

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca examinar a evolução do pensamento filosófico e seus reflexos na atuação judicial, precipuamente no que se refere à hermenêutica, de sorte que possamos identificar como a manutenção do esquema sujeito objeto, pautada ainda hoje pelo ideal solipsista compromete os valores democráticos, e ainda, como superar este pensamento a fim de elidir a possibilidade de que exercícios individuais de interpretação possam ser feitos sem nenhum critério ou compromisso com o projeto constitucional.

No delineamento da pesquisa, parte-se do pressuposto de que nenhuma Constituição se esgota com sua promulgação, eis que se complementa ao longo do processo de aplicação e efetividade, marcado por permanente atualização das técnicas hermenêuticas, no intuito de enfrentar a realidade de seu tempo.

Retrocedendo no tempo, verifica-se que longos anos se passaram desde que a influência iluminista, consolidada pela razão, delegou ao pensamento o papel principal no processo de conhecimento e conduziu a sociedade ao centro do universo, encerrando a era absolutista e inaugurando, com a teoria contratual de formação do Estado, o paradigma da Modernidade.

A era moderna, sob a perspectiva transcendental de Kant, imputa extremado respeito ao homem, elevando-o à condição de valor ético absoluto, de sorte que este programa de Modernidade, com claros alicerces no desenvolvimento das ciências objetivas, ao tempo em que se caracteriza pela valorização do método democrático no processo de deliberação sobre temas de relevo social, com o advento do Estado de Direito e do efetivo controle do absolutismo, propõe também para os cidadãos um projeto de vida digna, que em sua razão última se realiza pelo ingresso na plenitude da subjetividade.

Esta ideia de que homens encontram-se aptos a estabelecer os limites e contornos de um projeto racional para a sociedade, ao final, acabou embasando os referenciais teóricos da lei e da Constituição, que sob as

pretensões da universalidade constitui referência para organizar e conduzir o futuro da sociedade civil.

O ideal de racionalização da sociedade, que muito se alimenta de extremo otimismo antropocêntrico, no entanto, compromete-se gradativamente pela impossibilidade de afirmar o ideal emancipatório do homem, que se percebe diante de uma realidade áspera e profundamente desigual. Sob esta vertente de análise, o descrédito do projeto de organização racional, da subjetividade do homem e de seus ideais de universalidade se justificou pela impossibilidade de entregar aos indivíduos, a realização das promessas de vida digna, pactuadas quando da concepção contratual deste estado liberal.

Opera-se, pois, mudança paradigmática na percepção de mundo e de sociedade, o que historicamente inaugura a Pós-modernidade como novo referencial de compreensão de mundo, que para além de indicar a falência das promessas de igualdade e fraternidade e universalidade, passa a desconfiar dos discursos unificantes. Esse período atual, ao que se quer aqui demonstrar, caracteriza-se pela ausência de sistematicidade do conhecimento e pela falta de homogeneidade das percepções de mundo.

De fato, a história demonstra que não foi (é?) possível efetivar as promessas da retórica de satisfação universal. A realidade social, portanto, agora interpretada pela perspectiva pós-moderna, ao revés de se identificar pela totalidade, revela-se fragmentada e plural, pois passa a considerar os divergentes projetos de vida.

Partindo dessa premissa, pode-se afirmar que para a cultura jurídica pós-moderna a realidade social já não mais se concebe como totalidade, mas se revela, fragmentada, multifacetada, fluida e plural.

Ressaltando-se ainda a reaproximação do direito e da moral pelo desenvolvimento das teorias constitucionais do segundo pós-guerra, constata-se que o retorno da facticidade e a adoção isonomia substancial, ao tempo em que demonstram o abandono deste projeto de universalidade, passam também a fundamentar um direito plural e prospectivo.

O esforço legislativo para contemplar tal pluralidade, já há muito se manifesta pela elaboração de textos vagos e de baixa determinação

semântica, pretensamente apto a considerar as peculiaridades do caso concreto por meio da interpretação.

Como se pode observar, o ordenamento jurídico na pós-modernidade, em razão de seus objetivos, não se apresenta mais como sistema hermético, vez que admite ordem suscetível às influências de valores, princípios e cláusulas abertas, de sorte a considerar o retorno da facticidade e os correlatos desafios de uma realidade cambiante. Sua compreensão, agora propõe-se aconjugiar dinamismo e pluralidade.

Trazendo a complexidade dessa problemática para a contemporaneidade, a pesquisa empreendida neste trabalho tem como objetivo identificar as influências jurídicas decorrentes da aplicação de teorias de fundamentação e da filosofia da consciência durante o processo de interpretação e aplicação do Direito, de sorte a observar seus possíveis efeitos antidemocráticos nesta sociedade pós-moderna.

Sob a perspectiva constitucional, procura-se demonstrar que a manutenção desta superada matriz teórico-filosófica pelo então chamado (neo)constitucionalismo, particularmente quando se propõe a tutelar, sob a chancela do poder judiciário, direitos cujos conteúdos e limites devem perpassar as perspectivas individuais, comprometem os valores democráticos deste Estado Pós-moderno, pois relega a efetividade do texto constitucional nas mãos do sujeito pensante de si mesmo.

Assim, mesmo que o exercício da jurisdição constitucional conte com enunciados democraticamente apresentados pelo poder constituído, em sua aplicação, não raro o cidadão se depara com o enfraquecimento destes valores, isto em função do exercício subjetivo de atribuição dos sentidos.

Para tanto, o trabalho apresenta em seu primeiro capítulo um relato sociológico compreensivo sobre a formação do Estado e a concepção do pensamento filosófico, a fim de identificar suas influências.

Em seguida, nos propomos a observar, como se dá formação e a aplicação do direito, diante do fracasso do Estado Liberal e a posterior construção do Estado Pós-Moderno. Ao final se apresenta o levantamento da incompatibilidade entre posturas de fundamentação e ideais positivistas com o projeto constitucional deste Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO 01 – ESTADO E FILOSOFIA: CORRELAÇÕES HISTÓRICAS.

1.1 - A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PODER NO ESTADO MODERNO

A concepção do poder na Idade Média apresenta, segundo Max Weber¹, a primeira dicotomia entre o setor público e o privado, considerando as guerras e as finanças peculiares a cada singular estrutura do modelo medieval.

Sob esse aspecto, o feudalismo desenvolveu-se com respaldo em um sistema de administração pautado na organização militar e no valor da propriedade, em consequência dos institutos da vassalagem, em que proprietários menos abastados buscavam proteção de indivíduos economicamente mais poderosos. Foram tempos de instabilidade política e econômica, quando a fragmentação do poder revelou-se pelos incontáveis centros de autoridade política, tais como os reinos, corporações e ducados, dentre outros.

O amadurecimento social, no entanto, promoveu mudanças significativas nas relações humanas, alterando as referências de poder do Estado que, na doutrina de Ferraz Jr.², deixam de ter por *locus* a relação entre senhor e vassalo, para considerar, frente à necessidade de produzir alimentos e abastecer a crescente população, um exercício interno de organização capaz de atender aos novos reclames sociais: a organização da cadeia produtiva e não exclusivamente a posse desmedida de terras e bens.

Diante dessa nova realidade, substrato básico para a formação do Estado Moderno, organizou-se estrutura diferente da conhecido até então, pois os antigos feudos cederam lugar ao Estado unitário, centralizador de poder e de produção legislativa.

Ao mesmo tempo, deslocou-se o homem da condição de servo, para a de súdito do Estado Absolutista e se justifica como criação lógica e

¹ Weber, Max. Economia e sociedade. Tradução Regis Barbosa. São Paulo, Imprensa Oficial: 1999.

² FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito, Atlas. 2009. p. 180

artificial dos indivíduos que, sob a influência da razão humana, estabelecem os requisitos e elementos constitutivos para o Estado, visto como nova forma de organização social.

Dentre os diversos pensadores relevantes nessa nova fase, destacam-se, as teses contratualistas de Thomas Hobbes³ e John Locke. O primeiro afirma um suposto estágio de guerra geral, onde o homem se apresenta como algoz do semelhante e o império se constrói pela força. Nesse primitivo estado de natureza, no intuito de preservar a vida, o homem estaria disposto a transferir seus poderes para outrem, a fim de ver cessada a guerra de todos contra todos, despojando-se de direitos e possibilidades, em prol da segurança.

Por isso,

“O único caminho para erigir um poder comum que alcance defender os homens das agressões estrangeiras e das injúrias recíprocas – assegurando-se assim que possam se alimentar e viver satisfeitos com sua própria indústria e com os frutos da terra – reside em conferir todos os seus poderes e toda a sua força a um homem ou a uma assembleia de homens que possa reduzir todas as suas vontades mediante a pluralidade das vozes a uma só vontade (...) de modo que cada um aceite e se reconheça a si mesmo como autor de tudo aquilo que defende o representante de sua pessoa”.⁴

Percebe-se que, muito além da anuência a deliberação coletiva, esse ideário estabelece unidade de poder, que, mediante o pacto de cada homem, transfere a um único ente o direito de governança. Tais convenções, segundo o pensador supramencionado⁵, são necessárias para a convivência da humanidade e sua posterior sobrevivência, já que as paixões humanas não poderiam ser controladas pelas normas morais.

