Ou será ainda que a redução das desigualdades e a promoção do bem estar de todos não são objetivos deste Estado estabelecido em seu pacto político? Para afastar estas premissas, há de existir uma causa constitucional justa. Justa e tamanha o suficiente para imprimir opção por outra ilação que privilegie norma constitucional que imprima maior densidade na satisfação daqueles princípios e fundamento da Carta. De minha parte, estou convencido de que não existe. A não ser que se considere, como tem feito a maior parte da jurisprudência, que o valor maior a ser preservado é o equilíbrio financeiro do Sistema, sem o qual não se imprime eficácia alguma aos fundamentos e princípios do Estado aqui invocados (...) Como disse, muito refleti e me convenci que não há causa constitucional justa a permitir que seja positivada a interpretação que ainda é majoritária na jurisprudência, porque o ostentado equilíbrio financeiro do Sistema, definitivamente não se pode ser erigido em tal. Num primeiro momento, por uma vertente exclusivamente política, poderia afirmar simplesmente que a densidade do fundamento da dignidade da pessoa humana e dos objetivos traçados pelo Estado voltado para erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem estar de todos é muito maior que o equilíbrio do Sistema que, se rompido, caberia ao Estado, isso sim, para fazer cumprir com a Constituição, aportar os recursos necessários, porque assim estaria realizando materialmente os fundamentos e objetivos erigidos formalmente na Carta. Ora, o Estado socorre banqueiros (PROER), socorre latifundiários (PROAGRO), socorre empresas aéreas (PROAR?), estaria portanto, também legitimado – aqui, aliás, constitucionalmente - para socorrer o Sistema Financeiro da Habitação, criando um PRO alguma coisa...Mas a verdade é que o Sistema Financeiro da Habitação não entrará em colapso, ou irá à bancarrota, se o Poder Judiciário consagrar que o saldo devedor deve ser corrigido pela equivalência salarial. Definitivamente não! Com efeito, a essa conclusão cheguei enfrentando os próprios fundamentos da tese majoritariamente sufragada. Ora, os recursos do SFH provêm da captação de depósitos de caderneta de poupança e do FGTS. Efetivamente, se é verdade que ambas as fontes têm mesmo índice de correção, é mais que natural que os contratos do SFH também sejam corrigidos por idêntico índice, o que ensejaria equilíbrio entre o ativo e o passivo do Sistema. Ocorre, todavia, que o saldo devedor do mútuo destinado ao financiamento da casa própria, além de possuir atualização pela TR, atual índice de correção das cadelnetas de poupança, tem o valor mutuado compensado por juros que se situam entre 10,5% a 15%. É dizer, o valor emprestado está sendo assim remunerado. Se se trata de assegurar equilíbrio do Sistema, então os depósitos de caderneta de poupança e do FGTS devem ser remunerados por idênticos percentuais de juros. Não é o que ocorre. Como é sabido, às contas vinculadas ao FGTS são aportados juros de 3% (três por cento ao ano), já aos depósitos de caderneta de poupança incidem juros de 6% (seis por cento) ao ano. Então, a astronômica diferença do percentual de remuneração do capital emprestado, em cotejo com a remuneração de sua fonte de custeio, que nalguns casos chega a ser 5 (cinco) vezes maior, está indo para onde? A CEF, segundo pesquisa que logrei realizar na sua área técnica, não soube me responder. Depois de muita insistência de minha parte, afirmou que a diferença é destinada à remuneração pelos serviços de manutenção do contrato. Ora, por ocasião da celebração dos contratos já é cobrada do mutuário taxa pelos agentes financeiros. Se esta taxa não se avulta suficiente para cobrir a manutenção de todo o período de vigência do contrato, então que se estabeleça, de forma legal, a taxa adequada, proporcional, razoável, que em nenhuma hipótese chegará à diferença da taxa de juros que tem remunerado o capital mutuado. Insisto na pergunta: para onde está indo todo esse dinheiro que extrapola em muito os limites da necessidade de equilíbrio atuarial do sistema? Deixo a indagação para que cada um se debruce e divise uma resposta, porque de minha parte a tenho. Nessa contextura, não hesito um só instante em afirmar que o equilíbrio do sistema não se constitui causa justa a afastar a equivalência salarial para atualização do saldo devedor. A remuneração do capital mutuado é por demais suficiente a guarnecer o equilíbrio do sistema, e a diferença entre as taxas de juros aportadas nas fontes de captação e na aplicação dos recursos, na verdade, apenas pode estar se constituindo causa, aqui injusta, de enriquecimento alheio! E se assim, a remuneração do capital mutuado apenas poderá suportar juros de 3% ou 6%, conforme o caso, se a fonte dos recursos aplicados estiver identificada, e se não,

A definição da matéria no âmbito do Superior Tribunal de Justiça⁸⁹², fez-se de tal forma singela, superficial e rápida, como se estivesse em causa um simples cumprimento de dever funcional e não uma questão de tamanha relevância como essa. Com efeito, não obstante o julgamento na Segunda Seção tenha sido apertado – a diferença foi de apenas um voto – até os votos favoráveis à atualização do saldo devedor pelo mesmo critério da equivalência salarial dessubstanciam a causa e apontam fundamentação reduzida aos precedentes das turmas. Não houve qualquer preocupação em olhar em sentido às argumentações antes deduzidas por algumas Cortes Federais Regionais e alguns Tribunais de Justiça. Um olhar sobre os votos vencedores revela aquilo que aqui temos tanto insistido: as práticas jurídicas ainda se voltam para divisar a validade de normas (textos), sem qualquer contextualização, como se impunha, na hipótese, a fim de perquirir se havia mesmo desequilíbrio do sistema se se adotasse o critério da equivalência salarial para atualização do saldo devedor. Em outras palavras, a verdade ficou velada porque em nenhum voto a atenção aos fatos históricos e a análise da cotidianidade, que na contextualidade impõe a necessidade de analisar, explicitar, enfim, interpretar os fatos ao escopo de permitir o desvelamento da compreensão a partir da totalidade da estrutura existencial, foram enfrentadas. A lesão ao princípio democrático do dever de fundamentar restou configurada em patamar intolerável. Com efeito, eis a fundamentação integral de um dos votos: “Sr. Presidente, desde 1976 julgo matéria do Banco Nacional da Habitação e nunca houve dúvida sobre o Plano de Equivalência Salarial. As prestações são corrigidas de acordo com a variação salarial de cada mutuário. O saldo devedor sofre atualização de modo uniforme para todos os mutuários, sem consideração ao PES. Acompanho a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, conhecendo do recurso especial e lhe negando provimento.”⁸⁹³

Definida assim a matéria no âmbito do STJ, a defesa da socialização do direito à moradia voltou-se para excluir os juros capitalizados decorrente da amortização em percentual insuficiente em face do reajustamento da prestação em percentual mínimo diante dos parcos índices de aumento salarial que a massa trabalhadora experimentou nas duas últimas décadas.

haveria de se cogitar um meio termo. Arrematando: em circunstâncias que tais, tão bem remunerado o capital mutuado, não há fundado receio de desequilíbrio atuarial do sistema.”.

⁸⁹² Precedente uniformizador da 2ª Seção do STJ: REsp 495019/DF, rel. p/ acórdão Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 06/06/2005. O julgado encontra-se assim ementado: “Sistema Financeiro de Habitação. Plano de Equivalência Salarial. Saldo Devedor. Atualização. I - O Plano de Equivalência Salarial não constitui índice de correção monetária, mas regra para cálculo das prestações a serem pagas pelo mutuário, tendo em conta o seu salário. II - A atualização do saldo devedor dos contratos, mesmo regidos pelo Plano de Equivalência Salarial, segue as regras de atualização próprias do Sistema Financeiro de Habitação. III – Recurso especial conhecido, mas desprovido.”.

⁸⁹³ Voto integral do Min. Fernando Gonçalves (Precedente uniformizador da 2ª Seção do STJ: REsp 495019/DF).

Aqui, a tacada ao núcleo econômico do liberalismo foi tão ínfima, já que apenas se determinou que o valor relativo à amortização negativa que era levado ao saldo devedor gerando a incidência de juros sobre juros fosse contabilizado em apartado e sujeito apenas à correção monetária. Essa compensação de carência, porque ínfima diante dos interesses em causa, não atingiu gravemente os interesses capitalistas e mereceu o acolitamento, inclusive do STJ.⁸⁹⁴

E o Supremo Tribunal Federal? O que diz disso tudo? Nada! Para a Suprema Corte, a questão não é constitucional!:

DIREITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO - SFH. CONTRATO DE MÚTUO. TR. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO SALDO DEVEDOR. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OFENSA INDIRETA OU REFLEXA. SÚMULA STF 454. 1. O debate acerca da utilização da TR como índice de atualização do saldo devedor nos contratos do sistema financeiro de habitação é de nível infraconstitucional (Lei 4.380/64). 2. A apreciação do apelo extremo demanda o reexame de cláusulas contratuais (Súmula STF 454). Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.⁸⁹⁵

O projeto estatal que se desenvolve na sociedade brasileira, que de regra carrega similitude com outros Estados da modernidade periférica, “revela um modelo de estado com qualitativo democrático – que o destingue tanto do Estado “Liberal” de Direito quanto do Estado “Social” de Direito, embora tenha nascido sob o influxo do neo-constitucionalismo, carregando a marca de um projeto de *transformação social*”, que muitas vezes se vê efetivamente desvinculado de uma finalidade transformadora da sociedade, sobretudo na perspectiva da inclusão social como projeto político-constitucional, o que não é sem conseqüências, posto que, assim sendo, ele se mantém vinculado às *dores e delícias de ser o que é...*, pontua Bolzan.⁸⁹⁶

⁸⁹⁴ Conferir, *inter plures*: TRF1: AC 0037246-77.2001.4.01.3800/MG, rel. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (Conv.), e-DJF1 de 26/02/2010; TR4: AC 0030159-85.1998.404.7100, rel. Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 24/03/2010; TRF4: AC 0032862-42.2005.404.7100, rel. Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 17/03/2010; STJ: REsp 1070297/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 18/09/2009.

⁸⁹⁵ AI 746435 AgR/DF, rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 05/02/2010.

⁸⁹⁶ BOLZAN DE MORAIS, 2008, p. 184 e 185, *passim*.

4.5 Nem Júpiter, nem Hércules, nem Hermes: construindo um modelo de juiz

Conciliar o binômio *democracia-jurisdição* requer a consideração de que a decisão judicial não é presciente, inata, portanto anterior ao próprio estudo do caso como que alheia à contextualidade, e isso apenas se torna possível quando consideramos o juiz como órgão da comunidade, que tem a missão de desvelar, na situação concreta, os valores e princípios eleitos por essa comunidade e que se apresentam, na produção democrática, institucionalizados nas constituições dirigentes e compromissárias. Moral e direito passam a ser co-originários. E o papel do Judiciário – aumentado, como vimos, a partir do constitucionalismo do pós-guerra, ante a exigência de atender as crescentes demandas – não está a exigir nem um juiz Júpiter, nem um juiz Hércules, nem um juiz Hermes⁸⁹⁷, mas, insistimos, o juiz órgão da comunidade, entendido como aquele que superou o modelo de regras próprio do positivismo e não decide mais com base exclusivamente em dedução, portanto, não será o juiz Júpiter⁸⁹⁸ considerado por Ost. Não será, igualmente, o juiz Hércules de Dworkin (sem que ele seja tomado como uma metáfora conforme Streck habilmente divisa) que, segundo Ost, revela um modelo “que nos trae sobre la tierra, toma la figura de revolución – gesto iconoclasta que hace del hombre, más concretamente del juez, la fuente del único Derecho válido –“. Hércules trabalharia um modelo de direito que se apresentaria como funil (pirâmide invertida) que se adaptaria especialmente, lembra aquele autor, ao *realismo americano* e à *sociological jurisprudence*, e por isso ele prossegue afirmando que “Es Dworkin, como es sabido, quien, revalorizando hasta el extremo la figura del juez moderno, le da los rasgos de Hércules (...) nombre (...) particularmente acertado para designar a esse juez semidiós que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos, reproduzindo fielmente la imagen del embudo.” E o jus-filósofo belga prossegue mostrando os efeitos que a concepção de juiz formulada por Dworkin representa:

⁸⁹⁷ A referência é ao artigo de François Ost, “Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez”. In: *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía*, n. 14, Alicante, 1993, pp. 169 – 194, disponível em www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf.

⁸⁹⁸ O juiz júpiter trabalha um direito jupiteriano, segundo Ost, “siempre proferido desde arriba, de algún Sinai, este Derecho adopta la forma de ley. Se expresa en el imperativo y preferencia a la naturaleza de lo prohibido. Intenta inscribirse em um depósito sagrado, tablas de la ley o códigos y constituciones modernas. De ese foco supremo de juridicidad emana el resto del Derecho em forma de decisiones particulares . Se debuja una pirámide, impresionante monumento que atrae irresistiblemente la mirada hacia arriba, hacia esse punto focal de donde irradia toda justicia. Evidentemente esse Derecho jupiterino está marcado por lo sagrado y la trascendencia.” (OST, François, 1993, p. 170).

A partir de aquí no hay más Derecho que el jurisprudencial; es la decisión y no la ley la que crea autoridad. Al código lo sustituye el dossier; la singularidad y lo concreto del caso se superponen a la generalidad y abstracción de la ley. Este cambio de perspectiva nos lleva desde las cimas de la trascendencia de la ley hacia la inmanencia de nuestros intereses en conflicto. La pirámide sugería lo sagrado y lo ideal; el embudo evoca la materia, lo profano, incluso lo alimenticio. Al predominio de una justicia inspirada por el mandato jupiterino, le sustituye la balanza de nuestros cálculos y compensaciones cotidianas.⁸⁹⁹

Para superar esses dois modelos, Ost cria o juiz Hermes. Ele é um mediador, um grande comunicador que se encontra sempre em movimento em todos os sentidos e não apenas no sentido dedutivista (do ápice para a base da pirâmide) ou, considerada a inversão da pirâmide, projetando o vetor a partir da supervalorização dos fatos de onde se irradiaria todo direito. Nas suas palavras, “Hermes está a la vez em el cielo, sobre la tierra y em los infiernos. Ocupa resueltamente, el vacío entre las cosas, asegura el tránsito de unas a otras. Dios e los mercaderes, preside los intercambios; psicopompo, conecta los vivos y los muertos; dios de los naveganes, supera travesías desconocidas (...) No conoce otra ley que la circulación de los discursos, com la que arbitra los juegos siempre recomenzados”⁹⁰⁰

A Hermes não conviria nem o topo da pirâmide, onde repousaria a majestade de Júpiter, nem o funil onde repousaria o pragmatismo de Hércules. A trajetória adotada por Hermes assume a forma de rede, onde ele atuaria

No tanto un pólo ni dos, ni incluso la superposición de los dos, sino una multitud de puntos em interrelación. Un campo jurídico que se analiza como una combinación infinita de poderes, tan pronto separados como confundidos, a menudo intercambiables; una multiplicación de los actores, una diversificación de los roles, una inversión de las replicas. Tal circulación de significados e informaciones no se deja ya contener en un código o en un dossier; se expresa bajo la forma de un banco de datos. El Derecho postmoderno, o Derecho de Hermes, es una estructura en red que se traduce en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables, tal como puede serlo un banco de datos.⁹⁰¹

A partir daí, Ost desenvolve sua teoria lúdica do direito⁹⁰² onde Hermes vai descrever estes jogos de linguagem infinitamente complexos e emaranhados.

⁸⁹⁹ OST, 1993, p. 170, passim.

⁹⁰⁰ Idem, p. 171.

⁹⁰¹ Idem, p. 172.