Nessa linha de raciocínio, a República, ao se apresentar como reguladora das convenções, é também co-criadora e fiadora da segurança humana, pois, freado o desejo de poder nos corações dos homens, por intermédio deste o ato de vontade política, criou-se um pacto social a ser respeitado, por conter em seu bojo parte dos interesses coletivos. A escolha de um soberano para a república revela-se como manifestação desse

³ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad.: João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia berliner; revisão da tradução Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁴ STRECK, Lênio Luiz. DE MORAIS, José Luiz. *Ciência Política & Teoria do Estado*. Porto Alegre. Ed. Livraria do advogado. Ed, 2010. P. 32.

⁵ Nesta nova ordem, absolutamente coerente a afirmação de que o homem é o lobo do próprio homem.

consenso, pois ele será o responsável por preservar o interesse coletivo ou a suposta vontade geral⁶. É forçoso registrar que não se previram limites para a sua atuação, uma vez que, sob o manto do citado contrato social, o homem medieval, no intento de dar cabo ao dito estado de guerra, estaria se despidendo de tudo o que possui, em troca da pretensa segurança do Leviatã.

Não se trata aqui de direitos naturais, pois para essa tese, a concepção de direitos oponíveis a terceiros só se apresentaria com o advento do Estado.

O segundo contratualista, ao descrever o estágio pré-social e político dos homens, sustentava a existência de direitos e garantias naturais, mas destacava que a ausência de um centro de poder permitiria a multiplicação do conflito e o possível desrespeito aos direitos naturais para o estado de guerra.

A concepção contratualista de formação do Estado ainda encontra respaldo em John Locke⁷, para quem a filosofia política fundamenta-se na noção de governo consentido pelos governados, diante da autoridade constituída e no respeito ao direito natural do ser humano, que envolve o direito à vida, à liberdade e a propriedade.

Sob essa linha de argumentação, preserva-se ao indivíduo, como oponível ao Estado, o direito à liberdade, pois a existência de direitos naturais, anteriores à formação do consenso, em verdade, estariam circunscrevendo os limites da convenção. A finalidade do contrato, na perspectiva de Locke, seria a preservação dos direitos naturais do homem, de sorte que esses mesmos direitos devem ser conservados frente à soberania do Estado Absolutista.

Veja-se, nesse sentido, Norberto Bobbio⁸:

“A doutrina dos direitos do homem nasceu da filosofia jusnaturalista, a qual – para justificar a existência de direitos pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente do Estado – partira da hipótese de um estado de natureza, onde os direitos do homem são poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, que inclui

⁶ Deve-se observar, em função da oportunidade, que a doutrina de Thomas Hobbes não considera a existência de direitos naturais oponíveis à vontade deste novo ente, o Estado.

⁷ LOCKE, John. Dois tratados sobre o Governo; tradução de Julio Fischer. São Paulo. Ed. Martins Fontes, Brasil. 1998, P. 468.

⁸ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro. Ed. Companhia das Letras, Brasil. 1992. P. 73

também o direito à propriedade; e o direito à liberdade, que compreende algumas liberdades essencialmente negativas”.

Contrapondo-se à teoria esposada por Hobbes e, em alguma medida, à teoria de Locke, Rosseau⁹ não identificou um estado natural de guerras e desigualdades. Ao contrário das teses defendidas pelos primeiros contratualistas, para o referido pensador, o estado de natureza seria a reprodução do ideal de igualdade entre os homens, arguindo em seguida que a ação humana, ao delimitar a propriedade e reivindicar para si a titularidade desse direito, estabeleceu a desigualdade e fomentou a hostilidade e a disputa entre os cidadãos.

Nesse contrato social, não havia destaque para a divisão entre setor público e privado, pois ele se origina da união entre iguais, em que tudo é público. A soberania, destarte, não repousa nos ombros do soberano, mas se encontra entre as mãos de cada homem, que, por meio do consenso, identifica a vontade geral.

A mesma vontade coletiva, encarnada no Estado para a defesa do bem comum, sobrepõe-se aos anseios individuais, pois este deve ser absorvido pelo todo e obrigado pelo grupo, no que se pode identificar como prenúncio da noção de governo democrático, uma vez que a coação é exercida pelo grupo e não de forma monocrática por qualquer regente, príncipe ou governante. No entanto, essa concepção permite a consagração de despotismos, já que as minorias perdem vez e voz no jogo político.

Se, por um lado, o desenvolvimento histórico dessas novas relações sociais concentra a atividade reguladora, conferindo ao súdito o mínimo de segurança para a prática do cotidiano, por outro, deposita na figura do rei soberano o papel principal do exercício legislativo.

Acerca da legitimidade dessa nova estrutura de poder, Luiz Moreira vai dizer que

“A estrutura política feudal se realizava mediante uma relação de dependência do vassalo perante o suserano. Por não haver uma centralidade do poder político, multiplicavam-se as conotações e orientações jurídicas. A única estrutura não fragmentada era a eclesiástica. Então, tinha-se uma estrutura esfacelada, marcada

⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social; tradução de Ricardo Rodrigues da Gama. 1ª ed. São Paulo: Russel, 2006.

pela provisoriedade e uma outra, pela centralidade, pela permanência, da qual emanava a orientação perante a vida.”

Com o advento do Estado nacional, verifica-se a avocação do poder político, com a conseqüente centralidade nas mãos do soberano, de modo que o exercício eclesiástico do poder foi substituído pelo secular. Neste sentido, o projeto político da modernidade evidencia, como marcas indeléveis a centralidade do poder político, o esfacelamento do poder religioso e a progressão da suserania à soberania”.¹⁰

A superação da referencia descentralizada de poder no mundo medieval por este novo projeto político provocou o compartilhamento do poder, antes pulverizado entre as comunidades, mas que, desde então, por meio de um consenso racional, delegou ao soberano a autoridade para a elaboração das normas de conduta.

A mudança de paradigma, conforme de Tércio Sampaio Ferraz¹¹, se revela nesses termos:

“Ao se colocar o rei como personagem central de todo o edifício jurídico, aparece, nessa época, um conceito chave, que irá dominar a organização jurídica de poder: a noção de soberania. As disputas em torno desse poder mais alto, o poder soberano, bipartem-se na questão do fundamento do direito de se exigir obediência e na dos limites desse direito. Expõe-se o problema jurídico da legitimidade.”

O Estado Absolutista enfrentou, já em sua fundamentação, o problema da legitimidade do poder soberano, pois muito além do uso da força na manutenção da ordem e na conquista das fronteiras, tornou-se necessário desenvolver um discurso capaz de despertar nos homens o sentimento de pertencimento ao sistema vigente.

Eis, portanto, a razão e a influencia das teses contratualistas na formação desse pacto racional pela formação do Estado, pois, ao mesmo tempo em que deslocou o indivíduo da condição de vassalo para a de súdito, prometendo-lhe as benesses da segurança e da regularidade, também sustentou um vínculo consentido do real titular da soberania, qual seja, o povo, para o exercício central de uma autoridade que a todos vinculasse indistintamente.

¹⁰ MOREIRA, Luiz. A Constituição como simulacro. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007.

¹¹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito, Atlas. 2009. p. 32.

Resta então evidenciada uma das grandes inovações da nova forma de organização social, que superou a descentralização da referência de poder da idade medieval, quando a justificação da autoridade alicerçada na força foi substituída por um sistema de dominação racional, supostamente apoiado pelo consenso. Nesse contexto, qualquer tipo de direito passou a ostentar legitimidade, em função do instrumento burocrático da produção legislativa.

Ainda sob essa perspectiva, pode-se afirmar que a superação do paradigma medieval sustentou-se em nova relação de poder, trazendo para o setor público o desempenho de atividades antes exercidas indistintamente pelo crivo particular de cada feudo, quais sejam: as atividades econômicas, de administração da justiça e a cobrança de impostos, dentre outros¹².

Deve-se ainda registrar que, na concepção das teses legitimadoras do poder soberano do Estado e da sua posterior centralização, como fonte de produção das leis, a linguagem, juntamente com os fatores políticos e econômicos da época, se apresenta como instrumento fundamental, pois é mediante a comunicação e compreensão dos anseios do homem medievo que se estabeleceu o consenso formador do Estado Absolutista.

1.2 - O ESTADO LIBERAL:

A afirmação do Estado Absolutista revelou-se fundamental para os propósitos da classe burguesa, que ao contar com a segurança do reino e a padronização dos impostos, passou a concatenar os fatores da cadeia produtiva, apresentando-se como ator principal da atividade econômica. A situação privilegiada que, sob o ponto de vista mercantil, confere notável acumulação de riqueza não garante, no entanto, os privilégios dispensados à aristocracia, que, na França do século XVIII, por exemplo, não foi compelida ao pagamento de qualquer imposto ou taxa, para a manutenção da monarquia.

¹² STRECK, Lênio Luiz. DE MORAIS, José Luiz. Ciência Política & Teoria do Estado. Porto Alegre. Ed. Livraria do advogado. Ed, 2010. P. 43.

A classe burguesa, que à altura do século XVII não mais suportou o desprestígio político, buscou legitimar sua participação pelo discurso racional, valendo-se dos argumentos explanados pelas teses contratualistas, ao tempo em que sustentou uma estrutura normativa capaz de assegurar juridicamente os seus interesses.

Esta tese é denunciada oportunamente por Lênio Sreck e Bolzan de Moraes. *Verbis*:

“Na virada do século XVIII, entretanto, essa mesma classe não mais se contenta em ter o poder econômico; queria, sim, agora, tomar para si o poder político, até então privilégio da aristocracia, legitimando-a como poder lega-racional, sustentado em uma estrutura normativa a partir de uma “Constituição” – no sentido moderno do termo – como expressão jurídica do acordo político fundante do Estado. Aliás, não foi menos que isso – a exigência da convocação de uma assembleia constituinte – que Abade Sieyès e seus companheiros levaram ao Rei Luís XVI um ano antes da revolução¹³”.

Com linhas mais simples, quer-se aqui registrar que a fundamentação teórica da revolução liberal encontrou amparo intelectual na idéia do consenso e da universalidade. A primeira, ao que aqui se pôde constatar, revelou-se pela assembleia constituinte, levada ao conhecimento do Rei Luis XVI um ano antes de eclodir a revolução, ao passo que a universalidade foi pontuada mais tarde, sob as vestes da isonomia formal e do imaginário de que o homem, sem a intervenção do estado poderia sozinho, com o fruto do seu esforço e trabalho, auferir riqueza e deter posses para si e sua família.

À época, defendia-se a interpretação literal do texto, de sorte que todos os homens fossem tratados indistintamente perante a lei.

Mas, quais os alicerces teóricos dessa isonomia formal? Como a razão humana fundamentou a construção de um discurso de universalidade e padronização das referências legislativas?

Novamente, o pensamento filosófico se apresenta como fonte de construção do raciocínio jurídico. Por exemplo, na obra de Kant, identificam-se as bases intelectuais para normas universais e a conseqüente separação

¹³ STRECK, Lênio Luiz. DE MORAIS, José Luiz. Ciência Política & Teoria do Estado. Porto Alegre. Ed. Livraria do advogado. Ed, 2010. Pp. 51-52.

entre direito, moral e religião. Legitimou-se assim um discurso racional para a implementação de um estado mínimo, pautado nos primados da igualdade formal e na pretensa e malfadada ideia de que o homem se apresenta universalmente com as mesmas condições para o jogo político.

Ainda pelas mãos da filosofia, pode-se compreender de que forma estas concepções acabam por afetar direta e sensivelmente o ordenamento jurídico, pois a primeira manifestação relevante sobre a concepção de uma estrutura organizada sobre a disposição das leis apareceu já sob o império do Estado liberal, mas especificamente nos EUA, onde se implementou a ideia de que as leis deveriam submeter-se à Constituição.

Sob esta ótica, a teoria do ordenamento é obra da filosofia, que, ao considerar as necessidades de ordem prática, defende que a produção legislativa deveria apoiar-se em alicerces lógicos, ordenados e harmônicos, sob pena de tornar-se desprovida de eficácia e legitimidade.

Nesta linha de raciocínio, conforme análise de Ferraz Jr, o ordenamento não passa de construção hermenêutica, concebida para dar efetividade à estrutura de poder do Estado, uma vez que a teoria de um ordenamento lógico e coerente resolveria os maiores entraves da aplicação e efetividade dos interesses liberais, firmados sob a égide da lei e da igualdade formal. Percebe-se então, nesta quadra da história, que a lei representa por excelência, o limite substancial ao exercício de criação do direito pelo intérprete.

Com efeito, o relato dessas ideias se revela pela implementação de um sistema jurídico concebido e organizado em função de um referencial normativo codificado, ao que parece, em função de o texto ser, aos olhos do homem, o legítimo exercício de sua soberania, enquanto, para o Estado, representa marco relevante da capacidade de exigir indistintamente o cumprimento de suas disposições.

A recém instaurada hegemonia estatal, que, por intermédio do sistema jurídico, passou a representar o único ente legítimo na produção de normas concentrou dois universos: o referencial simbólico das instituições religiosas, que, à época medieval, eram concebidas com critérios hierárquicos de distribuição do poder e o exercício da força, comum entre os

diversos centros feudais, para a manutenção de fronteiras e a imposição de deliberações. A concentração do poder no Estado correspondeu à necessidade de se objetivar a soberania popular, que, no momento, se materializou e legitimou pelas normas estatais.

Este período histórico que, faticamente, apresenta o Estado como sucessor do clero na produção de normas de conduta, demonstra alteração subjetiva na consciência do homem, que espontaneamente se permitiu vincular a este sistema prescritivo e exigível, de sorte a viabilizar o exercício de poder do príncipe. Tal ordenação foi introjetada, gerando a consciência da obrigação no cumprimento das normas. A introjeção da ideia de normatividade estatal se construiu por meio de uma arquitetura pautada na obrigatoriedade do texto.

Curiosamente, recorreu à força do Estado para impor suas conclusões legislativas com a legitimidade de sua elaboração, ao mesmo tempo em que despertou no homem a expectativa de ver seus interesses representados pela norma, como reflexo da soberania popular, na defesa de uma ideal de bem estar social.

Não se tratou, portanto, de romper os antigos padrões normativos descentralizados dos antigos feudos, ou de, simplesmente, pautar a obediência pelos padrões eclesiásticos da consciência. O que se apresentou como fato histórico nessa transição foi o que se poderia chamar de *juridicização da consciência* ou mesmo de uma *sacralização do texto normativo*, vez que a consciência moral da organização eclesiástica e a exigência coativa do direito positivo passaram a ter o mesmo endereço.

Não por outro motivo, acredita-se, a força ilimitada de um deus criador se apresenta para a teologia de modo semelhante àquele desempenhado na teoria da constituição pela soberania popular. Ambos, a que se defende, são ilimitados e plenipotenciários.

Destarte, a sociedade moderna é desafiada a empreender a transição de uma época antes calcada em certezas metafísicas, mas, que com o surgimento do Estado, altera profundamente a relação do homem com o mundo, deslocando-o da condição de espectador, para reposicioná-lo como súdito de um Estado contratado em sua formação filosófica, para lhes conferir segurança e paz. A centralização dessa esfera de poder, ao que se

pode observar, congregou a organização eclesiástica e sua consequente fidelização moral, como o emprego já consagrado da força para a manutenção da ordem e garantia das fronteiras.

O resultado, para o homem, revelou-se por meio de um novo discurso de legitimação do poder estatal, que passou a apresentá-lo como senhor dos sentidos e das concepções de mundo, exatamente porque almejava legitimar o exercício de produção das normas e a sua posterior obrigatoriedade, pelo consenso de cada indivíduo.

Daí ocorrer mudança paradigmática sobre a percepção da relação do homem com o seu lugar no mundo:

“No universo simbólico, a concepção antropológica é marcada pela vinculação do indivíduo a um todo, que se desdobra em uma realidade física e em uma antropológica. Tal desdobramento reverte-se-á em uma unidade política, que propiciará o surgimento do homem como sujeito que projeta o todo a partir de si mesmo. A antropologização do real, fundada pela modernidade, é intrínseca ao Estado nacional, pois tal antropologização oferece meios ao indivíduo de conquistar uma independência categorial, ao qual permitirá se situar no mundo como sujeito livre, e por ser categoricamente livre, constituirá o mundo que lhe dá sentido”.¹⁴

Sob essa ótica, a realidade deixa de ter compromisso com qualquer percepção imanente das coisas e passa a ser o resultado de um exercício subjetivo, alimentando novamente a relação entre Estado e filosofia. Pode-se mesmo afirmar que a formação de um Estado forte e centralizado, na medida em que repactua a relação do homem com o mundo, também nos entrega o referencial histórico do que, mais tarde, se designou como *filosofia da consciência*.

É nesse sentido que Habermas vai dizer que

“As doutrinas religiosas da criação e da história da salvação havia fornecido razões epistêmicas para que os mandamentos divinos não fossem vistos como advindos de uma autoridade cega, mas sim como razoáveis ou “verdadeiros”. Ora, quando a razão se retira da objetividade da natureza ou da história da salvação e se transfere para o espírito de sujeitos atuantes e julgadores, tais razões

¹⁴ Id, p

“objetivamente razoáveis” para o julgamento e os atos morais têm de ser substituídas por outras, “subjetivamente razoáveis”¹⁵.

A relação estreita entre Estado e filosofia, que adiante nos apresentará estudo específico sobre a relação homem-mundo pela filosofia da consciência, já na formação do Estado moderno e do correlato desenvolvimento das ciências, expande sua influência também para a reconstrução do pensamento filosófico e do seu correlato papel no conhecimento. Se tal alteração paradigmática não poupou as antigas relações de poder, também não olvidou de reservar mudanças para a filosofia.

Em continuidade, resumem-se as influências dessa nova concepção de poder, de homem e de mundo, no desenvolvimento do pensamento filosófico, levando-se em conta a notável evolução das ciências empíricas.

1.3 - A TEORIA DO CONHECIMENTO: A FILOSOFIA COMO GUARDIÃ DO SABER

A evolução do pensamento científico inaugurada pela Física e pelas Ciências Naturais foi extremamente significativa sob muitos aspectos. No que concerne ao desenvolvimento da filosofia, segundo perspectiva kantiana, merecem relevo os avanços relativos às possibilidades e limites do conhecimento empírico, em franco desenvolvimento.