⁹⁰² “Antes de ser regla e institución, el Derecho es *logos*, discurso, significado en suspenso. Se articula *entre* las cosas: entre la regla (que no es nunca enteramente normativa) y el hecho (que no es nunca enteramente fáctico), entre el orden y el desorden, entre la letra y el espíritu, entre la fuerza y la justicia. Dialéctico, es el uno *por* el otro;

Streck está convencido da relevância da tese de Ost quando propõe Hermes como solução, mas deduz objeções em relação às críticas que o professor belga coloca ao modelo herculeano de Dworkin. Para ele, as objeções residiriam resumidamente nas seguintes circunstâncias: a) excessivo esforço de enquadrar o “modelo herculeano” no modelo de direito do Estado Social, colocando-o como uma antítese do juiz que caracterizaria o modelo de Estado Liberal (o modelo jupiteriano); b) Ost não leva em consideração que o juiz Hércules é uma metáfora e que representa exatamente o contrário do que sua tese pretende denunciar, isto é, Hércules denitivamente não é a encarnação do “juiz/sujeito-solipsista”, mas sim, é a antítese do juiz discricionário, este sim refém da filosofia da consciência; c) a tese peca porque tudo aquilo que Ost aponta como missões do Hércules “assistencialista”⁹⁰³, também pode ser feito sem que o juiz ou o tribunal pratique decisionismos ou arbitrariedades (ou assistencialismos), ou seja, Ost esquece que a coerência e a integridade – própria do modelo dworkiano – constituem-se em blindagem contra aquilo que ele acredita ser característica do modelo herculeano; d) Ost não comenta os efeitos colaterais e as conseqüências para o próprio constitucionalismo de um “não-intervencionismo” do judiciário (ou justiça constitucional) para atender os pleitos sob direitos fundamentais; e) Ost, ao dizer que “na gestão do juiz Hércules”, a generalidade e a abstração da lei dão lugar à singularidade e à concretude do juízo, passa a impressão de que, mesmo nesta quadra do tempo, ainda vivemos sob a égide do velho modelo de regras, como se não tivesse ocorrido a revolução copernicana do neoconstitucionalismo (ou, se houve alguma ruptura, essa fica, na opinião de Ost, reduzida ao modelo de direito do Estado Social)⁹⁰⁴.

paradójico, es el uno y el otro. Sólo una teoría lúdica del Derecho está en condiciones, en nuestra opinión, de dar cuenta de las vueltas y rodeos de tal racionalidad paradójica. (Idem, p. 187).

⁹⁰³ Ost questiona se a missão assistencialista de Hércules, em analogia aos trabalhos do mitológico semideus, não se destinaria a expiar a dureza do liberalismo econômico que se desenvolveu ao amparo do “juridicismo” formal e a miopia legalista da exegese do século XIX, insistindo em que ao juiz-assistencialista hodiernamente nada será perdoado. Hércules, presentemente, se desdobra, em seu trabalho, como um engenheiro social apto a “conciliar las economías familiares en crisis; dirigir las empresas en dificultades evitando, si es posible, la quiebra; juzgar si corresponde al interés del niño ser reconocido por su padre natural, si la madre se opone (art. 319.3 del Código civil belga); apreciar si la interrupción voluntaria del embarazo se justifica por el << estado de angustia >> de la mujer embarazada (art. 348 y ss del Código penal belga); intervenir << en caliente >> en los conflictos colectivos de trabajo y decidir (en procedimiento de extrema urgencia un catorce de agosto a medianoche) si la helga de los pilotos aéreos de la compañía nacional, prevista para el día siguiente a las seis, es o no lícita; juzgar si un aumento de capital decidido com el objeto de oponer a una oferta pública de compra de un holding, cuya cartera representa un tercio de la economía belga, es conforme a la ley; imponer moratorias a los trabajadores o a las empresas que amenazan el equilibrio ecológico; juzgar si llevar el velo islámico es compatible con la disciplina y el espíritu de la escuela...” (Idem, pp. 176 – 177).

⁹⁰⁴ STRECK, 2008, pp. 103 – 104.

As práticas judiciais erigidas no Estado Democrático de Direito revelam, como já tivemos oportunidade de testificar em relação ao Estado brasileiro, que os juízes ostentam ao lado de posturas dedutivistas, práticas nitidamente substancialistas quando tentam divisar os direitos fundamentais a partir dos valores e princípios eleitos. Por certo, se o juiz jupiteriano era um homem da lei, Hércules não pode ser divisado como um “engenheiro social” no sentido sustentado por Ost⁹⁰⁵, ou seja, um Hércules assistencialista, pois garantir às pessoas os direitos fundamentais a partir da consideração desses valores e princípios implica, antes, tornar eficaz uma constituição, no caso brasileiro, dirigente e compromissária.

Assim, a equação prosposta por Ost para direcionar a atuação do juiz Júpiter ao modelo de direito do Estado Liberal e a atuação do juiz Hércules para o direito do Estado Social, não se valida na experiência do Estado contemporâneo quando a atuação dos juízes, conforme já observamos, caminha sobre os dois trilhos, ou seja, de um lado, ainda se decide – e muito – sob o influxo da filosofia da consciência. Ainda convivemos com um juiz/sujeito-solipsista, discricionário e inteiramente capaz de (sob um viés exclusivamente objetificador, olvidando o caráter da intersubjetividade em que radica a compreensão em face do círculo hermenêutico e que impede que o sujeito se assenhorie dos sentidos e da própria interpretação) buscar no texto aquilo que o legislador quis dizer para, a partir daí, exprimir um conteúdo ôntico. De outro lado, convivemos com juízes que buscam decidir de forma responsável a partir dos critérios dworkinianos da coerência e integridade a fim de desvelar os direitos das pessoas num modelo de Estado que amarga as dificuldades de implementar seu projeto de emancipação em face da resistência do núcleo essencial do liberalismo: o capitalismo, que manietta, direciona e condiciona as políticas públicas até onde os interesses daquele núcleo possam ser adequadamente preservados.

Traspassa esse exame a consideração de que o dedutivismo próprio do modelo de regras, conquanto ainda incorporado à práxis, encontra-se superado desde quando a virada hermêutica alçada na diferença ontológica e no círculo hermenêutico projetou a compreensão como um existencial afastando a relação sujeito-objeto e impedindo antecipações de sentido, ou seja, afastando objetivismos e subjetivismos. É por isso – já registramos na linha do pensamento de Streck – que não há diferença, a não ser sob o viés metodológico-dedutivo, entre casos difíceis e casos fáceis, do mesmo modo que não há diferença entre questão de fato e questão de direito. E

⁹⁰⁵ Idem, p. 177.

é também por isso mesmo que a diferença (não distinção/cisão) entre regras e princípios não pode significar um maior grau de subjetividade na exata medida em que os dois padrões apontam para decisões particulares, não significando, portanto, que as regras “sejam uma espécie de renegação do passado – e de seus fracassos – e nem que os princípios produzam o ideal de “boa norma”. Ambos devem traduzir a institucionalização da moral no direito e portanto devem ser produzidas democraticamente, anota Streck⁹⁰⁶.

Como lembra Streck, alguém tem que decidir, até mesmo para não transformar a Constituição em uma “mera folha de papel”. A responsabilidade do Judiciário que daí decorre, não pode se confundir com assistencialismo na exata medida em que a *adjdication* é submetida à blindagem dos critérios da coerência e da integridade. O assistencialismo é guiado, como já vimos, pelo caminho do decisionismo solipsista. É que, não se pode ignorar, lembra o jus-filósofo gaúcho, os dois pilares sobre os quais está assentado o Estado Democrático de Direito: a proteção dos direitos sociais-fundamentais e o respeito à democracia⁹⁰⁷, suportes básico de qualquer decisão judicial que carregue consigo uma resposta hermeneuticamente correta.

O Estado Democrático de Direito seguramente é atingido quando uma decisão judicial expõe à guisa de fundamento que essa ou aquela questão sempre foi examinada dessa forma há mais de dez, vinte ou trinta anos, não enxergando seu prolator motivos para modificá-la, como o exemplo aqui já referido testifica⁹⁰⁸. Quais os motivos que levaram aquele julgador a julgar aquela matéria daquela forma há mais de trinta anos? Eles se sustentam presentemente? Ou por outra, os efeitos da consciência histórico-efetual a que a questão se encontra submetida ainda são os mesmos? O truísmo vazado na fundamentação da referida decisão apenas se sustenta se admitirmos que o juiz possa realmente se assenhorear de todos os sentidos e decidir a partir de uma posição que o torne a “boca da lei”. Sua palavra basta. Está dito. Sua enorme experiência, seu cabedal científico dispensa qualquer fundamentação, que se avultaria completamente necessária. Esse tipo de truísmo, já assentamos, ocorre freqüentemente em decisões do tipo: “presente os requisitos do art. 273 do CPC, concedo a antecipação da tutela” ou “presente os requisitos, suspendo (ou defiro a liminar) a liminar”.

Decisões dessa espécie carregam consigo o peso de um alto grau de abstração e ao mesmo tempo implicitação, servindo, portanto, para qualquer questão, avultando-se, desde aí,

⁹⁰⁶ Vide, aqui, referência à nota nº 572 e STRECK, 2009a, pp. 254 e 517.

⁹⁰⁷ STRECK, 2008, p. 106, passim.

⁹⁰⁸ Vide nota nº 893.

claramente dúbias quando enfrentadas sob uma perspectiva ontológica. O recurso retórico utilizado em decisões desse jaez permite que o juiz oculte inconsistências de sua argumentação, bem como dos próprios textos por ele utilizados – na maioria das vezes adrede não revelados – e servem de capa ou escudo para validar a opção tomada em sede de discricionariedade e, portanto, esconder afinidades de sentimentos, emoções, paixões, ódios, predileções, e tudo aquilo que se possa comportar na expressão que corre a largo nas decisões judiciais proferidas em todos os quadrantes deste País: *consciência do juiz*. Sem dúvida, essa expressão etimológica se presta para título de uma tese que se validaria, inquestionamente, de forma empírica, considerado o processo judicial decisório a partir das práticas judiciais brasileiras.

Com efeito, apenas para ficar no âmbito da jurisprudência mineira, atualizada a pesquisa em 07/04/2010, existiam 10.783 (dez mil, setecentos e oitenta e três) acórdãos no sítio do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG onde aparece a expressão “sentimento do juiz”. Essa compreensão também pode ser divisada na própria Suprema Corte, onde uma verbalização de um de seus ministros comprova tudo o que estamos afirmando: em entrevista concedida ao jornal “O Povo”, publicada em 19/05/2009, perguntado como avalia decisões do presidente do STF em relação a casos polêmicos e impopulares, como os dois *habeas corpus* que soltaram o banqueiro Daniel Dantas, o Ministro Ricardo Lewandowski respondeu: “Eu quero observar que elas tiveram o referendo do plenário do Supremo Tribunal Federal. E de outra parte, o juiz não tem que agradar o povo. O juiz não é um parlamentar, ele não foi eleito. Ele tem uma função, como se diz tecnicamente, contra-majoritária. Se o juiz fosse ouvir o povo ele teria que aplicar pena de morte em alguns casos, tortura e outras coisas que a Constituição e a própria civilização hoje abominam e vedam, proibem veementemente. Então *o juiz tem que decidir tecnicamente, de acordo com a sua consciência, e no recesso de seu gabinete, sem ouvir o povo.*” (destaquei).⁹⁰⁹

Definitivamente, no modelo de direito trabalhado por um juiz no Estado de Direito Democrático, as razões e os motivos precisam ser desvelados e verbalizados. A explicitação ocorre no momento da *applicatio*, portanto, na situação concreta. Contrariamente, só nos restaria confiar na plenipotência de cada juiz apostar na sua integridade pessoal.

⁹⁰⁹ Entrevista disponível em www.conjur.com.br/2009-mai-19/juiz-decidir-acordo-consciencia-lewandowski?imp..., consulta realizada em 20/05/2009.

Streck tem sustentado que o juiz Hércules de Dworkin é uma metáfora. Ele apóia-se em Stein, quando o filósofo gaúcho afirma que metáfora “é a operação com que transferimos significados não-sensíveis para imagens ou remetemos elementos sensíveis a esferas não-sensíveis.”⁹¹⁰, pelo que, registra que as “metáforas são criadas porque se acredita que um determinado fenômeno poderá ser melhor explicado a partir da explicação já consolidada de um outro fenômeno” e, a partir daí, pondera: “Portanto, se considerarmos que essa distinção fundamental entre sensível e não-sensível não existe, a colocação da metáfora representa uma atitude tipicamente metafísica, induzindo o agente a compreendê-la como ponto de partida universal”, contudo, prossegue Streck, “a metáfora é entendida, assim, como condição de possibilidade, a partir da diferença ontológica, de “ligar” significantes e significados. A metáfora significa a possibilidade de sinonímias “perfeitas.””⁹¹¹

Então, o recurso ao juiz Hércules serviria para evidenciar a relação de semelhança entre o sentido “figurado” e o sentido próprio. Dworkin, portanto, quando apresenta Hércules como um juiz plenipotente, subjetivista e solipsista com capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas porque onisciente e clarividente, estaria tomando Hércules em sentido “figurado” para revelar a relação de semelhança com o sentido que as práticas jurídicas revelam e, conseqüentemente, permitir a significação do sentido próprio. É através desse deslocamento que logramos tornar sensíveis contextos não-sensíveis de significação, lembra Stein⁹¹². A julgar por algumas verbalizações de juízes que coligimos a esta tese, a visão filosófica descortinada por Streck para compreensão do Hércules Dworkiniano se encontra adequada.

Apontar para a superação do positivismo sob os trilhos do caminho que insistimos nesta tese, passa pela consideração de que o juiz Hércules de Dworkin deve ser concebido como uma metáfora. Aliás, é sob o prisma dessa mesma ordem de raciocínio que Streck entende que a resposta certa também é uma metáfora. Para ele, “A metáfora da resposta correta será (...) a explicitação de que é possível atravessar o “estado de natureza hermenêutica” instalado no direito. A metáfora nos mostra que, ao nos situarmos no mundo, isso não implica um genesis a cada enunciação. Dito de outro modo, pela metáfora da resposta correta (...) estabeleceu-se a convicção (hermenêutica) de que há um desde-já-sempre (existencial) que conforma o meu

⁹¹⁰ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença. Filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí, RS: Editora UNIJUI, 2002, p. 69.

⁹¹¹ STRECK, 2008, pp. 107 – 108.

⁹¹² STEIN, 2001, p. 70.

compromisso minimamente objetivado(r), uma vez que, em todo processo compreensivo, o desafio é levar os fenômenos à representação ou à sua expressão na linguagem, chegando, assim, ao que chamamos objetivação”. E, habilmente, mostra que a construção da metáfora da resposta certa deita raízes em outra metáfora fundamental para compreensão do Estado e do próprio direito: a metáfora do “contrato social”⁹¹³. Nas palavras do mestre:

Hobbes criou a metáfora do contrato social para explicar a necessidade de superar a barbárie representada pela fragmentação do medievo. Mas, mais do que isso, fê-lo para demonstrar que o Estado é produto da razão humana. Para tanto, contrapôs a soberania “do um” para superar a soberania fragmentada/dilacerada “de todos”, isto é, contra a barbárie representada pelo Estado de Natureza, contrapôs a civilização. E isso somente seria possível através de um contrato. Não um contrato *stricto sensu*, mas um “contrato metafórico.”. Penso que, de algum modo, é necessário enfrentar o “estado de natureza hermenêutica” em que se transformou o sistema jurídico. A “liberdade” na interpretação dos textos jurídicos proporcionada pelo império das correntes (teses, teorias) ainda arraigadas/prisioneiras do esquema sujeito-objeto tem gerado esse “estado de natureza interpretativo”, representado por uma “guerra de todos os intérpretes contra todos os intérpretes”, como que reprimando a fragmentação detectada tão bem por Hobbes. Cada intérprete parte de um “grau zero” de sentido. Cada intérprete reina nos seus “domínios de sentido”, com seus próprios métodos, metáforas, metonímias, justificativas, etc. Os sentidos “lhe pertencem”, como se estes estivessem a sua disposição, em uma espécie de reedição da “relação de propriedade” (neo)feudal. Nessa “guerra” entre os intérpretes – afinal, cada um impera solipsisticamente nos seus “domínios de sentido” – reside a morte do próprio sistema jurídico.⁹¹⁴

Há resposta certa sim. E ela deve ser desvelada. Ela existe como possibilidade para revelar a relação de semelhança que permite a significação do sentido próprio, o que percebemos quando deslocamos o sentido para tornar sensível o contexto não-sensível de significação divisado na práxis que, de regra, sob o império do aprisionamento solipsístico dos sentidos divisa a possibilidade de múltiplas respostas. É por isso que a resposta certa se avulta como um antídoto contra a discricionariedade e, mais que uma possibilidade, é uma necessidade, sobremodo quando se trabalha (com integridade e coerência) no resgate de promessas da modernidade estabelecidas nas Cartas compromissárias⁹¹⁵.