O celebrado filósofo conferiu ênfase às condições necessárias para que o ser compreendesse as lições trazidas pela experiência. Tal esforço de investigação transcendental deu origem a nova disciplina: a Teoria do Conhecimento, voltada para a formação de conceitos pré-convencionais e de pretensa razão, capaz de identificar primados universais¹⁶.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro – estudos de uma teoria política. 3ª edição. Rio de Janeiro. Ed. Loyola. 2007. P. 24

¹⁶ Neste ponto, Habermas se distancia da filosofia Kantiana e do seu modo de fundamentação transcendental, já que o intérprete, ao revés de se apresentar como mestre-pensador, para adotar a expressão cunhada por R.Rorty, não indica o lugar das ciências, nem teoriza sobre uma teoria geral do conhecimento, ao revés, aparece como ator na construção do diálogo. Esta realidade, por tanto, não revela quem tem que aprender com quem. HABERMAS, Jürgen. Consciência Moral e Agir Comunicativo. tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro. Ed. Tempo Universitário n 84. p. 45.

Para tanto, Kant concebeu uma razão, desvinculada da história e da tradição, capaz de unificar os aspectos morais e intuitivos do ser humano. Com isto, o citado filósofo pretendeu responder ao seguinte questionamento: “*O que posso conhecer?*”, acrescentando que, sem conceitos puros e categorias, não seria possível ao homem ter objetos de experiência. Destarte, a arte, a cultura e a moral poderiam ser deduzidas pelo uso da razão, através de critérios universais, conhecidos como imperativos categóricos¹⁷.

Esta tese, oportunamente criticada por Habermas¹⁸, levanta dois questionamentos: o primeiro refere-se a um domínio próprio da filosofia sobre as outras ciências, já que a fundamentação transcendental estaria a indicar os limites do que se poderia experimentar, e aqui se constata o papel de indicador do conhecimento. Já o segundo, reporta-se ao fato de que a filosofia kantiana não se esgota na teoria do conhecimento, pois assume o papel de criticar o abuso da faculdade cognitiva, que entre nós parece mesmo estar reservada para os fenômenos. Separando do conhecimento teórico as faculdades decorrentes de uma razão prática e a sua possibilidade de julgamento, restaria assentado também o papel de juiz a atuar em um suposto tribunal universal, com influência direta por sobre todas as outras áreas da ciência.

De fato, essa fundamentação transcendental reposiciona o conhecimento filosófico acima das outras ciências, pois presume ser capaz de conceber conhecimento anterior ao conhecimento empírico, o que evidentemente reserva ao filósofo um domínio particular, capaz de indicar o papel e os limites do desenvolvimento científico. Pode-se mesmo sustentar que tal fundamentação almejou separar o conhecimento teórico das faculdades da razão prática e do poder de estabelecer julgamentos, contrapondo-se, assim, à racionalidade substancial das interpretações de mundo tal como desenvolvidas pelas tradições religiosas.

Pautada em características eminentemente formais para a elaboração de uma teoria do conhecimento, a filosofia apresentou-se como

¹⁷ Kant enxerga o direito como instrumento ou mecanismo social idôneo a garantir o exercício do livre arbítrio humano, pois para ele, a liberdade é definida a partir de leis universais THOUARD, Denis. *Kant / Denis Thouard*; tradução de Tessa Moura Lacerda. São Paulo. Ed. Estação Liberdade, 2004. P 62.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro. Ed. Tempo Universitário n 84. p. 18.

instância superior a todas as outras ciências. Este papel idealizado de juiz supremo da cultura e da arte sustentava a defesa de que, pela teoria do conhecimento, se poderiam estabelecer conceitos a-históricos, pois sem a devida certificação transcendental-filosófica dos fundamentos do conhecimento, o que, a toda evidência, empresta ares de autoridade ao argumento filosófico, não seria possível legitimá-las perante o tempo e o espaço.

Há, portanto,

“uma conexão entre a teoria do conhecimento fundamentalista, que confere à filosofia o papel de indicador de lugar para as ciências, e um sistema de conceitos aistóricos, sistema este que é enviado sobre a cultura como um todo e ao qual a filosofia deve o papel não menos duvidoso de um juiz a presidir um tribunal sobre as zonas de soberania da ciência, da moral e da arte.”¹⁹

Resulta dessa formulação o pensamento filosófico a legitimar, mais tarde, o ideal de conceitos universais do estado liberal, ainda que em absoluto descompasso com a multiplicidade da realidade sócio cultural.

A consequência imediata dessa percepção abstrata do conhecimento para os textos jurídicos foi a adoção dos primados universais da igualdade, fraternidade e liberdade, ao mesmo tempo em que desarticulou das constituições as referências religiosas e morais, as quais, mesmo na vigência do estado absolutista, por respeito aos direitos naturais, constantemente propiciava suporte à aplicação do direito.

1.4 - DIREITO, MORAL E RELIGIÃO

A distinção entre o direito e a moral originalmente foi marcada pela forma de exercício das liberdades individuais: se, para a filosofia kantiana, a moral constituiria na legislação interna do Homem, através da formação dos imperativos categóricos, o direito se revelaria no plano exterior, por meio de relações jurídicas que, dotadas de instrumentos coercitivos, fossem capazes de regular as liberdades individuais.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. Consciência Moral e Agir Comunicativo. tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro. Ed. Tempo Universitário n 84. p. 19.

Assim, a coerção anunciada das normas jurídicas encontra amparo e legitimidade no Estado, que com as benesses da soberania pôde estabelecer um direito positivo e externo, a fim de regular, pelo império da força, as liberdades individuais.

Veja-se, nesse sentido, a argumentação de Gomes ao refletir sobre o tema:

“(...) A liberdade fundamenta a existência de leis internas, que criam deveres internos, na forma de imperativos categóricos. Mas a mesma liberdade interna fundamenta a existência de leis exteriores, que tornam possível o convívio das liberdades individuais (arbítrio). O direito é, portanto, a liberdade exteriorizada. (...) Como somente no Estado Civil há direito positivo, isto é, há garantia do convívio de liberdades individuais mediante uma lei universal de liberdade (...)”²⁰.

Essa concepção sugere que a fundamentação transcendental entende a emancipação humana pela obediência do indivíduo às leis formais e pelo cumprimento de um dever, o qual, apesar de exteriorizado pela norma jurídica, foi anteriormente construído por uma pretensa moral universal.

A obediência indiscriminada ao quanto previsto no texto permitiu ao Estado legislar em absoluto descompromisso com a peculiaridade do caso, legitimando assim, os aspectos políticos dessa tese no ordenamento jurídico do estado liberal.

Uma vez identificadas as consequências dos contornos universais da moral para o embasamento teórico do Estado, faz-se necessário compreender, com base nas lições de Descartes, um dos mais importantes membros da escola de Frankfurt, como foi possível desvincular Estado e religião, o que, a toda evidência, contribuiu decisivamente para a formação de textos constitucionais desprovidos de impressões religiosas.

De imediato, deve-se ressaltar o fato de que Descartes jamais tolerou a interferência religiosa na formação do conhecimento humano, podendo-se mesmo inferir que seu projeto de emancipação do homem foi construído com absoluta independência em relação à fé e às tradições religiosas. Sua concepção de verdade rechaça qualquer premissa imposta

²⁰ GOMES, Alexandre Travessoni. O Fundamento de Validade do Direito: Kant e Kelsen. Belo Horizonte. Ed. Mandamentos, 2000. pp. 79-80.

pela fé, eis que partiu de suportes matemáticos para demonstrar, com um raciocínio dedutivo, as hipóteses da experiência. Com outras palavras, pode-se mesmo inferir que a racionalidade cartesiana se imaginou absoluta, capaz de demonstrar, por experimentações, tudo o que pudesse ser objeto do conhecimento.

Conforme palavras textuais de Descartes:

“Essas longas cadeias de razões, tão simples e fáceis, de que os geômetros costumam servir-se para chegar às suas difíceis demonstrações, levaram-me a imaginar que todas as coisas que podem cair sob o conhecimento dos homens encadeiam-se da mesma maneira (...).”²¹

Sob o prisma jurídico, sua visão apresenta um direito material inteiramente técnico, pautada no exercício de uma razão hermética e comprometida com a exatidão científica e com o método dedutivo.

Já as lições kantianas de uma moral pré-conceitual são reproduzidas no modelo do Estado liberal e, sob os primados universais da Liberdade, Fraternidade, Igualdade, deixam de considerar as peculiaridades do caso concreto; em paralelo, exigem, como pressuposto das liberdades individuais, a obediência incontestada do texto legal.

Sob o enfoque filosófico, vale refletir sobre a lição de Descartes, ao sublinhar que: *“um Estado é muito mais bem regrado quando, tendo pouquíssimas leis, elas são rigorosamente observadas (...).”²²*

Nesse momento histórico, efetivou-se uma mudança de paradigma, vez que a visão de mundo até então preponderante sofreu diretamente as consequências dos avanços científicos, afastando-se, então, dos preceitos religiosos tradicionais.

Passamos então a considerar, em um breve relato sobre a ordem cronológica de transição da Idade Média para a formação do Estado Moderno, como o desenvolvimento das ciências empíricas afetaram os primados universais da filosofia cristã, e de que maneira esse movimento provocou a reaproximação da fé com a metafísica Aristotélica, para em

²¹ Descartes, Discurso do método, p. 23

²² Descartes, Discurso do método, pp 22-23.

momento posterior, demonstrarmos sua desvalorização e a consequente construção da subjetividade.

1.4.1 - A DESVALORIZAÇÃO DA BASE RELIGIOSA-METAFÍSICA

O fim da Idade Média e o início da Sociedade Moderna, que hodiernamente constitui referência de transição a queda do império romano do oriente, em 1453, ao quanto já se pôde demonstrar, também não passou imune às influências da filosofia, de sorte que o estudo de suas vertentes intelectuais também se apresenta como norte condutor para a compreensão das causas da desvalorização eminente da base religiosa-metafísica e do posterior pacto pela construção do Estado Moderno.

A evolução do pensamento e suas correlatas implicações para a construção de uma teoria do conhecimento, já anteriormente explicadas²³, apresentaram relevantes antecedentes históricos, tais como o desenvolvimento das ciências empíricas e o deslocamento das referências do homem no mundo e na relação com o seu semelhante.

Sob a perspectiva filosófica e cultural, pode-se afirmar que a Idade Média deixou marcas indeléveis, tais como a relação estreita entre filosofia e religião e a retomada da influência de Aristóteles e Platão em vários campos da ética, filosofia natural e metafísica, contribuindo de forma decisiva para a formação do pensamento medieval.

Após romper com a referência mítica das sociedades tribais que constantemente associavam o sofrimento humano a uma espécie de culpa interna, fruto de alguma possessão demoníaca ou da ira de alguma divindade, o desenvolvimento de religiões universais trouxe consigo um problema ético fundamental, pois procurou dar respostas ao sofrimento decorrente da flagrante desigualdade na distribuição de bens entre os homens. Este problema, na percepção de Habermas, decorre da “necessidade de buscar uma explicação religiosa ao sofrimento que se percebe como injusto.”²⁴.

²³ Vide o tópico 1.3.

²⁴.Ver TAC I, p. 267.

Portanto, o sofrimento nas sociedades organizadas não se apresentará mais como fruto da ira divina, suplantando-se assim o mito na correlação entre a noção de culpa e sofrimento.

Em linhas mais simples, sustenta-se que a mudança na valoração emprestada ao sofrimento do homem resulta de um processo sociológico, em que a mítica visão de mundo de uma sociedade tribal acaba suplantada pela perspectiva da religião-metafísica no exercício intelectual de justificação do sofrimento individual²⁵. Firma-se assim uma visão de mundo mais homogênea, que no desenvolvimento da sociedade estatal será amparada pela tradição.

Tratando-se da Idade Média, deve-se registrar que a expansão do Império Romano e a adoção do cristianismo como referência religiosa estabeleceu ampla perspectiva dos dogmas católicos perante os indivíduos. Tal realidade, no entanto, foi vigorosamente abalada pelo avanço das ciências naturais, dispendo então para a “filosofia cristã” o desafio de demonstrar racionalmente a pertinência de suas orientações. A preocupação da igreja em preservar a autoridade de suas ideias por meio da racionalidade, ao final fomentou esforços para o aprimoramento de sua própria filosofia.

Com linhas mais simples: o cerne da religião deixa de ser o cosmo e passa a estar focado no homem, a filosofia cristã passa a absorver algumas ideias pagãs, e almeja explicar seus dogmas e pretensões de universalidade pelo uso da razão. Esse, ao que nos parece, é o elemento propulsor desta estreita e conveniente relação do divino com a inteligência²⁶.

Diante de alterações tão marcantes, a filosofia cristã passou a enfrentar dois grandes temas na Idade Média: O Homem e Deus.

A busca de fundamentação racional da universalidade pode ser identificada em dois grandes períodos: a Patrística, que congregava a filosofia dos padres e se desenvolveu sob clara influência da filosofia grega, valendo-se de suas ideias e ideais para esclarecer e defender o novo conteúdo da fé; e a Escolástica, ou filosofia das escolas, quem em seu segundo período, com a retomada dos debates acadêmicos sobre a dialética, trará como tema principal, já a altura do século XI, o problema dos universais.

²⁵ Ver TAC I, p. 268.

²⁶ A filosofia clássica, de fato, já se encontrara em elevado estágio de desenvolvimento e amadurecimento de sorte que sua desconsideração não se poderia justificar sem prejuízo de uma fundamentação racional da universalidade cristã.

Assim, ao tempo em que a preocupação com a fundamentação dos dogmas católicos favoreceu o desenvolvimento da filosofia cristã, retomou o pensamento aristotélico, platônico e o estudo da metafísica clássica, que encontrou defensores da ordem de Santo Agostinho e São Tomaz de Aquino.

Santo Agostinho, sob a influência do período Patrístico procurou absorver a cultura grega pagã, defendeu a possibilidade de se usar a filosofia para justificar racionalmente os dogmas católicos, sintetizando, ainda que em outro contexto temporal, o pensamento da filosofia grega, resgatada em função das necessidades emergentes de fundamentação do cristianismo nos séculos IV e V.²⁷

Para esse autor, havia dois tipos de conhecimento: O não necessário e mutável, cognoscível pelos sentidos e variável no tempo e no espaço; e o conhecimento necessário e imutável, que por sua condição de verdade universal só poderia ser revelada por Deus. Com isso, incorporaram-se ao pensamento cristão referências intelectuais há muito afirmadas por Platão, ao tratar do mundo das ideias, séculos depois absorvida pela mítica cristã.

Conforme entendimento do próprio Agostinho: *“nada há no homem e no mundo superior à mente, mas a mente intui verdades imutáveis e absolutas, que são superiores à ela; portanto, existe a Verdade imutável, absoluta e transcendente que é Deus.”*²⁸

Esta tese, ao defender que a verdade absoluta só se pode alcançar por intermédio de Deus, ao tempo em que se afasta da metafísica clássica e das teorias da linguagem, também afirma como centro da verdade universal a interioridade do sujeito.

É nesse sentido que Garcia-Rosa afirma:

“(…) Santo Agostinho defende em sua tese do mestre interior da verdade. Segundo ela, a verdade não está na linguagem, mas na interioridade do sujeito. É essa interioridade que possibilita a linguagem e não o contrário. Há na interioridade humana algo que aponta para a transcendência, e este índice de transcendência é a necessidade com que a verdade se impõe á razão. Essa transcendência é, contudo, também proximidade. É no mais íntimo de nossa interioridade que se faz presente, iluminando o pensamento. O Deus Agostiniano é ao mesmo tempo íntimo e

²⁷ STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) Crise*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 129.

²⁸ AGOSTINHO, Santo. In *Os pensadores*, Vol. VI. São Paulo. Abril. 1973. P.

transcendente, familiar e distante, uma espécie de *Unheimlich* iluminador do pensamento”.²⁹

A conclusão deste raciocínio, que de certa maneira afirma o ideal de certeza absoluta pelo uso correlato da razão³⁰, justifica que a verdade seja fruto de uma atividade interior e subjetiva, disposta a alcançar ou obter, somente através de revelação divina e transcendental, a verdade sobre as coisas. Registre-se, no entanto, que o mesmo raciocínio, mais tarde serviu para fundamentar a teoria do conhecimento, servindo como amparo intelectual para revelar a essência do homem, qual seja: ser pensante em quem o pensamento não se deve confundir com a matéria³¹.

Esta perspectiva intelectual, no entanto, sofreu novas influências à altura do século XI, pois a organização das escolas platinas e a retomada da dialética revigoraram o interesse por problemas metafísicos e psicológicos, despertando, com isso, uma indagação especulativa.

Dito de outro modo: o século XI permitiu a ampliação de disputas teológicas que passaram a discutir problemas lógicos e científicos, embasando, assim, a retomada do problema dos universais. Este ambiente, ao que se constata, contrapõe-se aos ideais católicos de fundamentação racional dos dogmas religiosos, pois a essa altura, estudiosos colocavam em dúvida a pretensão de que gêneros e espécies fossem ideias e arquétipos na mente de Deus, somente alcançáveis pela revelação divina na interioridade do homem.

Destarte, objetivamente identifica-se o segundo período da filosofia cristã como Escolástica, que de forma predominante na Europa até meados do século XIV o problema dos universais para o centro da doutrina filosófica da época.

O desenvolvimento desta filosofia na baixa Idade Média deu origem a diversas correntes ideológicas, destacando-se dentre elas: o Realismo, Conceptualismo e o Nominalismo., as quais tomavam como

²⁹ GARCIA-ROSA, Luiz Alberto. Palavra e verdade na filosofia antiga e na psicanálise. Ed. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro. 2005. P. 95-96.

³⁰ Sobre as influências da filosofia grega nesta quadra da história, deve-se registrar, por oportuno, que Platão é o primeiro dos filósofos a examinar com sistematicidade o problema do conhecimento, e muito embora haja controvérsia sobre vários pontos da noção de conhecimento, pode-se ao menos afirmar que Platão tenha delimitado um critério formal para o saber: a razão.

³¹ AGOSTINHO, Santo. Confissões de Magistro, tradução de J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina. Ed. Abril Cultura. São Paulo. 1908. P. 19.

questão central a identificação do que se poderia considerar objeto de conhecimento e de que forma poder-se-ia atingi-lo.