Streck, todavia, adverte que a ruptura com o “estado de natureza hermenêutica” não se dará através de uma delegação em favor de uma instância última, isto é, um “abrir mão do

⁹¹³ STRECK, 2008, p. 108.

⁹¹⁴ Idem, pp. 108 – 109.

⁹¹⁵ Idem, 2008, p. 107 e 109, *passim*.

poder de atribuir sentidos em favor de uma espécie de Leviatã hermenêutico”, como parece ser o caso da institucionalização da simplista idéia das súmulas vinculantes...”, isso porque, prossegue ele, arrematando com bastante precisão:

se a resposta para a fragmentação do estado de natureza medieval foi a delegação de todos os direitos em favor do Leviatã representado pela soberania absoluta do Estado (o Estado Moderno absolutista superou, desse modo, a forma estatal medieval), na hermenêutica jurídica de cariz positivista, a resposta para o império dos subjetivismos, axiologismos, realismos ou o nome que se dê a tais posturas – que colocam no intérprete (juiz ou tribunal) o poder discricionário de atribuir sentidos – não pode ser, sob hipótese alguma, a instauração de uma supra-hermeneuticidade ou a delegação dessa função para uma super-norma que possa “prever todas as hipóteses de aplicação”, que *mutatis, mutandis*, é a pretensão última das súmulas vinculantes. Assim, contra o caos representado pelos decisionismos e arbitrariedade, o establishment propõe um “neo-absolutismo hermenêutico”. Sendo mais claro, as súmulas vinculantes – do modo como são compreendidas pela dogmática jurídica (senso comum teórico) – encarnam essa instância controladora de sentidos metafisicamente, isto é, através delas, acredita-se que é possível lidar com conceitos sem as coisas, sem as peculiaridades dos casos concretos (o inusitado nisso é que, paradoxalmente, o império das múltiplas respostas se instaurou, exatamente, a partir de uma analítica de textos em abstrato).⁹¹⁶

Ost não enfrenta, no texto analisado, de forma explícita e direta, o problema da resposta certa. Todavia, a atuação do juiz Hermes é conduzida para esse objetivo e a tese deixa expostos ponderados argumentos para o exame da atuação jurisdicional. Merece destaque, sem dúvida, quando a tese sobreleva a pluralidade e a diversidade dos atores que contribuem, cada um a sua maneira, no processo de aplicação do direito⁹¹⁷, aspecto, aliás, que temos insistido nesta tese quando, na linha do pensamento de Canotilho⁹¹⁸, projetamos no processo judicial decisório a atuação de outras valências oriundas de outros domínios científicos a título de boas práticas, o que tem ocorrido sem que o direito perca a centralidade normativa e em nome de uma projeção mais reflexiva de sua experiência, aliás, aspecto também anotado por Ost quando submete a atuação de Hermes em rede a uma complexidade caracterizada pela multiplicação dos níveis de poder onde “el Estado se hará <<reflexivo>>, como se dice en la teoria general del Derecho alemán: se contentará con instalar un marco procedimental para canalizar la autonomia de los subsistemas suficientemente diferenciados, y capaces de autorregularse.”⁹¹⁹ A multiplicidade de

⁹¹⁶ Idem, pp. 109 – 110, passim.

⁹¹⁷ OST, op. cit., p. 181.

⁹¹⁸ Vide nota nº 721.

⁹¹⁹ OST, op. cit., p. 186.

atores é apresentada por Ost como a segunda característica do jogo que aceita um número indefinido de jogadores cujos papéis e réplicas não estão inteiramente programados.

Mas a característica mais importante do jogo, segundo Ost, reside em sua natureza mista que combina em proporção variável uma parte de regra e uma parte de improvisação, a convenção e a invenção, a abertura e o fechamento, desse modo está convencido de que:

la practica del juego no se reduce ni al respeto de las reglas, ni a la indeterminación pura y simple. Más allá de las reglas no está el vacío, sino un <<espacio de juego>> que evalúa y explota el <<sentido del juego>> como intuición práctica del sentido producido por el juego mismo. El elemento central de este <<sentido>> o <<espíritu del juego>> es sin duda la adhesión a las <<metas del juego>> y a sus <<apuestas>> más fundamentales. Este modelo muestra una gran fecundidad para presentar las operaciones de interpretación y de validación a las cuales se dedican cotidianamente los juristas.⁹²⁰

E o mestre belga arremata afirmando que se Júpiter insiste no pólo “convenção” e Hércules no pólo “invenção”, Hermes, ao contrário, respeita o caráter hermenêutico ou reflexivo do juízo jurídico que não se reduz nem à improvisação nem à simples determinação de uma regra superior. Não é transcendência, nem imanência.⁹²¹

Hermes se apresenta, portanto, como um juiz-sistêmico. A hipercomplexidade do sistema por certo exigirá de Hermes uma gama de conhecimentos, de saberes, de técnicas, controles, guias, convenções e de uma capacidade inventiva apta o suficiente para, na ausência de regras para o jogo, divisar o sentido, o espírito do jogo e fazê-lo seguir nos moldes concebidos pelo jogo. Essas características, por certo, colocam o juiz Hermes muito próximo daquilo que ele próprio pretende refutar: a autosuficiência, a onipotência, a onisciência e o decisionismo de Hércules⁹²². Isso põe, sem dúvida, em xeque o modelo de Ost.

Como fazer com que Hermes possa, sem apelo à plenipotência que, como vimos, é a porta de entrada para o subjetivismo, o solipsismo e o discricionarismo – na verdade próprios do modelo jupiteriano – desenvolver uma atuação que possibilite um salutar equilíbrio entre *democracia e jurisdição*?

Nesta tese, estamos fazendo apelo à atuação de um juiz órgão da comunidade em substituição ao juiz órgão do Estado. O que isso quer significar além de um jogo de

⁹²⁰ Idem, p. 188 – 189.

⁹²¹ Idem, pp. 189 e 172.

⁹²² Streck divisa também esse aspecto (conferir STRECK, 2008, p. 105 – 106).

linguagem? Ou, de outro modo, até onde nessa proposta não se identifica um viés nitidamente populista?

O juiz comunitário, ao lado das atribuições afetas ao exercício da função estatal, agrega aquilo que Bolzan chama de *prática jurídica comprometida*⁹²³. Isso requer, em primeiro lugar, uma sensível reflexão sobre o caráter político da jurisdição que não se pode olvidar quando se considera a concretização do Estado Democrático de Direito, como, aliás, temos exposto nesta tese e, em seguida, divisar meios para esse poder político ser exercitado de forma democrática de tal sorte que não implique o retorno ao juiz solipsista que entende que deve decidir longe do povo e nos limites das quatro paredes de seu gabinete como lamentavelmente, ainda se pensa – e sem dúvida se age – inclusive no seio do Supremo Tribunal Federal⁹²⁴.

Consideremos, por um instante, o juiz Hermes de Ost afeto às intrincadas questões inerentes à hipercomplexidade da sociedade pós-moderna. Ele é um juiz pós-moderno. Sua concepção de direito é sistêmica. A atuação de Hermes, então, permite que se considere no emaranhado do jogo social, “articular la distinción y concebir las relaciones entre un polo simbólico, el del juego como representación, y un polo utilitarista, el del juego como estrategia. Estas lógicas, tan pronto distintas, incluso opuestas, como luego combinadas, caracterizan con certeza a los juegos sociales y encuentran, en el campo jurídico, innumerables ilustraciones.”. É nessa encruzilhada entre as representações simbólicas e a estratégia utilitarista que Hermes é chamado a decidir intrincadas questões que às vezes se projetam para além dos limites do jogo. Ele se vê obrigado a trabalhar com elementos da política ou da economia, por exemplo, e as fronteiras dessa atuação, registra Ost, não deixam de ser móveis e paradoxicas. Por isso ele registra: “Un juego, como el Derecho, es siempre, al mismo tiempo, algo más que él mismo, a pesar de los esfuerzos desarrollados por uniformizar su funcionamiento y homogeneizar sus datos. En él todavía subsiste, a veces en el estado de simples potencialidades, el <<no-juego>>, el <<otro juego>> o el <<doble juego>>”⁹²⁵. Qual a legitimidade de Hermes para afastar, por exemplo, uma política simbólica? Ou determinar a conformação de uma política pública mal implementada? Ou, ainda, afastar uma regra voltada para estabelecer um duplo jogo, ou seja, um jogo que esconda a realização de interesses outros que não aqueles que ostenta?

⁹²³ Vide nota n° 297.

⁹²⁴ Vide notas n°s 893 e 909.

⁹²⁵ OST, op. cit., p. 189., passim.

Segundo Ost, a legitimidade de Hermes decorre do procedimento⁹²⁶: “Sea cual fuere el contenido material de las soluciones que impone, el Derecho es ante todo un procedimiento de discusión pública razonable, un modo de solución de conflictos equitativo y contradictorio.” Para ele, o procedimento jurídico, assim como o parlamentar, traça o espaço próprio da controvérsia, assegurando que seja posto em cena a formulação da contestação, da dissidência ou da defesa. Aí residiria a virtude da intervenção do juiz no conflito. E a legitimidade da decisão decorreria mais da interposição que ele opera no seio de uma relação de forças mediatizando as tensões, do que do mérito intrínseco da decisão⁹²⁷.

Contudo, o autor belga está consciente de que a legitimidade, em toda sua extensão, não pode decorrer dessa legitimação procedimental a ponto de acobertar qualquer conteúdo. E por isso escreve que “No es entonces exacto sostener que el Derecho y la democracia conducen a una regla de juego puramente formal, compatible con no importa qué contenido material. Essa regla del juego implica, al contrario, el respecto al jugador y le garantiza, si no un *handicap* que le iguala con todos participantes más experimentados o más poderosos, al menos el derecho a hacer valer su punto de vista”⁹²⁸.

Sem dúvida alguma, o modelo do juiz Hermes introduz avanço quando coloca em cena a relevância da participação de uma multiplicidade de atores no processo judicial-decisório. Certamente isso afasta Hermes de Júpiter e igualmente de Hércules (concepção de Ost) e também permite divisar um solo mais fecundo para a legitimação da jurisdição. No entanto, nesta tese já tivemos oportunidade de afastar propostas assépticas que se voltam para divisar o processo judicial-decisório exclusivamente sob um viés procedimentalista⁹²⁹. Naquela oportunidade, fizemos ver que o problema não se resolve submetendo todos os concernidos aos efeitos de uma decisão criada a partir de um discurso racional, cuja validade repousa na circunstância de que todos dela participaram.

Assim, para o jogo que se desenvolve no cenário dos Estados da modernidade periférica, não se avulta suficiente o estabelecimento de regras que assegurem respeito ao jogador e garantam vantagens que o coloque na mesma posição que os jogadores mais experimentados ou mais poderosos. Tais regras podem se revelar simbólicas ou evidenciar um duplo jogo, no qual,

⁹²⁶ Coerente com sua visão sistêmica do direito, Ost projeta a legitimidade a partir de Luhmann. Na obra desse autor, conferir sobre esse aspecto: *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília-UNB, 1980.

⁹²⁷ OST, op. cit., p. 190.

⁹²⁸ Idem, p. 192.

⁹²⁹ Conferir subitem 2.4 (*Racionalidade Discursiva ou Comunicativa*)

adredemente, já se estabeleceu o alcance que elas poderão ensejar e que não vai muito longe senão até onde o núcleo do liberalismo assim permitir. E a partir daí, o *déficit* social continuará profundamente desestabilizador. Nesse cenário, as promessas constitucionais precisam ser cumpridas! A mensagem de Hermes não pode ser, como sustenta Ost, aquela tão velha como o próprio direito e que propugna pela “restauración de la vieja regla de prudência de la que cierto Derecho extrae su nombre: *prudentia, jurisprudentia*, jurisprudência. <<Em la duda, absténte>> dice Hermes, el jurista. y recordemos que el procedimiento es precisamente la institucionalización de la prudencia, la instauración de una tregua, el tiempo de la reflexión. El procedimiento abandona su sorte a la duda”⁹³⁰

Por certo, esse posicionamento da questão talvez possa ser encarado quando a preocupação é voltada para assuntos de interesse universal, quando focada na intersubjetividade de normas válidas acerca de responsabilidade universal diante dos novos riscos desde os públicos, como o desastre de Chernobyl, ao mais íntimo como o vírus mortífero da AIDS, como anota o próprio Ost⁹³¹, e a atuação de Hermes tenha que ser conduzida para elevar a democracia e o direito pós-moderno a esse patamar de macro-esfera, mas a experiência jurídica ainda convive com necessidades mais domésticas (nacional, regionais ou locais), sobretudo naqueles Estados em que a socialidade encontra-se defasada pelo não cumprimento das promessas de modernidade.

Nessas realidades, Hermes será chamado a decidir se constitui um direito de pessoas maiores de sessenta anos a obtenção de determinado medicamento ou de realização de certo procedimento médico que a política pública da área define como seja adequada apenas para maiores de setenta anos. Certamente um Hermes atuando na Bélgica poderia rapidamente apresentar a seguinte resposta: a expectativa de vida em decorrência do nível de bem estar-social revela que apenas pessoas maiores de setenta anos necessitam da dispensação ou do procedimento. Essa é a realidade de um Hermes belga. A realidade do Estado e do direito periféricos é outra. Pensemos no Brasil. A heterogeneidade regional impõe níveis de bem estar-social diferenciados, não há homogeneidade social relativa nem mesmo nos oásis desenvolvidos onde os condomínios de luxo, verticais e agora também horizontais, convivem com a vizinhança dos conglomerados de comunidades desfavorecidas. As respostas terão que ser outras. E o caso concreto desvelará se o direito deve ou não ser reconhecido porque a consideração daquelas

⁹³⁰ OST, *op. cit.*, pp. 193 – 194.

⁹³¹ *Idem*, p. 193.

circunstâncias pode revelar a necessidade de antecipação do remédio ou do procedimento. Uma coisa é a condição físico-mental-social de uma pessoa com sessenta anos no interior do nordeste ou no Amazonas. Outra coisa é essa mesma condição de um habitante de área onde grassa um maior grau de inclusão. Os fatores que levam a isso são múltiplos, mas não interessa neste espaço, conquanto as causas mereçam ser examinadas.

O direito sistêmico pós-moderno, assim como o seu juiz Hermes, mostram-se, no texto de Ost, direcionados para conteúdos voltados para o implemento da democracia no espaço global hipercomplexo e contingente, onde podem ser submetidos a um procedimento padrão, registrado pelo próprio Ost quando faz ver que existem 20.000 diretivas e regramentos em vigor no direito comunitário da União Européia, suscitando com um entusiasmo sem precedentes o mito do “legislador supremo”⁹³².