Essa orientação, em corolário com o que antes se expôs sobre a formação da teoria do conhecimento demonstram como a filosofia cristã procurou conviver com o avanço das ciências empíricas, que amparadas por métodos e descrições objetivas, já a esta altura sobrepujavam os dogmas religiosos e suas pretensões de universalidade.

Trata-se, por tanto, de um momento de tensão entre a referência de mundo medieval e o desabrochar da modernidade, que com amparo na razão e nas constatações objetivas da ciência, consubstanciam os alicerces do Estado Absolutista.

Vale ressaltar que o problema dos Universais, que ao final da Idade Media, ocupou o centro dos embates doutrinários, apresenta-se como ideia ou conceito que identifica uma essência comum a muitos seres, os quais, em decorrência, devem ser aplicados a todos estes seres.

A influência deste ideário para a construção do discurso legitimador do estado absolutista, destarte, é objetivamente constatada pelo estudo destas correntes filosóficas, que inicialmente justificou os ideais católicos, mas com o desenvolvimento da dialética e a superação da metafísica aristotélica, encontrou no discurso nominalista de Hobbes, a fundamentação para o pacto racional de formação do estado moderno.

A repactuação da filosofia com instrumento na busca da verdade e a consequente valorização de sua influência sobre o homem, é oportunamente denunciada por Garcia-Rosa:

“Quem primeiro se lança à busca da verdade é o filósofo, e o faz movido por uma inquietude frente à realidade. Tomado pela perplexidade resultante dos múltiplos dizeres, o filósofo platônico se pergunta pela própria essência do dizer e pela possibilidade desse dizer nos falar sobre o ser. Constrói, então, seu próprio discurso, discurso esse que por ser autolegitimado apresentar-se-á, daí por diante, como juiz de todos os discursos (...).³²”

³² GARCIA-ROSA, Luiz Alberto. Palavra e verdade na filosofia antiga e na psicanálise. Ed. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro. 2005. P. 17.

Feitas as considerações sobre a valorização da filosofia pela religião, passamos então a analisar como cada qual das teses acerca da universalidade exerceu influência no pensamento moderno.

Para o Conceitualismo, a essência comum, embora reconhecida, só se poderia verificar na mente humana, que por um processo indutivo retiraria das coisas comuns os traços gerais. O conhecimento do homem, portanto, se caracteriza como processo de adequação entre o olhar e o objeto, buscando identidade entre pensamento e coisa, desvendando as essências próprias das coisas.³³.

Sob essa perspectiva, a noção de verdade não se poderia alcançar pelo homem ou pela ciência, já que a indução dos conceitos universais não poderia assegurar identidade com a realidade, tal como é. Considerando o notável avanço das ciências, dentre elas a matemática, pode-se entender por que motivos a corrente conceitualista tornou-se tão atraente para a religião. Explique-se: Seguindo as premissas estabelecidas para justificar o problema dos universais, poder-se-ia afirmar que a noção de conjuntos, números e equações matemáticas, pretensamente universais em suas aplicações, em verdade seriam apenas deduções do intelecto humano, de sorte que por sobre os fundamentos exatos da ciência, se posicionassem a razão e o pensamento do indivíduo sobre os dados concretos.

O Realismo, por sua vez, caracteriza-se como

“Concepção filosófica segundo a qual existe uma realidade exterior, determinada, autônoma, independente do conhecimento que se pode ter sobre ela. O conhecimento verdadeiro na concepção realista seria então a coincidência ou correspondência entre nossos juízos e essa realidade.”.³⁴

Para essa vertente de pensamento, aqui tratada sob a perspectiva Aristotélica³⁵, a essência comum a todas as coisas, antes de ser impressa na mente humana por ação Divina ou deduzida pela atividade intelectual, se apresenta, antes, na própria forma das coisas individuais, conforme a premissa de que a forma e a essência são inseparáveis.

³³ STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) Crise*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 127.

³⁴ JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. P. 231.

³⁵ Esta corrente também apresenta uma referência Platônica para fundamentar a questão dos universais. Veja-se, nesse sentido: Garci-Rosa, Lênio Streck e Ernildo Stein.

A palavra, nesse caso, só tem sentido se adequadamente derivada da prévia essência das coisas, e assim como no conceitualismo, ocupa papel secundário no processo de conhecimento do homem, pois desta forma, o universal apresentaria em si uma realidade objetiva, formada pela essência de objetos singulares, fora da mente humana e independente da revelação divina.

Nesta quadra da história, pode-se dizer que o sujeito estava assujeitado pela suposta essência das coisas, de sorte que sua percepção de mundo e vontade nada ou muito pouco poderia, enquanto resultado de sua individualidade, contra aquilo que se imaginava ser geral. Isto, ao que se constata, só seria possível pela negação dos universais, propondo em seu lugar que “somente tem existência real os seres individuais”.³⁶.

Em ambos os casos, relega-se à linguagem um papel secundário diante da busca da verdade em função da universalidade. Se, para a metafísica clássica, alcança-se a verdade se alcança pela captação adequada da essência das coisas, à linguagem se empresta apenas papel comunicativo e secundário no processo de conhecimento.

Já não é o que acontece, pois, com o Nominalismo em que a universalidade não passa de um *flactus vocis*, ou sons, emitidos para designar coisas individuais que nada teriam em comum a não ser o nome que lhes é atribuído para designar conceitos. Ainda segundo análise de Japiassu & Marcondes:

“Nominalismo: corrente filosófica que se origina na filosofia medieval, interpretando as idéias gerais ou universais como não tendo nenhuma existência real, seja na mente humana (enquanto conceitos), seja enquanto formas substanciais (realismo), mas sendo apenas signos lingüísticos, palavras, ou seja, nomes.”³⁷.

Diferente das duas primeiras correntes filosóficas, o nominalismo nega a universalidade na exata medida em que afirma só haver seres individuais. Dessa forma, os universais seriam apenas emissões fonéticas, que a exemplo do termo humanidade, revelariam tão somente uma convenção racional para designação das coisas sem com elas manter qualquer relação

³⁶ STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) Crise*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 130-131.

³⁷ JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. P. 196.

de pertinência com o mundo fático e real. Essa vertente, ao que se percebe, valoriza demasiadamente a linguagem, assumindo postura antimetafísica³⁸. Mas não é só.

Ao se atribuir novo papel à linguagem, a razão divina, que outrora a tudo comandava, cede lugar à vontade do indivíduo. A essência das coisas não mais reside no objeto, que repousa no pacto convencional pelos homens com o objetivo de designar significados supostamente universais³⁹. Tal concepção da linguagem como veículo condutor da comunicação entre os homens vai viabilizar a fundamentação de um contrato racional e convencional para a formação do estado absolutista.

Sob esse enfoque, merece relevo o esclarecimento de Lênio Streck:

“Não se pode olvidar que o nominalismo de Hobbes e o conceitualismo de Locke são fundamentais para a questão política relacionada à *emergência das teses contratualistas acerca do estado*. Observe-se que, “em Hobbes, a linguagem é o instrumento fundamental para a comunicação humana. O pacto para a formação do Estado, exige uma compreensão e adesão, e isto é somente possível pela linguagem” (...) É a filosofia fornecendo o arcabouço teórico para a possibilidade de sustentar a origem convencional do Estado e do poder, possibilitando, assim, *romper com as teses metafísico-essencialistas vigorantes até o medievo*, que davam suporte ao poder até então.⁴⁰”

Cumprir registrar, em função da oportunidade, a correlação entre a superação dessa base religiosa-metafísica e a fundamentação das monarquias absolutistas após a superação da idade média.

Foram tempos em que a ciência e a técnica se elevaram como novas fontes de conhecimento do homem e que, nas diversas manifestações do mundo prático, tais como a política e a economia, revelaram um mundo diverso aos olhos do indivíduo. Essas distintas visões de mundo, para além da pretensa homogeneidade da sociedade tradicional, projetaram as pluralidades.

³⁸ STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) Crise*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 131.

³⁹ Idem.

⁴⁰ STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) Crise*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 133-134.

Com efeito, a nova forma de organização social e econômica resultou no abandono da necessidade de profetas, para vincular a todos por meio de uma ética religiosa; com o conhecimento da complexidade nas relações entre os homens e com os avanços da ciência moderna, a formação de um novo estado nacional, acima da religião, encontrou sua origem na razão humana, que agora se apresenta como nova instância de unificação social.

A centralização dessa fonte de poder aglutinadora dos projetos de vida individuais gravitou em torno da realidade empírica, já que os ideais humanos de controle divino restaram desmistificados pela técnica e pelo procedimento cartesiano.

Os reflexos dessa nova percepção de mundo são facilmente identificados na sociedade pós-tradicional, pois o indivíduo, outrora reconhecido como irmão, no âmbito da ideia de comunidade religiosa universal, quando se defrontou com a multiplicidade de visões de mundo, passou a sentir-se estranho, diante de seu semelhante. Em paralelo, cumpre considerar as guerras religiosas e a reforma protestante, que já à altura do século XVI, provocaram uma verdadeira cisão no antigo mundo medieval, até então, praticamente monolítico.

Nesta fase, o que um dia fora elemento agregador e fundamento de uma moral universal, agora se apresenta como fonte constante de instabilidade, multiplicidade e insegurança.

Por tudo isto, a validação da moral apoiada numa ordem metafísica traz em si o problema fundamental universal, sendo superada pela teoria kantiana, que suplanta a fundamentação religiosa para a concepção de primados universais, defendendo abertamente que, por intermédio do sujeito se possa estruturar, pela razão, a nova visão de mundo, concebe uma organização racional-prática para justificar os primados universais da moral. Em palavras mais simples, admite-se a impossibilidade de obter justificação pública para todos os mandamentos morais, a partir de um mesmo ponto de vista divino transcendental.

Dito isto, pode-se entender melhor a tensão entre as doutrinas de cunho religioso e as ciências modernas de caráter empírico, o que, ao final,

esclarece como a filosofia propõe superar o problema da autoridade das normas morais, que de fato, demandam nova residência.

O homem do Estado iluminista e coabitante de uma sociedade pós-tradicional, que se encontrava sob o abandono das justificações metafísicas para a validade dos mandamentos morais, precisou buscar outra justificação.

Nessa quadra da história, Kant afirmava a liberdade do sujeito autônomo, que se revela senhor absoluto e reflexivo no uso da liberdade individual, para a formação do que deve ser socialmente implementado num horizonte universalista.

No exercício individual de interlocução do sujeito com o objeto do conhecimento, no entanto, não houve espaço para pensar o diferente ou a intersubjetividade.

Consequentemente, a justificação racional para a unificação das normas morais, sob pena de comprometer seus alicerces teóricos, sustentou abertamente que a percepção deste observador empírico, afastando-se assim dos postulados metafísicos, será também objetiva e imparcial, assumindo a perspectiva de uma terceira pessoa, a fim de preservar sua imparcialidade na avaliação das normas de conduta universalizantes.

Supera-se assim a fundamentação religiosa na construção de primados universais, que passam a ser edificados com base em uma razão subjetiva do ser em si mesmo. A defesa da unificação social não mais será derivada de entidades ou da vontade divina, mas de moral racional, formal e paradoxalmente decorrente de sentimentos individuais, que podem ser aceitos universalmente pelo senso comum que se origina no indivíduo isento e observador das realidades empíricas.

Procurou-se então garantir que as questões morais fossem tratadas como decorrência das convicções imparciais do homem, de sorte a desconsiderar qualquer apoio da tradição ou da religião, no processo de concepção da moral universal. Cria-se, então, a corrente intelectual identificada como filosofia da consciência.

14.2 - A FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA

A filosofia da consciência pauta-se segundo uma razão subjetiva que constitui contraponto às fundamentações religiosas de uma visão de mundo metafísica. No contexto da recém-desenvolvida sociedade pós-tradicional, onde o conhecimento científico desconstrói as pretensões de unificação social, por meio das tradições culturais ou ideais religiosos, o homem apresenta-se como vetor responsável no exercício de justificação dos atos morais; ou seja, capaz de apresentar as razões que justifiquem a validade dos julgamentos e dos atos morais para todos, sem contar com razões objetivamente razoáveis, uma vez que a “razão se retira da objetividade da natureza ou da história da salvação e se transfere para o espírito de sujeitos atuantes e julgadores⁴¹”.

Essa particular forma de ver o mundo e fundamentar as concepções morais por meio das percepções individuais na época do estado liberal e individualista foi um contraponto para embasar racionalmente os ideais de universalidade e, ainda que os textos constitucionais já desindexados de valores morais e preocupados quase que exclusivamente com a organização do estado não contemplassem a moral, a influência deste pensamento filosófico manifestou-se pela ausência quase absoluta da facticidade.

A correlação entre o texto jurídico técnico, voltado apenas para a estrutura organizacional, não por acaso, foi extremamente conveniente para um Estado legitimador das relações de poder das classes dominantes. Ao mesmo tempo em que se retiram das constituições as discussões sobre os projetos sociais de desenvolvimento e felicidade, também se expõe como o ideal dos imperativos categóricos universais afeta a produção jurídica: sob as vestes do pensamento positivista, o direito não se coaduna com a facticidade do caso, nem com a particularidade dos homens.

Evidenciada, portanto, a relação entre o ideal da moral universal defendida por Kant, dentro de uma perspectiva subjetivista e a ausência de facticidade no texto jurídico, identifica-se mais claramente como a produção

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro – estudos de uma teoria política. São Paulo. Ed. Loyola. 2002. P. 24.

intelectual dessa filosofia solipsista influenciou a construção do pensamento positivista do século XX.

1.5 - AS INFLUÊNCIAS DO PENSAMENTO FILOSÓFICO PARA A CONCEPÇÃO DA TEORIA POSITIVISTA NO SÉCULO XX.

A delimitação conceitual do positivismo jurídico é tarefa de considerável dificuldade, em função das suas inúmeras variações. Todavia, considerando os objetivos da presente investigação, serão contemplados apenas os aspectos centrais de sua tese, isto é: que a validade de uma norma, em consequência da influência kantiana, está desvinculada da moral⁴²; que as normas de um ordenamento não abarcam todas as hipóteses submetidas à apreciação judicial, caracterizando assim o que se chamará de “casos difíceis”; e ainda, a desatenção às peculiaridades do caso concreto, já que o positivismo, em praticamente todas as suas vertentes, separa o fato da norma, num absoluto descuido com a realidade do homem⁴³.

A corrente positivista, convenientemente instituída em tempos de isonomia formal e de desatenção para com as peculiaridades do caso concreto, ajusta-se perfeitamente ao ideal individualista do Estado Liberal Francês, pois congrega, sob as vestes intelectuais, a pretensa segurança da lei, ao limitar o espaço do absolutista, ao mesmo tempo em que afasta a possibilidade de atuação estatal e, em especial, a atuação judicial, das questões políticas fundamentais.

De fato, a história tem revelado que tais estruturas de poder não se movem isoladamente, pois a proposta de poder apresentada pelo Estado Liberal correlaciona uma estrutura jurídica capaz de permitir o alcance das finalidades pactuadas pelo contrato racional, de sorte que os interesses das classes privilegiadas sintam-se seguras em relação a seus direitos.

A relação entre a proposta de Estado e a estrutura do ordenamento jurídico permite tomar conhecimento de como e porque o

⁴² Para a filosofia Kantiana a moral se constituiria na legislação interna do Homem, através da formação dos imperativos categóricos, o direito se revelaria no plano exterior, por meio de relações jurídicas que dotadas de instrumentos coercitivos, fossem capazes de regular as liberdades individuais.

⁴³ Para muitas vertentes do positivismo se faz presente, ainda como elemento central, a concepção de que a existência e mesmo a validade das normas jurídicas seriam, em verdade, dependentes das práticas sociais, sendo reveladas como fontes sociais do direito.

positivismo jurídico foi concebido e adotado largamente pelos países europeus e de que forma a segregação da moral e da religião afetam a construção dos textos jurídicos.

Sob esta perspectiva,

“O Estado Liberal de Direito é a institucionalização do triunfo da burguesia ascendente sobre as classes privilegiadas do antigo Regime, onde se produz uma clara distinção entre o político e o econômico, com um Estado formalmente abstencionista, que deixa livres as forças econômicas, adotando uma posição de (mero) policial da sociedade civil que se considera a mais beneficiada para o desenvolvimento do capitalismo em sua fase de acumulação inicial e que vai aproximadamente até o final da primeira grande guerra”⁴⁴

Nessa linha de pensamento, de nada adiantaria aos burgueses delimitar legalmente os interesses de classe, se a aplicação do direito permitisse ao intérprete desconsiderar o texto para, em um exercício subjetivo, aplicar resposta diversa daquela previamente estabelecida pelo texto constitucional.

Não por acaso, a França destaca-se pela exclusão do controle judicial de constitucionalidade, que por evidentes razões históricas e ideológicas, afasta o órgão jurisdicional deste exercício, ao mesmo tempo em que atribui a um órgão político a responsabilidade para o controle de constitucionalidade da produção dos textos jurídicos.

Veja-se, nesse sentido, Mauro Capelletti:

“A exclusão de um controle propriamente judicial de constitucionalidade das leis é, na verdade, como se sabe, uma ideia que sempre foi tenazmente imposta nas Constituições francesas, embora concebidas como Constituições “rígidas” e não “flexíveis”. Todas as vezes que, nas Constituições francesas, se quis inserir um controle da conformidade substancial das leis ordinárias em relação à norma constitucional, este controle foi confiado, de fato, a um órgão, a um órgão de natureza, decididamente, não judiciária. Assim aconteceu as constituições dos dois Napoleões, isto é, a de 22 frimário do ano de VIII (13 de dezembro de 1799, a qual, nos artigos 25-28, confiava o controle ao *Sénat Conservateur*, e a de 14 de janeiro de 1852, a qual, nos artigos 25-28, confiava o controle ao *Senat*.”⁴⁵

⁴⁴ DIAZ, Elias. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Madrid, Taurus. 1983. Originalmente citado por STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 36.

⁴⁵ CAPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. 2 ed – reimpressão, 1999. Tradução. GONÇALVES, Aroldo Plínio. Porto alegre, pag. 94-95.

Assim, sob o ideal de conceitos universais e aplicações herméticas da lei, foi concebida a primeira vertente do positivismo jurídico, aqui definido como positivismo exegético. Esta primeira espécie, em verdade, revela o avanço considerável da ciência que, direta e incisivamente, afetou a construção do direito.