Esse direito pós-moderno e sistêmico, tal qual a tese da (única) resposta certa de Dworkin, erige-se sob a mesma base teórico-ideal, pré-jurídica e meta-jurídica da igualdade democrática: a homogeneidade social relativa. Hermes e seu criador não sabem que no Brasil, por exemplo, um estudante de uma pequena localidade no interior do nordeste ganhou do Presidente da República um computador como prêmio pelo seu esforço e sucesso nos estudos fundamentais, mas não pode se conectar à rede mundial porque na localidade em que reside só existe um único telefone, que é público e não é atendida por sinal de telefonia móvel... É por isso que temos insistido na compreensão a partir de um contexto referencial de significação – que o direito como ciência cultural enseja – que ocorre a partir da mundanidade e aponta para uma verdade contextual desvelada no processo de descoberta.

Ost, de sua parte, está ciente de que nas intrincadas e difíceis questões que o direito pós-moderno submete a Hermes, em que ele é aconselhado a fazer uma pausa em nome da prudência, mais cedo ou mais tarde, um dia ou outro, será constrangido a decidir quando, então, pondera Ost que o predomínio da técnica (inerente à rede de informações) não assegura nenhum privilégio sobre o plano da verdade⁹³³. Que assim seja! Mas, presentemente, a atuação hipertrófica do código *ter/não ter* da economia, bem como a conformação de uma experiência simbólica do código *poder/não-poder* da política não direcionam a comunicação intersistêmica nesse sentido.

⁹³² Idem, p. 185.

⁹³³ Idem, p. 194.

Aqui, onde não se tem acesso à rede mundial, falta comida, falta remédio, falta moradia, o discurso de Hermes para garantir inclusão, fazendo cumprir as promessas constitucionais, não pode se guiar pelo caminho da prudência a ponto de na dúvida exigir dele uma abstenção à espera de uma adequada conformação intersistêmica. Ele é obrigado a dar uma resposta. E não qualquer uma resposta, senão uma resposta certa, que se apresenta inteiramente necessária sob os trilhos do caminho que acabamos de percorrer. E a legitimação para tanto não pode repousar na recursividade circular da rede, que identifica o direito quando a comunicação intersistêmica continua guiada pelo código hipertrófico.

Pensemos, agora, uma vez mais, na perspectiva ampliada de legitimação sugerida por Bolzan, que inclui não apenas a ação do agente público encarregado das atribuições afetas à função pública estatal, mas incorpora algo que se pode denominar como uma *prática jurídica comprometida* que congregue todos os operadores jurídicos... Talvez já seja hora de substituir o poderoso Hermes, quem sabe, à guisa de continuar a tradição mitológica, por Jasão. Ao contrário de Hércules e de Hermes, que ostentavam várias funções e se depararam com vários trabalhos, o que lhes renderam vários epítetos, Jasão tem uma missão certa, determinada e necessária: a busca do velo de ouro, condição imposta para poder chegar ao trono usurpado de seu pai. O nosso juiz Jasão sabe que é possível e necessária a busca pela resposta certa. Faz disso sua missão.

Mas, ainda, ao contrário de Hércules e de Hermes, Jasão sabe que não poderá conseguir o velo de ouro sozinho. A empreitada é difícil e não possui atributos pessoais daqueles. Essa limitação o colocou diante da necessidade de agregar aqueles que, em razão de suas qualificações e funções específicas que desempenhavam, pudessem colaborar na missão. E o objetivo apenas foi alcançado com a ajuda dos cinquenta argonautas, sem antes terem de empreender uma jornada repleta de dificuldades, onde os argonautas tiveram que exercitar suas habilidades mediadas por Jasão que mereceu o epíteto de “curador”.

O juiz Jasão, não é um deus nem um herói, como participante da comunidade, ele é encarregado de uma missão e, para alcançá-la, deverá congrega os esforços de vários atores, sobretudo quando estão em causa práticas, controles e mecanismos de *governances* que exigem conhecimentos técnicos específicos para além dos meios tradicionalmente cultivados para as práticas jurídicas. Ele é mediador de interesses e por isso constrói a decisão dialogicamente. E a decisão enseja o acontecer da verdade – sua grande missão –, no momento da *applicatio*,

porém, não uma verdade unívoca ou eidética, mas uma verdade contextual, inteiramente ajustada aos princípios e valores culturais da comunidade.

Já é hora, portanto, de se construir um novo modelo de juiz. Esse caminho, acreditamos, é um bom começo...

*A noite ainda me envolve mas se em alguma parte existir
aurora e se eu souber o caminho, irei para lá...*

Albertine Sarrazin

5. Conclusão

As proposições que resultam da pesquisa e da articulação de seus resultados expostos nesta tese compartilham com os novos caminhos teóricos que têm sido vislumbrados para a experiência jurídica nas últimas décadas. Trazem consigo a consciência da crise paradigmática experimentada pelo direito e conclamam por uma abertura a partir do rompimento dos antigos paradigmas que se mostram insuficientes para revelar a completude das práticas jurídicas instrumentais, como igualmente teóricas, alçadas em limitações nos níveis de abordagem científica e, por isso, voltam-se para contemplar as novas formas apresentadas seja pela sociologia, seja pela filosofia, seja, enfim, pela teoria do direito e do Estado recortadas pela delimitação teórica da tese ao escopo de imprimir sua justificação.

Constatou-se, a partir daí, que a crise no binômio governo-jurisdição (*gubernaculum e iurisdictio*) é antiga. Remonta ao aparecimento dos direitos individuais, na concepção originária de liberdades, notadamente deambulatória e de crença onde a pugna entre o exercício da autoridade e a vivência dos direitos restou plantada. Desde ali, sob os mais variados matizes da experiência européia continental e insular, bem como norte-americana, os limites à atuação do chefe do Executivo frente às prerrogativas do parlamento e, posteriormente, do exercício desses dois poderes frente aos órgãos judicantes já revelava a crise que marcaria, desde então, o relacionamento entre os poderes e se tornaria aguda quando à jurisdição foram veiculadas demandas a fim de suprir a ausência ou insuficiência de atuação dos órgãos legiferantes e executivos e satisfazer os objetivos do Estado Democrático de Direito, projetando, a partir daí, o dilema que carrega consigo o binômio *Democracia – Jurisdição*, que exige uma adequada conformação, cuja análise propugna por equacionamento à seguinte indagação: Como conciliar *Democracia e Jurisdição*? Sim, porque não esta tese, mas a história do direito e do Estado, como a abordagem inicialmente realizada aqui restou por evidenciar, afastam qualquer

acertiva sobre saber se o binômio seria inconciliável. A tese apostou nessa conciliação à guisa de validar a juridicidade da conformação da política.

A *judicialização da política*, assim erigida, é validada na exata medida em que a atuação do Poder Judiciário, em defesa da efetivação dos direitos, se avulta como um caminho possível para a materialização das promessas de modernidade vazadas nos textos constitucionais sob a forma de diretrizes e programas. Esse viés de atuação em defesa de inclusão social desenvolve-se ao lado de espaços de organização social arregimentados sob o influxo da subsidiariedade participativa, onde a atuação de outros atores sociais imprimem acentuada relevância no processo de inclusão, pulverizando a unidade na produção e aplicação normativas do Estado, o que não se avulta, todavia, a ponto de expungir a atuação do Judiciário que se valida como mais uma via para inclusão; nem solapa a importância do Estado, que mesmo diante da perda do monopólio da criação e aplicação do direito, ainda se apresenta como centralizador – portanto não mais monopolizador – da regulação material.

Essa atuação da jurisdição se mostra com maior relevância nos Estados periféricos, notadamente em textos constitucionais, como o brasileiro, onde a preocupação se volta para o cumprimento da constituição ainda dirigente que se avulta como projeto normativo para suporte do desenvolvimento do direito naqueles Estados. Por certo, a nova missão dirigente do texto constitucional, que reclama a ordenação material voltada para garantir um nível desejável de prestações sociais essenciais – objetivo do Estado Social marcadamente situado em ambiente de escassez e de riscos – exige um diálogo democrático, tanto no plano interno como externo, com a economia e a política e, nesse espaço, as pautas de inclusão se vêm constantemente sufocadas e pulsam diante do capitalismo como núcleo econômico do liberalismo. Aqui, o discurso da economia, guiado pelo seu código hipertrófico e unitarizante (*ter/não-ter*) é erigido como antídoto para dosar a sociabilidade estatal acarretando deficiências e frustrações das políticas públicas de inclusão.

Nesse cenário, verificou-se não estar mais em causa o dirigismo estatal na formulação originalmente concebida a partir da metade do século passado, que levado a extremos, imprimia uma dominação do mundo da vida pelo direito a ponto de sufocar a política na definição de conteúdos e opções de ação. Trata-se, isso sim, de um arranjo que permita uma conformação a fim de que a equação entre os custos e benefícios não roube a cena em detrimento da efetivação dos direitos sociais.

A mediatização no arranjo para definição dos conteúdos materiais, passa a ser desempenhada pelo código hipertrófico da economia (*ter/não-ter*) que se vê, na prática, efetivamente elevado à condição de código unitarizante em detrimento da autonomia e funcionalidade do direito. Isso dificulta a sedimentação de um ambiente democrático, tanto no plano interno, como no plano internacional. Sem dúvida, o caminho necessário para o vicejamento de uma nova ordem global, de viés nitidamente heterárquico, exige a democratização simultânea no plano interno e internacional, ou dito de outra maneira, a exigência de uma ordem internacional democrática não prescinde da democratização dos Estados e vice-versa.

O dirigismo constitucional, nesse cenário, vê-se compelido a compartilhar de outras valências normativas que não as tradicionalmente experimentadas sob o influxo da auto-suficiência metodológica do positivismo. Com efeito, instrumentos financeiros, organizatórios, *guide-lines* de boas práticas, *standards* de controle (*governance* e *accountability*) entre outros meios avultam-se relevantes, e sem por de lado a metodologia de alguns tradicionais instrumentos concretizadores dos direitos sociais (teóricos, como os aportes das teorias da efetividade das normas constitucionais, ou mesmo práticos, como os meios amparados pelo princípio da subsidiariedade), apresentam-se como elementos coadjuvantes e hábeis no processo de jurisdicionalização dos conflitos que envolvam prestações sociais essenciais marcadamente nas áreas de saúde, educação e habitação.

Os limites e possibilidades dessa juridicidade repousam numa nova consideração da tradicional repartição das funções estatais que afaste o dogmatismo da concepção montesquiana e trilhe sobre os caminhos da cooperação sob o signo da responsabilidade governamental, não alheia ao Poder Judiciário.

A legitimação da atuação do Judiciário, por esse caminho, não pode ser divisada apenas sob o prisma de que os órgãos dos poderes Legislativo e Executivo derivam diretamente da vontade popular. Há muito mais em causa quando se enfrenta a materialidade da legitimação e se constata que tanto os políticos quanto os juízes se encontram afetos a juízos oportunistas de valores. O que estamos querendo dizer é que tanto uma lei, um ato de governo, ou ainda um ato administrativo, quanto uma decisão judicial podem servir para mascarar os interesses, fins e objetivos sufragados na constituição e se avultarem, por isso, absolutamente simbólicos. É simbólico, por exemplo, um quadro normativo que institua um programa de

desenvolvimento altamente ambicioso, de apelo extremamente populista que adredemente se sabe não será efetuado, como é simbólica a instituição de valor para o salário mínimo que consabidamente não atende às necessidades básicas do trabalhador, da mesma sorte que é simbólica uma decisão judicial que reconhece a compatibilidade da despedida arbitrária com a Constituição do Brasil invalidando um tratado celebrado com esse conteúdo. Essas decisões e tantas outras para satisfação de interesses restritos de certas pessoas ou de grupos, avultam-se totalmente contramajoritárias. Portanto, persiste a questão, como legitimar o Judiciário a conformar a política?

Se as escolhas do legislador erigidas, portanto, sob o pálio do voto popular, devem prevalecer, esses e tantos outros exemplos comprovam o quanto as decisões podem ser contramajoritárias. E é exatamente essa circunstância que impele a atuação judicial para harmonizar as decisões do Legislativo e do Executivo para proteger valores e direitos fundamentais, ou seja, proteger e fazer cumprir os princípios comunitários, interditando escolhas com eles incompatíveis.

As raízes da controvérsia não podem se assentar, então, na ausência do beneplácito do voto popular que macularia a atuação do Judiciário. Nas democracias modernas, é realmente do jogo democrático a atribuição de função técnico-imparcial a agentes que não passaram pelo recrutamento eleitoral (normalmente são função de controle como as atribuídas ao Ministério Público ou aos Tribunais de Contas) e a acomodação, o ajuste e a adequação dos procedimentos dos órgãos de poder levados a termo por tais instituições não resvalam para o campo da ilegitimidade quando se destinam ao cumprimento da Constituição. De igual sorte, a conciliação, a harmonização ou, usando o étimo que utilizamos nesta tese, a conformação das políticas públicas para seu implemento e ao mesmo escopo se legitima na exata medida em que se exige do Poder Judicial atuação técnico-imparcial, porém, ainda mais que isso, porque inerente ao jogo democrático: soberana, ou seja, em nome da vontade popular, pois assim se encontra deslocado o exercício da soberania no Estado Democrático de Direito. E o Judiciário faz isso, estamos insistindo, quando faz cumprir os valores e princípios comunitários, decorrendo, desde aí, a função garantidora, que realça a importância da jurisdição e deve ser entendida no sentido de que os direitos devem ser assegurados contra as agressões da maioria e do governo.

A pergunta pela projeção prática dessa legitimação da *judicialização da política* revela que ela se atrela, em um primeiro momento, ao procedimento onde serão divisadas e

questionadas as condições, possibilidades e limites da decisão judicial. Portanto, a questão remonta em saber como devem os juízes atuar para fazer com que a decisão judicial, num patamar garantidor, permita o acontecer da verdade e não resvale para a eleição de valores tidos como oportunos pelo julgador, ensejando o aparecimento de uma jurisprudência de valores sob o veio de um ativismo judicial defeso, que remonte à filosofia da consciência tornando-o um sujeito solipsista, plenipotenciário e discricionário.

Colocando a questão noutras palavras, a legitimação diz com as condições e possibilidades de uma resposta correta para o direito, que não podem ficar adstritas apenas ao estabelecimento de regras e diretrizes para a validação do discurso. A correção do discurso, com efeito, projeta-se para um segundo momento posterior ao momento decisivo da compreensão da situação hermenêutica. É essa compreensão que ensejará o acontecer da verdade propiciando a decisão corretamente justificada, que não é única, mas a hermeneuticamente adequada a uma contextualidade.

A partir daí, a legitimação se projeta materialmente para a própria atuação da jurisdição e se imbrica com o problema da verdade de tal maneira que será tão mais legítima a decisão judicial quanto mais permita o acontecer da verdade e se apresente corretamente justificada. Ou dito de uma maneira mais contundente, a decisão judicial, como exigência do Estado Democrático de Direito, tem em mira e deve ensejar o acontecer da verdade, vale dizer: desvelar, na situação hermenêutica específica, a resposta certa que existe como condição de possibilidade.

Quando inspirada por esse norte e dirigida a esse caminho ao escopo de garantir prestações sociais existenciais, a jurisdição se legitima na exata medida em que o juiz se apresenta muito menos como órgão do Estado encarregado de suprir as lacunas deixadas pelo legislador ao fito declarado de assegurar a propalada auto-suficiência metodológica de um direito completamente hermético – como o concebia o positivismo clássico quando outrora afirmava que não havia lacunas no direito, porque existia juiz como órgão de fechamento do sistema – para ser mais concebido como órgão da comunidade, na medida em que desvelando o sentido do texto apto a ensejar o acontecer da verdade especificamente contextualizada, mediatiza (e aqui a mediação judicial assume relevância e se avulta como um novo *guide line* de boas práticas) os interesses, tendo sempre presente que as prestações que a economia e a política podem oferecer

ao direito devem ser consideradas sob o pálio de um desejável arranjo no binômio *inclusão x exclusão*, que satisfaça o mais possível os ideais destacados do Estado Democrático de Direito.

É preciso perceber que a abertura do direito para esse novo paradigma de experiência contextual – inclusive no plano internacional – não implica em menoscabo para sua autonomia. É, antes, uma exigência do processo de mundialização. Hoje, com efeito, fala-se, por exemplo, em *boas práticas* até na elaboração de alimentos...

O direito não pode ser indiferente à experiência cultural da comunidade e, projetado no âmbito da mundialização, da experiência, podemos dizer, intercultural ou intertextual sob a harmonização de elementos de uma e outra cultura. Assim, apenas para se considerar um dos aspectos multifacetários da cultura em sociedade, se a economia – tem-se dito aqui e alhures – mostra uma análise e discurso que se proclama indiferente ao direito, o mesmo não se pode dizer da experiência jurídica que exige uma saudável fatorização de interesses os mais variados e deixa de lado qualquer pretensão de independência e autonomia operacionalmente unitarizante para se projetar no campo interacional.

A resposta certa que se pretende para o direito, a par de exigir do intérprete uma pré-compreensão de sua condição de ser lançado no mundo, no tempo e no espaço, exige uma total atenção à faticidade, à cotidianidade. É por isso que ela se projeta do *texto* para o *contexto*. Ela não é certa porque é. Ela se desvela certa porque as condições contextuais a validam como um sentido apto a partir do texto. Significa dizer que não comporta sentido unívoco, nem pode ser resultado de uma compreensão que remonte a uma redução eidética guiada por um apelo objetificante ao fenomenologicamente dado, que abriria espaço para um retorno às coisas mesmas a fim de captar suas essências eliminando elementos empíricos e contextuais do dado. Abrir espaço para a compreensão da vida e da faticidade histórica coloca a ciência jurídica sob os trilhos de uma fenomenologia que vincula visceralmente o caráter filosófico e cultural que estão presentes em sua experiência, não podendo, portanto, nem um, nem outro, serem olvidados.

Por esse caminho, a compreensão do direito vincula-se a uma existência concreta, temporal, espacial e, portanto, contextual. E a experiência do direito é cultural porque quem quer que compreenda, tem que se posicionar conforme uma significação que é cultural e pode ser entendida como “mundo histórico-social”, a partir de onde se alavanca a compreensão, ou seja, a partir de dados dotados de significação, de sentido, sem dúvida porque referidos a valores. Esse mundo histórico-cultural constitui a “totalidade referencial de significância”, ou

seja, a própria mundanidade. Nele a significação é erigida a partir da abertura, do descobrimento que blindado essencialmente pela faticidade, afasta pressuposições, ou seja, retira a proposição do arbítrio do sujeito, evidenciando que a verdade não é uma conformação entre o conhecimento e o objeto. A proposição verdadeira expõe, indica, deixa ver o ser, tornando-o descoberto a partir e sob a consideração de sua mundanidade.

A verdade, portanto, ampara-se nessa totalidade de significância, ou seja, na mundanidade, a partir do descobrimento que é essencialmente factual. É por isso que insistimos, a partir de Heidegger, que fora da faticidade não há desvelamento e, ao invés da abertura, ocorre um fechamento que impede dizer se a proposição é verdadeira ou falsa. A descoberta, por esse caminho, é necessária para permitir o acesso originário à verdade onde radica, igualmente, a não-verdade. É, em suma, a compreensão alavancada a partir de um contexto referencial de significância que coloca o direito sob o trilho de uma experiência cultural e permite a consideração da verdade contextual.

É nessa consideração que o *texto* se vincula ao *contexto* exigindo que o jurista ponha em relevo as “cristalizações culturais subjacentes”, isto é, o repositório de configurações culturais, experiências, viveres, saberes, enfim, as raízes, o *ethos* coletivo que revela um complexo plural a partir da atuação de múltiplos atores como sindicatos, partidos políticos, associações religiosas, científicas, culturais, etc, que atuam de modo a vincular os conteúdos materiais os mais variados (*contexto cultural*) aos elementos *texto-estrutais* sobretudo da constituição, que passa a ser compreendida sob o enfoque de uma abertura textual.

A “constituição aberta” assume, a partir daí, a posição de *topos* de significação do sistema. É nela, com efeito, que os mais variados atores jurídicos vão validar o sentido das proposições jurídicas para descortinar a resposta certa para as situações concretas com as quais se deparam. É a partir dela que se pode divisar que valores e princípios foram eleitos pela comunidade e afastar, com isso, posições contramajoritárias, quer do legislativo – inclusive o constituinte derivado –, quer do Executivo, no implemento das políticas públicas nela (na constituição) definidas; quer do próprio Judiciário, quando chamado para exercer a função de garantidor dos direitos.

Não se está, aqui, defendendo o retorno da velha fórmula metafísica que, aplicada ao nosso exame, mandaria o jurista recorrer ao “espírito da constituição”, como, aliás, ainda é prática nas faculdades de direito e na jurisprudência brasileira. O que sustentamos tem a

ver mais com a abertura da constituição de modo a ensejar a compreensão dos princípios e valores comunitários e impedir que, por ocasião da *applicatio*, não restem prefiguradas quaisquer possibilidades de inclusão, sem que, contudo, isso implique numa incursão na “esfera do não decidível”.

Isso revela uma íntima imbricação do contexto cultural com as estruturas políticas, sociais e econômicas, com o objetivo de imprimir conformação à defesa da dignidade da pessoa humana como “premissa cultural antropológica”, vale dizer, interpretada como os valores fundamentais que constituem toda a principiologia da dignidade da pessoa, constituidora dos limites contra o autoritarismo e, dessa forma, garantidora da continuidade democrática. É por isso que o modelo de juiz que sustentamos é um juiz comunitário, um juiz mediador de interesses.

A proposição que dessa análise decorre válida a *verdade contextual* como o destino do processo judicial decisório. Ela não resulta nem de discricionarie, nem de arbitrariedade judiciais, mas considera que não há significados previamente assegurados de onde apenas na especificidade e singularidade do caso concreto é que a significação pode se desvelar a partir de conexões de sentido.

É aqui que os princípios assumem a relevância na experiência jurídica, porque não possuindo conteúdo semântico, sua significação apenas se assegura, garantindo sua existência, numa situação hermenêutica específica e contextualizada quando propiciam a conexão, o liame apto a vincular conteúdos materiais, os mais variados, que matizam o contexto cultural de uma comunidade com os elementos textuais da produção democrática majoritária de uma constituição. E isso é possível na exata medida em que os princípios introduzem o mundo prático, com ele a moral e os direitos humanos fundamentais, no direito, de tal sorte que a abertura, paradoxalmente, implica fechamento de sentidos, no momento da *applicatio*.

A função da constituição, assim descortinada, atrai para ela a problematização de todas as questões decorrentes da principiologia comunitária, ou seja, é nela onde o jurista encontrará o sentido correto que – para além da moral convencional ou popular, para além das crenças e convicções de boa parte dos cidadãos, às vezes até mesmo um sentido contramajoritário em relação a atos de governo (executivos ou legislativos) ou atos administrativos –, alcança os direitos e valores que a dignidade da pessoa humana, como premissa cultural antropológica alberga, que não podem ser relegados à espera de atuação legislativa quando, na verdade, estão a

exigir a atuação do Poder Judiciário como garantidor. É preciso ter cuidado, pois a invocação de sentido contramajoritário esconde, muitas vezes, auto-decepções, decepções de parte da coletividade, quando não o preconceito de se reconhecer que a vida humana, em maior ou menor escala, consiste disso mesmo, ou, ainda, a canalização de interesses políticos ou econômicos alheios à inclusão. De qualquer sorte, a decisão não pode é atingir a esfera do não decidível ou do chamado “*coto vedado*” onde radica a dignidade da pessoa humana como “premissa cultural antropológica”.

A busca por uma resposta correta, tanto para o direito como para a democracia, requer a consideração das condições culturais, consideradas a partir da herança cultural da comunidade, que serve de blindagem ao acontecer da verdade.

E a resposta certa desvela, portanto, a *verdade contextual*. É por isso que insistimos: não podemos afirmar, valendo-nos do exemplo de Dworkin, que Shakespeare seja um melhor dramaturgo que Samuel Beckett porque é, ou contextualizando com o exemplo de que temos nos valido desde o projeto de tese: Chico Buarque não é um melhor cantor que Zeca Pagodinho porque é! A resposta certa há de ser obtida a partir de uma contextualização do dado. Sem uma contextualização que permita a consideração da faticidade, da temporariedade, da espacialidade, enfim, da consciência dos efeitos da história, não há como construir hermeneuticamente a resposta certa, ou seja, se não se coloca em cena a consideração de um contexto referencial de significação, que propicie a compreensão do direito como ciência cultural a partir da mundanidade, o processo de abertura (descoberta) é velado e não se chega à verdade, *verdade* necessariamente *contextual*.

Desconsiderar a contextualização da situação hermenêutica em detrimento de uma busca exagerada da correção dos juízos de antecipação no afã – sem limites – de divisar a conformidade das coisas consigo mesmas na esfera da pré-compreensão ou, do mesmo modo, em nome de um apego igualmente exagerado às técnicas de argumentação voltadas para a correção do discurso conduz, inequivocamente, a um irrealismo metodológico. É por isso que a fundamentação racional-argumentativa, tomada com exclusividade no processo judicial decisório, abre, inequivocamente, o caminho para o velamento da verdade.

Não está causa, contudo, uma supervalorização do método ou uma sacralização da discricionariedade ao molde positivista, o que se avulta completamente incompatível com as proposições desta tese mais alinhada, isso sim, a uma dessacralização metodológica em defesa de

um maior contato do direito com a realidade. O decisionismo positivista seqüestra a faticidade, a temporalidade, a contextualidade onde a verdade deve ser desvelada.

Recordemos, por um momento e à guisa de melhor validar em conclusão as proposições desta tese, do *Pequeno Príncipe* de Saint-Exupéry. Em suas andanças ele se deparou com um planeta que era o menor de todos...

Tinha o espaço suficiente para um lampião e para o acendedor de lampiões... O pequeno príncipe não conseguia entender para que serviriam, no céu, num planeta sem casa e sem gente, um lampião e o acendedor de lampiões. No entanto, disse consigo mesmo: “Talvez esse homem seja mesmo um tolo. No entanto, é menos tolo que o rei, que o vaidoso, que o empresário, que o beberrão. Seu trabalho ao menos tem um sentido. Quando acende o lampião, é como se fizesse nascer mais uma estrela, ou uma flor. Quando o apaga, porém, faz adormecer a estrela ou a flor. É um belo trabalho. E sendo belo tem sua utilidade.” Quando alcançou o planeta, saudou educadamente o acendedor: - Bom dia. Por que acabas de apagar teu lampião? – É o regulamento – respondeu o acendedor. – Bom dia. – Qual é o regulamento? É apagar meu lampião. Boa noite. E tornou a acender. – Mas por que acabas de acendê-lo de novo? – É o regulamento – respondeu o acendedor. – Regulamento é regulamento. Bom dia. E apagou o lampião. Em seguida enxugou a testa com um lenço de losangos vermelhos. – Eu executo uma tarefa terrível. No passado, era mais sensato. Apagava de manhã e acendia à noite. Tinha o resto do dia para descansar e toda a noite para dormir... – E logo depois disso, mudou o regulamento? - O regulamento não mudou – disse o acendedor. Aí é que está o problema! O planeta a cada ano gira mais depressa, e o regulamento não muda! Então? – disse o príncipezinho. – Agora ele dá uma volta por minuto, não tenho mais um segundo de repouso. Acendo e apago uma vez por minuto! – Ah! Que engraçado! Os dias aqui duram um minuto!- Não é nada engraçado – disse o acendedor. – Já faz um mês que estamos conversando. – Um mês? – Sim. Trinta minutos. Trinta dias. Boa noite. E acendeu o lampião.⁹³⁴

Efetivamente, o texto possui o condão de revelar que a interpretação apenas pode ensejar o acontecer da verdade se ela se move dentro de uma esfera de sentido apta a promover a ligação entre o passado (tradição) e o presente. A aplicação do regulamento pelo acendedor de lampião hesitava em admitir a nova contextualidade que suprimia o sentido da antiga interpretação e, portanto, da aplicação que anteriormente o regulamento ensejava. Se o texto (o regulamento) diz – e efetivamente diz – tal apenas pode acontecer como complementação produtiva de uma norma, que, na hipótese, não se produzia a partir de uma esfera de sentido apta a ensejar o acontecer da verdade, ou dizendo de outro modo, a ensejar a interpretação hermeneuticamente correta.

⁹³⁴ SAINT-EXUPÉRY. Antoine. *O pequeno Príncipe*. Rio de Janeiro: Agir, 2006, pp. 49 – 50.

Crianças, tolos e idiotas dizem qualquer coisa sobre qualquer coisa porque não conseguem compreender, ou compreendem mal. De regra, não conseguem desenvolver, a partir de uma contextualidade, uma esfera de sentido que permita um verdadeiro nível de correção.

Costuma-se dizer que na arte, imaginação e criação não têm fronteiras. Em direito têm! E isso deve ser percebido pelos juristas, sobretudo pelos membros do Poder Judiciário, que precisam compreender, parodiando o poeta português, que tudo não vale a pena ainda que a alma não seja pequena, ou seja, que *não podem dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*, ou dizendo de outro modo, precisam entender que a experiência hermenêutica deve estar limitada pela consciência dos efeitos da história.

O exemplo coligido da literatura infanto-juvenil revela, ainda, que o jurista deve estar atento para as mudanças na historicidade e faticidade afetas à nossa condição existencial e finita a fim de que a compreensão, como estrutura existencial, possa se manifestar numa esfera de sentido apta a ensejar decisões jurídicas que permitam a *reposta hermeneuticamente correta* para o caso concreto, pois é preciso ter em mente que não há significado de sentido unívoco quando se considera a descontextualidade.

Recortando mais ainda as proposições que estabelecemos a partir das hipóteses lançadas nesta tese, pedimos a atenção para o seguinte exemplo: Na vigência do art. 219⁹³⁵ o Código Penal brasileiro prescrevia: “Raptar *mulher honesta*, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso. Pena – reclusão, de dois a quatro anos.” Quarenta anos atrás, na cidade de Belo Horizonte, certo indivíduo foi denunciado pela prática de referido delito. No dia agendado para a audiência de oitiva das testemunhas, verificou-se que uma delas não se encontrava presente, vindo a juízo a notícia de que se tratava de trabalhador da empresa Mendes Júnior, que estava prestando serviços no Iraque, fato comum em terras mineiras naquele tempo. O agente do Ministério Público requereu a expedição de carta rogatória, o que foi deferido pelo Juízo. Expedida, à carta rogatória foi concedido o *exequatur* pelo órgão judiciário central competente da organização judiciária do Iraque, que determinou o cumprimento pelo juízo igualmente competente. Na audiência, o belo-horizontino prestou compromisso. Jurou em nome de Alá falar a verdade. O magistrado procedeu às perguntas que constavam do instrumento e verificou a existência de um elemento normativo no tipo vazado na expressão “mulher honesta”, pelo que não hesitou em perguntar: - A mulher era honesta? Ao que o brasileiro respondeu que

⁹³⁵ Operou-se a *abolitio criminis* com a revogação do artigo 219 do Código Penal pela Lei 11.106, de 28/03/2005.

sim, apressando-se em despejar as qualidades da vítima. O magistrado imediatamente perguntou: - Ela usava véu? Obviamente a resposta do nosso compatriota foi negativa e com isso colocou a cabeça em risco porque “mulher honesta” no Iraque usa véu...

Numa perspectiva positivista, o exemplo poderia ser explorado sob o seguinte viés de argumentação: a cientificidade do direito se garante na medida em que ele é escoimado de qualquer investigação moral e política. O purismo apregoado por Kelsen aponta, a partir daí, para que o direito é forma, é estrutura lógica dentro da qual se suporta qualquer conteúdo. No exemplo poderiam se divisar algumas estruturas lógicas do direito como carta rogatória, *exequatur*, compromisso de testemunha, tipicidade e elemento normativo, que vão se encontrar presentes sempre que o direito se manifeste fenomenologicamente e expostas aos mais variados conteúdos.

Com efeito, bastaria pensar, por exemplo, que de acordo com o direito brasileiro, a testemunha promete falar a verdade perante o Estado, ou seja, sob pena de cometer crime de falso testemunho, isso porque o Brasil é um Estado aconfessional. Diferentemente, no Iraque, o conteúdo do compromisso de testemunha revela que a testemunha promete falar a verdade em nome de Alá.

Por outro lado, um jurista brasileiro pode não saber qual o órgão da organização judiciária do Iraque que concederá o *exequatur* às rogatórias, nem aquele competente para executá-las, mas isso é conteúdo, basta – sob a perspectiva lógico-formal – que conheça e saiba utilizar as estruturas lógicas para dentro delas inserir o conteúdo que se apresente “normatizado” em qualquer Estado, de tal sorte que por esse caminho, um jurista brasileiro, conhecedor das estruturas lógicas, poderia, sem maiores dificuldades, trabalhar no Iraque, onde teria apenas de se inteirar do conteúdo que naquele Estado elas suportam.

Não seria por outra razão que o magistrado iraquiano deparando-se com a presença de um elemento normativo do tipo, divisou a necessidade de esclarecer se a vítima era “mulher honesta”, porque se assim não fosse não estaria presente a tipicidade.

Sem dúvida, o conhecimento das estruturas lógicas do direito se apresenta de grande valia para os juristas, porém não se constitui o ponto decisivo para se alcançar respostas corretamente justificadas. É preciso se ter presente que o direito é dinâmico. É vida! Retirar da compreensão do direito os aspectos inerentes à faticidade, à cotidianidade, enfim, à historicidade que lhe imprimem o sentido contextual e, portanto, cultural, para conceber sua experiência exclusivamente atrelada ao conhecimento de sua estrutura lógico-formal, é desconsiderar aquilo

que realmente acontece. É na contextualidade que a vida viceja. É preciso realmente encarar a ordem jurídica como um problema de vida, o que implica considerar toda uma gama de significados a ela inerentes de modo a propiciar a exploração das conexões de sentido.

Com efeito, o exemplo possui o condão de revelar que os conteúdos normativos variam porque o direito é ciência cultural. Na verdade, não era preciso ir até o Iraque. A compreensão do que seja “mulher honesta” numa situação hermenêutica deflagrada no Estado de Roraima obviamente não poderá ser a mesma considerada numa situação hermenêutica alavancada no Rio de Janeiro, onde a consciência histórico-efetual nos vincula diretamente a outro contexto sócio-econômico-cultural, ou seja, outra será a conexão de sentido.

No Brasil, como em muitos outros países da modernidade periférica, não vivemos sob o pálio de uma homogeneidade social que possa permitir que sob um mesmo texto, as situações hermenêuticas possíveis sejam alavancadas a partir de uma única base histórico-efetual, ou seja, sob uma mesma contextualidade.

Uma base histórico-efetual homogênea constitui-se, tão apenas, um ideal teórico, pré-jurídico ou meta-jurídico, apto, sem dúvida, exclusivamente do ponto de vista teórico, a conduzir a igualdade à condição de virtude soberana, como fez Dworkin. O pensamento de Dworkin, nesse aspecto – como igualmente a proposta discursiva de Habermas quando ao discurso jurídico – faz efetivamente uma leitura ideal da realidade. Tais proposições, em maior ou menor escala, são facilmente infirmadas empiricamente na experiência dos Estados onde grassam acentuados níveis de desigualdade ou mesmo onde a diversidade cultural – o que ocorre até mesmo nas democracias maduras e de ordem econômico-social desenvolvida – propicia heterogeneidade e descontextualidade sociais. De qualquer maneira, por se apresentarem válidas do ponto de vista teórico, ainda que como ideais, tais proposições não são infirmadas do ponto de vista científico, tanto que nesta tese apostamos num espaço dialógico para construção da decisão judicial, como projeto que, a par das adversidades vivenciadas nas realidades periféricas quando está em jogo o princípio isonômico, impulsiona o processo judicial decisório em direção à democracia, isso, todavia, exige, antes, que a experiência do direito se desenvolva nos trilhos de uma hermenêutica de matiz filosófico e sob a consideração de que o direito é uma ciência cultural onde os atores jurídicos encontrarão as blindagens contra o agir estratégico voltado para sufragar uma verdade apenas formal, asséptica, quando não se leva em conta os efeitos da consciência histórico-efetual articulados sob a consideração de que a dignidade da pessoa humana constitui

premissa cultural antropológica, que agoniza diante dos efeitos do núcleo essencial do liberalismo econômico.

É, realmente, na experiência periférica, onde a tensão entre inclusão e exclusão social se acentua, que a estratégia dos interesses liberais capitalistas sufoca as políticas públicas de inclusão conduzindo a socialidade a um nível de compensação que se apresente o quanto necessário à preservação daqueles interesses, ou seja, permite-se a concessão gota-a-gota de compensações no âmbito de níveis essenciais de prestação social, marcadamente saúde, educação e habitação, impedindo políticas públicas mais eficazes. A partir daí, o recurso à jurisdição tem ensejado um acentuado apelo ao princípio da dignidade da pessoa, que se vê guindado à princípio fundante da sociedade à guisa de estipular um contra-peso.

A proliferação de decisões que recorrem a esse apelo, no âmbito da conformação das políticas públicas, não pode ser compreendida como um nocivo assistencialismo, nem igualmente como propulsoras de uma dessubstancialização da autonomia constitucional dos direitos sociais, quando elas se voltam para ensejar o cumprimento da constituição dirigente, revelando o exercício da função garantidora de direitos inerente à jurisdição. Interessa, isso sim, é que elas sejam tomadas sob o pálio do critério da coerência e da integridade, ou seja, que elas espelhem a comunidade como uma visão coerente dos princípios que lhe governam e, ainda, que elas sejam tomadas com consistência, isto é, que revelem responsabilidade política no exercício da jurisdição.

Nos Estados de modernidade tardia, quando o Judiciário aponta para a existência de mínimos existenciais, quando estão em causa os níveis essenciais de prestação social, isso não implica uma redução eidética da socialidade (o “esvaziamento solidarístico” cogitado por Canotilho) porque a subjetivação dos direitos sociais em decorrência dessa refração avulta-se como exigência da conformação das políticas públicas não cumpridas, justificando a função garantidora. A vetorização oposta, ou seja, a desubjetivação dos direitos sociais, pode imprimir o ritmo e justificar posições teóricas e práticas relativas ao exercício da jurisdição nos países onde a experiência do Estado Social restou bem consolidada; ainda é, todavia, um recurso válido para a experiência daqueles outros onde as promessas de modernidade não foram ainda cumpridas.

O acerto ou não do exercício da função garantidora da jurisdição pelo caminho que percorremos nesta tese apenas pode ser percebido, no momento da *adjudication* se a decisão,

ultrapassando os níveis da mera articulação e da implicação, chegar decisiva e fundamentalmente à esfera da explicitação, onde, então, pode-se divisar se a verdade como condição de possibilidade foi antigida originária, porém, contextualmente, a partir de integridade e coerência.

Decorre, nessa tecitura, a exigência de fundamentação das decisões judiciais como princípio basilar para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. A ausência ou carência de fundamentação, lesando o princípio democrático da exigência de fundamentação, conduz à invalidação da decisão.

Ressalta, nessa contextura, a importância da linguagem para transmitir as conexões de sentido. É através da verbalização, com efeito, que se pode verificar se a decisão se comporta dentro dos limites da conformação do binômio *Democracia – Jurisdição*. A exigência de fundamentação consoa com a prática desenfreada da objetificação das decisões decorrente da fungibilidade dos litígios, onde as condições fáticas são escoimadas a fim de ajustar a decisão a precedentes judiciais eleitos como pautas regulatórias, não raro em prol de níveis estatísticos elevados e evidenciando a jurisprudencialização do direito na contra-mão do processo de democratização, na exata medida em que a processualização da decisão – já muito carente pela ausência de espaço dialógico – perde ainda mais sob o falso emblema da vulgarização dos casos fáceis concebidos, no plano da articulação, como truísmos que estariam a dispensar qualquer explicitação. A superação da diferença entre questão de fato e questão de direito somente pode existir quando se considera a contextualidade, na qual, desde já e sempre o direito se encontra.

É esse equívoco que conduz a decisões do tipo: “Presentes os requisitos legais, defiro efeito suspensivo” ou “Nada a reconsiderar. Mantenho a decisão por seus próprios fundamentos.” O entinema que daí resulta constitui uma opção estratégica que vela o acontecer da verdade na exata medida em que se sustentando numa concisa verbalização, olvida-se a necessidade de explicitar ou justificar o que se disse. A distinção entre casos fáceis e casos difíceis é metodológica e objetivista, na exata medida em que isola a pré-compreensão, o que implica admitir que existiriam significados pré-assegurados.

O caminho que ora se aponta para o processo judicial decisório ao invés de tirar a decisão judicial – em casos de indeterminação ou naqueles em que a atuação imponha definição de conteúdos materiais para garantir um nível desejável de prestações sociais essenciais – do nível democrático, na medida em que submete ao juiz um nível de decisão que não a comportada pelo paradigma clássico da separação dos poderes, importa, na verdade, em reconhecer maior

responsabilidade política ao Judiciário conducente com a proposta de tornar o juiz órgão da comunidade, e não pressupõe que os juízes criem direito.

Ao contrário, a “definição” de conteúdos em qualquer das hipóteses ampara-se na principiologia comunitária, em muitos casos, como no direito brasileiro, vazada expressa ou decorrentemente na Constituição. Por isso, os princípios projetam transcendência ao promoverem o resgate do mundo prático isolado pelo positivismo. O recurso a eles não se constitui, como no positivismo, uma válvula de escape para solução dos problemas que a autosuficiência positivista cria(va) diante da suficiência ôntica, nem igualmente representa um apelo a um sentido definido de onde se pode deduzir certos resultados pois não possuem um conteúdo semântico, senão no momento da *applicatio*. Por isso é que temos aqui insistido em que, ao pretendermos o cumprimento da Constituição – porque ao trazer os princípios para o seu texto, ela tornou a moral co-originária ao direito – teremos que admitir que a consideração desse um novo paradigma para a experiência jurídica, que a projeta para além dos limites do positivismo, requer atenção especial aos limites da conformação do binômio *Democracia – Jurisdição*, alinhavados nesta tese.

A consideração dos princípios, como pauta normativa em sistemas jurídicos em que a moral coexiste com o direito no plano constitucional, efetivamente afasta a invocação a ascensões justificadoras para além da constituição. Contudo, a desatenção à especificidade do caso concreto e sua contextualidade – aliás, é bem verdade, sob propósitos adrede estabelecidos como, por exemplo, ensejar uma rápida (e fácil!) decisão ou engrossar as estatísticas – tem possuído o condão de dessubstantivar a decisão judicial guindando o princípio à condição de um primordial fundante invocado indiscriminadamente. O temor ao chamado pan-principiologismo encontra razão de ser apenas quando a invocação a um princípio ocorre como causa de dessubstantivação da decisão que se apresenta, inequivocamente, dessa forma, descontextualizada.

Esse novo paradigma de juridicidade, que impõe a consideração dos princípios, torna a decisão judicial nas chamadas hipóteses de “indeterminação”, “vagueza” ou nas pegadas de uma prestação jurisdicional de caráter social essencial, nos trilhos, portanto, da socialidade, não mais “definidora”, porém desveladora de conteúdos, e a discussão para saber se os juízes estariam criando direito perde o espaço que tradicionalmente tem ocupado, porque evidentemente ao desvelar conexões de sentido contextualizadas que os princípios propiciam no momento da *applicatio*, os juízes não estão criando direito, porém evidenciando aquilo que já existe quando a

comprovação da existência do princípio se apresenta indene de dúvidas no contexto sócio-econômico-cultural da comunidade.

A partir dessa compreensão, o Judiciário não é, portanto, fonte de direito, mas um canal por onde o direito pode escoar em direção à sua satisfação. E a correção de erros evidentes ou equívocos do Legislativo não significa suplantando a vontade desse Poder, mas exatamente torná-la efetiva, a não ser que se admita um legislador *Hércules* imune às imperfeições inerentes à natureza humana.

Ainda sob essa ordem de pensamento, perde igualmente espaço o angustiante problema da discricionariedade judicial. Com efeito, diante da carga de responsabilidade política que passa a ostentar como órgão da comunidade, o juiz se encontra adstrito aos limites da situação hermenêutica específica, que erigida sob a consciência histórico-efetual, impõe total atenção aos fatos históricos que precisam, portanto, serem devidamente analisados, articulados, explicitados, numa e noutra palavra, *interpretados* e *contextualizados*, ao escopo de permitir o desenvolvimento da *compreensão* dentro da totalidade da estrutura existencial. Não é por outra razão que uma modificação, sem dúvida, se impõe no adágio corrente segundo o qual “O Supremo Tribunal tem o direito de errar por último”. Com efeito, no paradigma hermenêutico, a integridade e a coerência na busca da resposta certa propugnam a consideração de que “A Suprema Corte tem o dever de acertar por último”.

A importância da pré-compreensão é decisiva. Tornar o juiz órgão da comunidade é fazê-lo perceber a consciência histórico-efetual que apontará para os limites da experiência cultural da comunidade. Aí residem as condições de possibilidade e mais que isso, os limites que se impõem ao exercício da jurisdição para obter respostas corretamente justificadas, pois, já dissemos anteriormente lembrando Wittgenstein: *os limites de meu mundo são os limites de minha linguagem*.

Com efeito, são os limites impostos pela consciência histórico-efetual que imprimem o rumo da experiência do direito como ciência cultural. Aí está a blindagem, o “grilo falante” da consciência do velho – ainda novo – juiz onipresente, onisciente e discricionário do modelo positivista que ainda permeia o exercício da jurisdição.

A transição paradigmática, que a partir daí se avulta, coloca em relevo não apenas a atuação do juiz, mas de todos os partícipes no processo judicial. Efetivamente, levar ao juiz elementos que possibilitem a contextualização da situação hermenêutica a partir do

desvelamento da consciência histórico-efetual é tarefa igualmente do advogado, do agente do ministério público, do delegado de polícia, dos peritos – sobretudo, em relação a esses últimos – para inteirar o juiz de novas valências técnicas no âmbito das boas práticas. Também é missão para além dos atores jurídicos propriamente ditos, de atores sociais os mais diversos (sindicatos, partidos políticos, instituições científicas, associações culturais as mais diversas, etc), prática que na experiência brasileira tem começado a florescer com as intervenções em ações coletivas e as audiências públicas convocadas pela Suprema Corte.

Realmente, o nível dialógico que se reclama não se esgota nas folhas de petições, pareceres e relatórios para que o juiz decida “como lhe aprouver”. Definitivamente não! Ele exige, ao contrário, a construção de um espaço público mediatizador apropriado onde os interesses envolvidos possam ser adequadamente expostos e a decisão construída dialogicamente e sem surpresas, o que não tem ocorrido quando decidindo monologicamente, o juiz dessubstantiva a lide e/ou explicita na decisão um nível de argumentação não objeto de discussão (lesão ao princípio da não-surpresa).

Tem-se ciência, é bem verdade, das dificuldades para se validar um espaço dialógico, quando os concernidos se dirigem para um agir ocultamente estratégico no ambiente processual onde impera o desequilíbrio entre as partes. Basta pensar que o poder aquisitivo da parte define a qualidade, o preparo de seu advogado, para não falar das condições de trabalho afetas às defensorias públicas. Esses e outros percalços não podem constituir embaraço à função dialógica do processo que deve, não obstante, ser permanentemente perseguida.

Esse cenário aponta para a constatação de que em países periféricos como o Brasil, onde se convive com gritante desigualdade, o desequilíbrio entre as partes constitui embaraço à democratização da jurisdição sob o prisma ora enfocado, circunstância que impõe redobrada atenção do juiz a fim de, sem contramajoritarismo e assegurando o mais amplo direito de defesa a todos, senão impedir, ao menos reduzir ao mais possível os efeitos decorrentes de uma situação mais privilegiada na relação processual que uma condição mais favorável de uma das partes possa acarretar. A mediatização dos interesses em causa com a intervenção de outros atores jurídicos como o Ministério Público, Defensorias Públicas, ou mesmo científicos chamados a esclarecer questões técnicas, é um caminho a ser considerado, o que impõe uma permanente atenção de promotores, procuradores de justiça, procuradores da república e dos

defensores públicos para divisar no interesse público, que justifica a intervenção no processo dessas instituições, o viés democrático ora descortinado.

A conciliação do binômio *Democracia – Jurisdição* requer, no passo dessas idéias, a consideração de um modelo de juiz. Sem dúvida já é hora de exorcizar o “espírito da lei” ou o “espírito da constituição” e mandar junto para o inferno o juiz Júpiter que ainda se arvora de plenipotência mediúnica para fazer descer ao processo esses fantasmas.

Por outro lado, impõe-se, também, a desconstituição da metáfora do juiz Hércules, o que requer, estamos convencidos, atenção ao caminho que compartilhamos nesta tese e que coloca a atuação judicial sob os trilhos de um paradigma de juridicidade que considere a experiência cultural do direito, na busca pela resposta certa, como uma exigência do Estado Democrático de Direito, com atenção para que é a falta de resposta certa do Judiciário que se opõe à democracia, não sua atuação sob o paradigma da nova juridicidade que justifica a *judicialização da política* para satisfação de prestações sociais essenciais.

A judicialização que defendemos, portanto, não se confunde com uma atitude de escolha, de modo pró-ativo de agir ao interpretar o direito, sobretudo a constituição, a ponto de expandir seu sentido, seu alcance. Essa atitude é nitidamente contramajoritária. O que defendemos é uma identificação de sentido apto a conduzir a compreensão do intérprete em direção a uma resposta correta a partir de uma conexão entre o texto e o contexto.

Em suma, a condição existencial do homem é essencialmente cultural. Essa evidente consideração não pode ser relegada quando se pretende que o direito compartilhe responsabilidades pelo rumo da vida humana. Esse sentido impregnado ao direito coloca o exercício da jurisdição, não numa perspectiva redentora, mas numa perspectiva que faça diferença, limite, barreira para que o homem possa lograr uma existência culturalmente virtuosa, boa, numa palavra: digna.

Isso não pode ocorrer sem que o homem saia de plano do individualismo e projete seu pensamento e atitudes para o plano da intersubjetividade, o que significa dizer que a decisão judicial tem que ser erigida sob o pálio da intersubjetividade projetada a partir da pré-compreensão (círculo hermenêutico). A conexão de sentido entre o texto e o contexto ocorre, portanto, sob o império da intersubjetividade (*ser-aí*), onde a totalidade do homem e a sua inserção no mundo são consideradas no processo de compreensão e não sob o pálio da objetividade que impele a atuação de Júpiter, juiz-sujeito-solipisista (*ser em si*), que se apodera

dos sentidos e, portanto, da interpretação como se pudesse fazer uma escolha dentre várias opções, aquela que julga, entende, ainda que mediunicamente, corresponder à resposta certa.

Portanto, que fique bem claro: quando propugnamos a consideração da experiência jurídica sob os trilhos de uma simbiose entre a consideração do direito como ciência cultural e a hermenêutica filosófica, não estamos colocando nas mãos do juiz uma carta em branco para decidir a partir de escolhas majoritárias ou produto de convencionalismo. Definitivamente não! Como se tem dito: “maioria não é prova de direito” e “de boa intenção o inferno está cheio”. Antes, pretendemos por em evidência que é na experiência cultural da comunidade que a mundanidade se apresenta expondo e permitindo a compreensão da consciência histórico-efetual, portanto, da faticidade, da historicidade, da cotidianidade que conformam a nossa pré-compreensão e permitem a abertura (descobrimento) em direção à verdade, cujo caráter, por mais original que seja, não se encontra no objeto, senão a partir da intersubjetividade, na qual realmente o sentido se dá.

O paradigma interpretativo, de cariz filosófico, que deita raízes na experiência do direito como ciência cultural, não habita a atuação do modelo Júpiter, nem quer mais insistir na metáfora do juiz Hércules porque aponta para a construção de um modelo próprio de juiz. Se esse juiz construirá sua decisão o mais dialogicamente possível a partir da consideração do caráter eminentemente intersubjetivo da compreensão que lhe permitirá interditar os pré-juízos falsos, e se posicionar na “clareira” erigida a partir da abertura que as conexões de sentido ensejam sob a consideração da mudanidade, pode-se dizer que esse juiz não será mais um plenipotente órgão do Estado, que deve decidir sem ouvir o povo no recinto de seu gabinete, mas um juiz órgão da comunidade, que, com ela, partilha os problemas vivenciados e mediatiza os interesses em face das conexões de sentido que a intersubjetividade apresenta. Ele é um juiz órgão da comunidade e, como tal, deve agir com integridade a fim de preservar os valores e princípios dessa comunidade. Essa é a missão a que é chamado. Aí reside sua responsabilidade política. E daí decorre, enfim, sua legitimação.

A atuação do juiz por esse caminho requer preparação. No entanto, em grande parte, ainda são formados sob o influxo da escola positivista. Relutam em admitir um novo paradigma de experiência. Não vêem com bons olhos o interacionismo que resulta da abertura do direito com a adoção de boas práticas e controles. Ainda domina o solipsismo que conduz a uma decisão monológica que está longe de satisfazer o ideal democrático.

Mas há um futuro. No que nos toca, devemos ter a consciência de que os futuros juízes são nossos alunos, o que faz pender sobre a academia uma parcela significativa de responsabilidade. Isso nos faz recordar de palestra proferida pelo Prof. Avelãs Nunes neste programa. Naquela oportunidade, o mestre português fazia referência a uma aula proferida por ele para seus alunos do 5º ano da licenciatura em direito. Alguns de nós ficamos aturdidos em saber que aquele brilhante professor além de ocupar-se da produção científica dos cursos de pós-graduação, proferia aulas no curso básico de direito lá em Portugal. Nossa perplexidade tinha uma causa: aqui entre nós, os grandes mestres não ensinam no curso de bacharelado. É preciso repensar essa circunstância, entre tantas outras afetas à estrutura da organização judiciária e acadêmica, como a busca desenfreada de resultados estatísticos ou mesmo uma didática excessivamente profissionalizante descomprometida com uma vocação ético-comunitária, apenas à guisa de exemplo, se quisermos mesmo construir um novo modelo de juiz apto a encontrar respostas corretas.

O juiz Jasão, que cognominamos apenas ao escopo de não perder a esteira mitológica com que os modelos têm sido expostos na doutrina, apresenta-se como refração ao modelo de juiz com que o Estado Democrático de Direito convive. Não é apresentado como um modelo acabado, senão como projeto. Um projeto cujo sucesso não depende exclusivamente dele, mas que, sem dúvida, constitui a interface do projeto democrático do Estado contemporâneo.

A resposta *contextualizada*, portanto, corretamente justificada, que faz com que a decisão judicial represente um patamar contextual concretizador, é o *topo* de relação de sentido apropriado e não figurado do ser, apto a desvelar uma verdade contextual. Dito isso de outra maneira, a verdade como correção de uma proposição jurídica, só pode se dar por meio de uma e outra coisa: compreensão da contextualidade. E a via do Judiciário pode se apresentar como uma via de cidadania e permitir avanços, sobretudo quando mediatizada por um juiz comunitário que agregado aos demais atores jurídicos conduza – tal qual Jasão conduziu a Argus em direção ao velo de ouro – o processo judicial decisório em direção à resposta certa, tão necessária quanto a própria democracia.

Referências

- ADEODATO, João Maurício Leitão. *Inautenticidade do pensamento dogmático na ciência do direito contemporâneo*. In: **Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco**. Ano 25/26. Recife: 1983/84.
- _____. *Filosofia do Direito e Dogmática Jurídica*. In: **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco**. Recife: ESMAFE, jun./1996.
- _____. *Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito*. In: **Revista do CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, nº 7, Brasília: CEJ, jan./abr. 1999.
- ALLARD, Julie e GARAPON, Antoine. **Os Juízes na Mundialização. A nova revolução do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- _____. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2005.
- ARANGO, Rodolfo. **Hay respuestas correctas en el derecho?** Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999.
- ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. *As Aporias da Democracia: uma (Re)Leitura Possível a partir de Max Weber e Jürgen Habermas*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- ATIENZA, Manoel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2006.
- AUBENQUE, Pierre. **La prudence chez Aristote**. Paris: PUF, 1963.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Globo, 1942.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução*. In: **Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional**.

Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Fabris, 1995.

BARCELONA, Pietro. **El Individualismo Proprietario.** Madrid: Trotta, 1996.

_____. **O Egoísmo Maduro e a Insensatez do Capital.** São Paulo: Ícone, 1995.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição brasileira,** 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582, 2008.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=77375, 2009a.

_____. Pronunciamento no colóquio **Políticas Públicas e Saúde – Integralidade do Sistema,** integrante da audiência pública realizada no STF em 06/05/2009, sobre o direito à saúde, disponível em www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude, 2009b.

BARZOTTO, Luis Fernando. *Positivismo Jurídico.* In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito.** São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.

_____. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart.** São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Verdade e Significado.* In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica.** Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 2004. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Epistemologia das Ciências Culturais.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação.** São Paulo: Abril S.A Cultural, Coleção: Os Pensadores, 1984.

BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição.* In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. **Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

_____. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito.** São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Liberalismo e Democracia.** São Paulo: Brasiliense, 2000.

_____. **Teoria Geral da Política – a filosofia política e a lição dos clássicos.** Rio de Janeiro: Campus, 2000.

_____. **O Futuro da Democracia.** 8ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** 02 vols. Brasília: UNB, 2007.

BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia.** Madrid: Trotta, 2000.

BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do Direito.** Rio: Forense, 1966.

BODIN, Jean. **Los Seis Libros de la Republica.** Caracas: Instituto de Estudios Políticos. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela, 1966.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Mediação e Arbitragem. Alternativas à Jurisdição!.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Uma Democracia Federal. Novos Lugares para a Política Democrática.* In: AVELÃS NUNES, Antônio José e MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Orgs.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *A Jurisprudencialização da Constituição. Qual a “norma” contida no “texto”: o caso das contratações temporárias no serviço público.* In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; e STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica.** Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unversidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade.* In: **Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição.** Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993a.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 1993b.

_____. **Do País Constitucional ao País Neocolonial.** São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa (por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade).** São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 2009.

- _____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07/12/1940, Código Penal Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 11ª ed., 2009.
- _____. Lei Federal nº 5.869, de 11/01/73, Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 12ª ed., 2009.
- _____. Lei Federal nº 9.504, de 30/09/97, disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/QUADRO/1997.htm.
- _____. Lei nº 10.260, de 13/07/2001, disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10260.htm.
- _____. Lei Federal nº 11.106, de 28/03/2005, disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2005/Lei/quadro.htm.
- _____. Supremo Tribunal Federal – STF: **RE 597.285-2/RS**, rel. Min. Ricardo Lewandowski.
- _____. Supremo Tribunal Federal – STF: **ADPF 186/DF**, rel. Min. Ricardo Lewandowski.
- _____. Supremo Tribunal Federal – STF: **ADI 2.010-2/DF**, rel. Min. Celso Mello.
- _____. Supremo Tribunal Federal – STF: **ADI 3.105-8/DF**, rel. Min. Cezar Peluso.
- _____. Supremo Tribunal Federal – STF: **HC 98944/MG**, rel. Min. Marco Aurélio.
- _____. Supremo Tribunal Federal – STF: **HC 98152/MG**, rel. Min. Celso de Mello.
- _____. Supremo Tribunal Federal – STF: **STA 79203/PR**, decisão do Min. Gilmar Mendes (Presidente).
- _____. Supremo Tribunal Federal – STF: **RE 410715, AgR/SP**, rel. Min. Celso de Mello.
- _____. Supremo Tribunal Federal – STF: **AI 746435 AgR/DF**, rel. Min. Ellen Gracie.
- _____. Superior Tribunal de Justiça – STJ: **REsp 966077**, rel. Min. Laurita Vaz.
- _____. Superior Tribunal de Justiça – STJ: **REsp 1130187/ES**, rel. Min. Luiz Fux.
- _____. Superior Tribunal de Justiça – STJ: **HC 95226/MS**, rel. Min. Jorge Mussi.
- _____. Superior Tribunal de Justiça – STJ: **Resp 101061/PB**, rel. Min. José Delgado.
- _____. Superior Tribunal de Justiça – STJ: **REsp 114615/BA**, rel. Min. Peçanha Martins.
- _____. Superior Tribunal de Justiça – STJ: **REsp 495019/DF**, rel. p/ acórdão Antônio de Pádua Ribeiro.
- _____. Superior Tribunal de Justiça – STJ: **REsp 1070297/PR**, rel. Min. Luis Felipe Salomão.
- _____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1: **AMS 2005.38.00.004457-5**, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente.
- _____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1: **AC 2008.38.03.009701-5/MG**, Rel. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues.
- _____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1: **AC 2006.38.00.012579-3/MG**, rel. Juíza Federal Maria Laura Martins Moraes Tayer (Conv.).
- _____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1: **AC 2005.32.00.0068354-3/AM**, rel. Juíza Federal Maria Laura Martins Moraes Tayer (Conv.).
- _____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1: **AC 1999.01.00.119267-1/BA**, rel. Juiz Federal Carlos Alberto Simões de Tomaz (Conv.).
- _____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1: **AC 0037246-77.2001.4.01.3800/MG**, rel. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (Conv.).
- _____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2: **AC 368575 (Proc. nº 2004.50.01.003484-6/RJ)**, rel. Desembargador Federal Raldênio Bonifácio Costa.
- _____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3: **AG 281217/SP (Proc. nº 2006.03.00.097428-6)**, rel. Desembargador Federal Nery Júnior.
- _____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3: **AG 292368/SP (Proc. nº 2007.03.00.011897-0)**, rel. Desembargador Federal Johansom Di Salvo.

- _____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4: **AC 2004.70.09.001946-1**, rel. Juiz Federal Márcio Antônio Rocha (Conv.).
- _____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4: **AC 0030159-85.1998.404.7100**, rel. Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria.
- _____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4: **AC 0032862-42.2005.404.7100**, rel. Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz.
- _____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5: **AC 429482/CE (Proc. nº 0011798-53.2005.4.05.8100)**, rel. Desembargador Federal Francisco Cavalcanti.
- _____. Tribunal de Justiça de Mato Grosso – TJMT: **Apelação nº 71523/2008**, rel. Juiz Mauro Bianchini Fernandes (Conv.).
- _____. Justiça Federal de 1ª Instância: Juízo Federal da 16ª Vara de Belo Horizonte. **Processo nº 208.38.00.020764-0**, sentença proferida pelo Juiz Federal Antônio Cláudio Macedo da Silva.
- _____. Justiça Federal de 1ª Instância: Juízo Federal da 17ª Vara de Belo Horizonte. **Processo nº 2002.38.00.046529-6**, sentença proferida pelo Juiz Federal Carlos Alberto Simões de Tomaz.
- _____. Justiça Federal de 1ª Instância: Juízo Federal da 17ª Vara de Belo Horizonte. **Processo nº 2006.38.00.012579-3**, sentença proferida pelo Juiz Federal Carlos Alberto Simões de Tomaz.
- _____. Justiça Federal de 1ª Instância: Juízo Federal da 17ª Vara de Belo Horizonte. **Processo nº 2000.38.00.004900-8**, sentença proferida pelo Juiz Federal Carlos Alberto Simões de Tomaz.
- _____. Justiça Federal de 1ª Instância: Juízo Federal da 17ª Vara de Belo Horizonte. **Processo nº 2007.38.00.033653-0**, decisão proferida pelo Juiz Federal Carlos Alberto Simões de Tomaz.
- _____. Justiça Federal de 1ª Instância: Juízo Federal da 17ª Vara de Belo Horizonte. **Processo nº 2009.38.00.016299-8**, sentença proferida pelo Juiz Federal Carlos Alberto Simões de Tomaz.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

- _____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994.
- _____. *Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo*. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996.
- _____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.
- _____. **O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)**. In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 05/11/2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CALSAMIGLIA, Albert. *Ensayo sobre Dworkin*. In: DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio** (prefácio). Barcelona: Editorial Plantea-De Agostini, 1993.

CARBONELL, Miguel. *A Constituição no Tempo: uma reflexão*. In: **Revista de Direito do Estado – RDE**, ano 3, nº. 12. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 2008.

CARRIÓ, Genaro. *Le opinioni del prof. Dworkin sul positivismo giurídico*. In: **Materiali per una Storia della Cultura Giurídica**, vol. X, nº 1, 1980.

CASTANHEIRA NEVES, A. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2003.

CASTELLS, Manoel. **A Sociedade em Rede**. 1º vol. da série “A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura”, 6ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2002.

_____. **O Poder da Identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Ronald Dworkin*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo, UNISINOS, 2006.

CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. In: VIANA, Werneck Luiz (Org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, IUPERJ, FAPERJ, 2002.

CROSSMAN, R. H. S. **Biografia do Estado Moderno**. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1980.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Futuro do Estado**. São Paulo: Ed. Moderna, 1980.

_____. **O Poder dos Juizes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

Declaração de Direitos de 1689 (*Bill of Rights of 1689*). Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Direitos_de_1689. Consulta realizada em 01.02.2008.

DINIZ, Antonio Carlos e MAIA, Antônio Cavalcanti. *Pós-positivismo*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.

- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Elogio à Teoria*. In: **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**. Montes Claros, MG: Faculdade de Direito Santo Agostinho – FADISA, vol. 1, n.1, 2006.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2002.
- FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A revisão da doutrina democrática*. In: **Problemas Brasileiros. Revista Mensal de Cultura**. ano XVII, nº 189. São Paulo: 1980.
- FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno. Nascimento e crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.
- _____. **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.
- _____. *Fenomenologia, hermenêutica e metafísica*. In: **Hermenêutica em Retrospectiva. A virada hermenêutica**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.
- GOBARDO, Emerson. *O Pós-Moderno Príncipe e a Busca pela Tranqüilidade da Alma*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Trad. e Apres. de Benno Dischinger. São Leopoldo (RS): UNISINOS, 1999.
- GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1953.
- GUASTINI, Riccardo. **Estudios de la Teoria Constitucional**. México, DF: Fontamara, 2003.

- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- _____. **Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional.** Madrid: Trota, 1998.
- _____. **Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura.** Madrid: Editorial Tecnos, 2000.
- _____. **Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**, vol. 1, Madrid: Taurus Humanidades, 1999.
- _____. **A Constelação Pós-Nacional. Ensaio Político.** São Paulo: Litera Mundi, 2001.
- _____. *Ciências Sociais Reconstitutivas versus Ciências Sociais Compreensivas.* In: **Consciência Moral e Agir Comunicativo.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. *Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso.* In: **Consciência Moral e Agir Comunicativo.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; e JAY, John. **O Federalista.** Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.
- HANS, Albert. **Tratado da razão crítica.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.
- HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.
- HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo.** Lisboa: Guimarães Editores, 1987.
- _____. **Ser e Tempo.** vol. I. Petrópolis: Vozes, 2005.
- _____. **Ser e Tempo.** vol. II. Petrópolis: Vozes, 2005.
- HELLER, Hermann. **Politische Demokratie und soziale Homogenität,** 1928.
- _____. **Teoria do Estado.** São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil.** São Paulo: Martin Claret, 2004.

HOBBSAWM, Eric. **A Era dos Extremos. O breve século XX: 1914 – 1991.** 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque de Civilizações e a Recompensa da Ordem Mundial.** Rio de Janeiro: Objetiva, 1996.

HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica.** Aparecida, SP: Idéias e Letras, 2006.

JELLINEK, Georg. **Teoría General Del Estado.** Buenos Aires: Ed. Albatros, 1973.

JUST, Gustavo. *Guinada Interpretativa.* In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito.** São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.

_____. *O direito como ordem e hermenêutica. A Filosofia do Direito de Nelson Saldanha.* In: **Revista de Informação Legislativa.** Brasília: Senado Federal, ano 46, nº 181, jan./mar./2009

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e outros opúsculos.** Lisboa: edições 70, 1995.

_____. **Crítica da Razão Prática.** São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes e outros escritos.** São Paulo: Martin Claret, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KIRCHMANN, J. H. Von, **La Jurisprudência no es ciencia.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

KOZICKI, Katya. *Existe uma resposta certa para o direito e a democracia? Repensando as relações entre o direito e a política a partir da teoria de Ronald Dworkin.* In: **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul,** vol. 24, nº. 54. Porto Alegre: PGE, 2001.

_____. *HART, Herbert Lionel Adolphus.* In : BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito.** São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.

- KRELL, Andréas Joachim. *Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos*. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife**, nº 10. Recife: UFPE, 2000.
- KRETSCHMANN, Ângela. *Ross, Alf Neils*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.
- KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2001.
- LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. “Estado de Direito”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.
- LEWANDOWSKI, Ricardo. **O juiz tem que decidir de acordo com a sua consciência**. Entrevista publicada no jornal “O povo”, Fortaleza, edição de 19/05/2009, disponível em www.conjur.com.br/2009-mai-19/juiz-decidir-acordo-consciencia-lewandowski?imp..., consulta realizada em 20/05/2009.
- LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização Econômica e Crise dos Estados Nacionais*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- LIPOVETSKY, Gilles. **A Era do Vazio. Ensaio sobre o individualismo contemporâneo**. Barueri, SP: Manole, 2006.
_____. **A Sociedade da Decepção**. Barueri, SP: Manole, 2007.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília-UNB, 1980.
_____. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
_____. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

- _____. **El Derecho de la Sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- _____. *A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise sociológica do direito*. In: ARNAUD, André-Jean e LOPES JR, Dalmy (Orgs.). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MACHADO DA SILVA, Juremir. *A Sociedade da (in)comunicação e da (in)diferença*. In: LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade da Decepção**. Barueri, SP: Manole, 2007, Apresentação, p. xix.
- MACHADO NETO, Antônio Luís. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975.
- Magna Charta Libertatum**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direiots/anthist/magna.htm>, consulta realizada em 21.01.2008.
- MACPHERSON, Crawford Brough. **A Teoria Política do Individualismo Possessivo de Hobbes até Locke**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *O Uso Criativo dos Paradoxos do Direito. A Aplicação dos Princípios Gerais do Direito pela Corte de Justiça Européia*. In: **Paradoxo da Auto-Observação**. ROCHA, Leonel Severo (Org.). Curitiba: JM Editora, 1997.
- MALBERG, R. Carré de. **Teoria General Del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.
- MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder e Libertad. História del Constitucionalismo Moderno**. Madri: Trotta, 1998.
- MEROLLI, Guilherme. *A Interpretação do Pensamento Político de Thomas Hobbes*. In: FONSECA, Marcelo Ricardo (Org). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- MONTEIRO, João Paulo. *Prefácio*. In: HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. 2ª ed. Lisboa: INCM (Estudos Gerais – Série Universitária – Clássicos da Filosofia).
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Claret, 2003.

NEDEL, Antônio Carlos. *A ilusão metafísica do positivismo jurídico*. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 2004.
 _____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NUSBAUM, Martha C. **The fragility of godness. Luck and ethics in Greek tragedy and philosophy**. Cambridge, U.P, 1986.

O que é o Terceiro Setor? Disponível em: www.filantropia.org/OqueeTerceiroSetor.htm, consulta realizada em 25.04.2006.

OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez*. In: **Revista Doxa, Cuadernos de Filosofia**, n. 14, Alicante, 1993, pp. 169 – 194, disponível em www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf.

PAULA, Rafael Gonçalves de. **Decisão**. In: www.tj.to.gov.br/imprensa/news/exibir_news.asp?id=143.

PEDROSA, Maria Bernardette Neves. *Filosofia e Direito Penal*. Palestra realizada em 23 de novembro de 1972, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Separata da **Revista do Ministério Público de Pernambuco**. Ano 01, nº 02.
 _____. **Estado de Direito e Segurança Nacional**. Tese apresentada à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Curitiba: OAB, 1978.

PÊPE, Albano Marcos Bastos. *Kant e a Modernidade Jurídica: razão e liberdade*. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; e STRECK, Lenio Luiz (Orgs.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
 _____. *O Jusnaturalismo e o Juspositivismo Modernos*. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; e STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PEREIRA, Antônio Francisco. **Sentença**. In: <http://jus2.uol.com.br/peças/texto.asp?id=339>.

PERELMAN, Chaïn e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação. A Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PICARD, Edmond. **O Direito Puro**. Campinas: Romana, 2004.

PINTO FERREIRA, Luís. **Teoria Geral do Estado**. 3ª ed., vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1975.

POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

QUINTANA, Fernando. *ROUSSEAU, Jean-Jacques*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.

RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad legal y Derecho Supralegal**. Buenos Aires: Abeledo-perot, Colección Nueva Teoría, 1962.

_____. **Filosofia do Direito**. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

RAO, Vicente. **Os Poderes Legislativo e Executivo e a elaboração e expedição de normas obrigatórias – A legislação governamental ou delegada e os regulamentos – A natureza jurídica dos regulamentos e suas conseqüentes limitações**. Separata de vol. I dos Estudos Jurídicos em nome de Soriano Neto. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 1962.

REGONINI, Gloria. *Estado de Bem-estar*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**, vol. 1. Brasília: UNB, 2007.

RIBEIRO, Renato Janine. **Ao Leitor sem Medo: Hobbes Escrevendo o seu Tempo**. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. In: **Revista de Informação Legislativa**, ano 33, n. 131. Brasília: Senado Federal, jul./set. 1996.

_____. *O Constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais*. In: **Revista do CEJ - Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal**, vol. 1, n. 3. Brasília: CJF, set./dez. 1997.

ROCHA, Leonel Severo. *Sistema do Direito e Transdisciplinariedade: de Pontes de Miranda a Autopoiese*. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de

- Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. *Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico*. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; e CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: EDIPRO, 2003.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social e outros escritos**. São Paulo: Cultrix, [?].
- RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. *Locke e a Formação da Racionalidade do Estado Moderno: o Individualismo Proprietário entre o Público e o Privado*. In: FONSECA, Marcelo Ricardo (Org). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- SAINT-EXUPÉRY. Antoine. **O Pequeno Príncipe**. Rio de Janeiro: Agir, 2006.
- SALDANHA, Nelson. **Estado de Direito, Liberdades e Garantias**. Recife: UFPE, 1980.
- _____. **O Jardim e a Praça. Ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.
- _____. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- _____. *Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma*. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE**, n. 10, Recife: UFPE, 2000.
- _____. **Ordem e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SANTOS, José Manuel. **Ética da Comunicação**. Covilhã, Portugal: Universidade da Beira Interior, in www.bocc.ubi.pt/pag/santos-jose-manuel-etica-comunicacao.pdf .
- SARAIVA, José Hermano. *Balanço do Tempo, S.A.* In: **Evasões**, ano 1, n. 12, abr./1999, Lisboa: Editora Volta ao Mundo, 1999.
- SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SHAPIRO, Martin. **Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review**. Enflewood Cliffs: N.J., Prentice Hall, 1966.
- SICHES, Luís Ricasens. **Introducción al estudio del derecho**. México: Editora Porrúa, 1981.

- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- SOBOTA, Katharina. *Não Mencione a Norma!* In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife**, nº 7, Recife: UFPE, 1995. Separata do *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991. Tradução de João Maurício Adeodato.
- SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de. *Hobbes e a Segurança Global num ambiente internacional de anarquia*. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz e ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS**. Porto Alegre, 2006.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria Constitucional, Democracia e Igualdade*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. **Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- STEIN, Ernildo. *Heidegger. Vida e Obra*. In: **Heidegger. Conferências e Escritos Filosóficos**. Coleção os Pensadores. São Paulo: Abril Editora, 1984.
- _____. **Compreensão e Finitude. A estrutura e o movimento da interrogação heideggeriana**. Ijuí, RS: Unijuí, 2001.
- _____. *Pensar é pensar a diferença. Filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí, RS: Editora UNIJUI, 2002.
- _____. **Introdução ao Pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: Edipucrs, 2002.
- _____. **Aproximações sobre Hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.
- _____. **Uma Breve Introdução à Filosofia**. Ijuí, RS: Unijuí, 2005.
- _____. **O destino do ser na era do individualismo**. Palestra proferida em 23/05/2007, no Simpósio Internacional “*O Futuro da Autonomia. Uma Sociedade de Indivíduos?*” Promovido pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo: 21 a 24 de maio de 2007.
- _____. *Nas Raízes da Controvérsia*. Apresentação. In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): Compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn*. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.
- _____. (2004a) **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- _____. (2004b) **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

- _____. (2004c) *Bem Jurídico e Constituição*. Separata do **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, vol. LXXX, Coimbra: Universidade de Coimbra.
- _____. (2004d) *A Diferença Ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: Uma análise a partir do ontological turn*. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 89, Belo horizonte, Jan./Jun. 2004.
- _____. (2006a) **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- _____. (2006b) *Hermenêutica Jurídica*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar.
- _____. (2006c) *Heidegger, Martin*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar.
- _____. *Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto*. In: STRECK, Lenio luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luís (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, n. 4. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- _____. (2009a) **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- _____. (2009b) **Interpretar a lei não é um ato de vontade do juiz**. Entrevista publicada no jornal *Juslegal* da Associação Justiça e Legalidade. Porto Alegre, fev./2009.

STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TESTONI, Saffo. *Vontade Geral*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**, vol. 1. Brasília: UNB, 2007.

TEUBNER, Gunther. *A Bukovina global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional*. In: **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, vol. 14, nº 33. Piracicaba: Unimep, jan./abr. 2003.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Acórdão na AC nº 1999.01.00.040000-7/DF*. In: **Revista do Tribunal Regional Federal – Primeira Região**, ano 17, nº 4. Brasília: TRF/1ª Região, abr./ 2005.

_____. *Metamorfoses nos conceitos de Direito e de Soberania. O Princípio da Complementaridade. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição*. In: **Revista do Tribunal Regional da 1ª Região**, nº 9, ano 16. Brasília: TRF/1ª Região, 2004.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: UNB, 1979.

VILANOVA, Lourival. **Lógica Jurídica**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Boiteux, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. São Paulo: EdUSP, 1993.
_____. **Investigações Filosóficas**. Petrópolis (RJ): Vozes, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa Omega, 2001.
_____. **Pluralismo Jurídico**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Legal Decision and its Justification*. In: **Le Raisonement Juridique. Akten des Weltkongresses für Rechts – und Sozialphilosophie**, Bruxelas : Ed. H. Hubien, 1971.
_____. *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*. In: **Rechtstheorie** 5, 1974.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trota, 1999.