Este estágio do pensamento científico fez com que a dogmática procurasse abarcar, de forma geral e definitiva toda e qualquer situação passível de apreciação judicial, numa clara demonstração do objetivismo da época. Trata-se do tempo de elaborar códigos pretensamente absolutos, de legislar sem qualquer compromisso explícito com a moral ou a religião, mas apenas (supostamente) com o rigor técnico de normas gerais e descompromissadas com a peculiaridade de cada caso.

Observa-se que, já na primeira concepção do positivismo, são notórias as influências teóricas de Descartes na segregação da religião e em uma aplicação hermética do quanto previsto na legislação.

De outro lado, pode-se ainda concluir que a noção kantiana de imperativos categóricos e conceitos universais oferecem o sucedâneo intelectual para a segregação entre fato e norma jurídica, uma vez que o direito, sob a influência do desenvolvimento científico desempenha quase que exclusivamente um papel regulador, limitando os poderes do Estado sem considerar a realidade do homem e a peculiaridade do caso concreto.

Não por acaso, essa histórica repressão capitalista amparou-se no pensamento filosófico, pois a atividade burguesa nesse movimento de evolução social assentou, nas teses da consciência moral universal, no conceito de um bem estar geral e de um projeto único de felicidade, a legitimação de uma violência simbólica de segregação das castas, onde aparentemente, cada qual tem seu lugar e papel predeterminado e essencial ao funcionamento do sistema jurídico

De fato,

“A repressão jamais pode confessar-se como tal: ela tem sempre a necessidade de ser legitimada para exercer-se sem encontrar oposição. Eis por que ela usará as bandeiras da manutenção da ordem social, da consciência moral universal, do bem-estar e do

progreso de todos os cidadãos. Ela se negará enquanto violência, visto que a violência é sempre a expressão da força nua e não da lei – e como fundar ordem a não ser sobre uma lei aceita e interiorizada? A relação de força vai então desaparecer enquanto tal, será sempre coberta por uma armadura jurídica ideológica.⁴⁶

Muito embora essa contribuição filosófica procure justificar a abstenção estatal, que ao promover o divórcio entre direito e facticidade fundamentou um discurso jurídico desatento aos reclames de uma sociedade marcada pela desigualdade e pela exploração desenfreada; de outro, coloca como elemento central e legitimador das pretensões universais um indivíduo ideal, que como terceiro participante da realidade, se assenhora do saber para atribuir por meio da razão, sentidos individuais a textos jurídicos, com pretensões de universalidade.

A evidente tensão entre o interesse liberal de limitar a atividade hermenêutica esbarra claramente nesse sujeito solipsista, que, muito além da interpretação literal defendida pelo Estado Liberal, usufrui de liberdade ilimitada, no exercício intelectual de percepção do mundo.

Com essas advertências, procura-se acompanhar o desenvolvimento do pensamento positivista, com conhecimento de que seu desafio se caracteriza pelo intuito de limitar o exercício solipsista do homem na atribuição de sentidos, ainda que sob esta mesma ideia se tenha construído a argumentação de primados universais e a ausência de facticidade no mundo jurídico.

A construção desse Estado Liberal, sob o prisma jurídico, revela inúmeras variáveis intelectuais, vez que, conjuntamente com a proposta de isonomia formal e a ausência do Estado como elemento mediador das relações travadas no espaço particular, passa-se a conviver com diversos tipos de positivismo.

Uma primeira vertente, aqui designada como positivismo legalista, é aparentemente fortificada pela elaboração de códigos científicos⁴⁷ e se baseia na determinação rigorosa da conexão lógica dos

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Lênio Luiz Streck - Aplicar A "Letra da Lei" É Uma Atitude Positivista? Revista NEJ - Eletrônica Vol. 15 - n. 1 - P. 158-173 / jan-abr 2010. Disponível em: www.univali.br/periódicos.

signos, pois, no que se reporta à interpretação do direito, isto seria suficiente.

O mesmo raciocínio deveria ser aplicado aos casos que reclamassem analogia ou uso dos princípios gerais do direito, também submetidos ao rigor sintático quando de sua aplicação, como bem assinala Lênio Streck:

“Antes dos códigos, havia uma espécie de função complementar atribuída ao Direito Romano. A idéia era simples, aquilo que não poderia ser resolvido pelo Direito Comum, seria resolvido segundo critérios oriundos da autoridade dos estudos sobre o Direito Romano – dos comentadores ou glosadores. O movimento codificador incorpora, de alguma forma, todas as discussões romanísticas e acaba “criando” um novo dado: os Códigos Civis (França, 1804 e Alemanha, 1900)⁴⁸”.

A premissa é de que as inexactidões sintáticas seriam as responsáveis pela insurgência e a instabilidade na entrega das prestações jurisdicionais, de sorte que a correta organização das palavras deveria servir para imprimir limites ao hermeneuta. A clareza do texto faria valer o ideal burguês de controle do Estado pela mera reprodução, afastando, destarte, por completo, a necessidade/viabilidade de interpretação.

Essa versão primitiva do positivismo, além de confundir texto com norma (sentido do texto), e lei com direito, em corolário da ausência de facticidade e da preocupação com o purismo e com o rigor científico sustenta, convenientemente, que ao juiz não seja dado interpretar a lei, pois este ato estaria situado no âmbito do não-científico e em total descompromisso com o ideal e a segurança defendia, em especial, pela burguesia francesa da pós-revolução.

A insuficiência da sintaxe, no desiderato de estabelecer limites definitivos para a aplicação do direito, revela seus preliminares traços, já nas primeiras décadas do século XX, pois as décadas de 30 e 40 são o relato histórico das intervenções estatais em espaços privados, a tal ponto que a suposta autoridade de códigos monolíticos foi colocada em cheque, em face da multiplicidade das questões postas sob apreciação judicial.

Não há como delimitar a renovação cotidiana da vida nas apertadas linhas do imaginário legislativo, de sorte que o desgaste acelerado

⁴⁸ Idem.

das proposições codificadas permite estudar, ainda que sob a influência da jurisprudência dos conceitos e da proposta do Estado de Direito, a vertente normativa do positivismo.

No segundo momento de reavaliação da tradição positivista, Hans Kelsen constitui o defensor do método analítico, opondo-se ao sistema da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre. O reforço do citado método revela-se pela preocupação com o desenvolvimento de um vocabulário próprio e específico da ciência jurídica, de sorte a limitar que as margens semânticas da linguagem comprometessem a uniformidade de aplicação do direito⁴⁹.

A mudança de foco da atividade positivista, em verdade, representa corolário da constatação de que o problema da interpretação não reside na sintaxe dos textos; mas, em sua semântica.

Veja-se, nesse sentido, o magistério de Lênio Luiz Streck:

“(...) em um ponto específico, Kelsen “se rende” aos seus adversários: a interpretação do direito é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista. Para o autor austríaco, esse “desvio” é impossível de ser corrigido. No famoso capítulo VIII de sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen chega a falar que as normas jurídicas – entendendo norma no sentido da TPD, que não equivale, *stricto sensu*, à lei – são aplicadas no âmbito de sua “moldura semântica”. O único modo de corrigir essa inevitável indeterminação do sentido do direito somente poderia ser realizada a partir de uma terapia lógica – da ordem do a priori – que garantisse que o Direito se movimentasse em um solo lógico rigoroso. Esse campo seria o lugar da Teoria do Direito ou, em termos kelsenianos, da Ciência do Direito. E isso possui uma relação direta com os resultados das pesquisas levadas a cabo pelo Círculo de Viena.”⁵⁰.

Kelsen superou o positivismo exegético, não sendo, portanto, razoável lhe atribuir a defesa de aplicação hermética e fechada, pois sua obra não respalda a ideia de que o positivismo normativo seja a aplicação literal do texto; todavia, sua tese, ainda que tenha identificado o problema da semântica na formulação do direito, relega o problema da aplicação concreta do direito ao campo da hermenêutica. Sua teoria, sob esta perspectiva, seria uma metalinguagem sobre o sujeito-objeto⁵¹.

⁴⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*; tradução de João Batista machado. São Paulo. Ed. Martins Fontes, 1999. P 250-251.

⁵⁰ Lênio Luiz Streck - Aplicar A “Letra da Lei” É Uma Atitude Positivista? Revista NEJ - Eletrônica Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010. Disponível em: www.univali.br/periódicos.

⁵¹ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 45.

Na interpretação de Streck⁵², este positivismo normativo, devido à impossibilidade de controlar o sujeito solipsista, relega o problema da hermenêutica jurídica a um segundo plano, deixando a cargo dos juízes, por meio de um ato individual de vontade a interpretação do texto. Destarte, tal postura dogmática abandona o problema central do direito; qual seja, sua interpretação, no nível da aplicação.

De certa forma,

“Kelsen, ao seu modo, também resignou-se à essa fatalidade: o sujeito solipsista seria (é) incontrolável. Por isso, Kelsen elabora uma teoria que é uma metalinguagem (afinal, foi frequentador do Círculo de Viena) sobre uma linguagem-objeto. Em consequência, o mestre de Viena confere uma importância mais do que secundária à interpretação (papel do “sujeito”), admitindo que, por ser “inexorável”, deixe-se que o juiz decida “decisionisticamente” (afinal, para ele, a interpretação do juiz é um ato de vontade e, por isso, não “se preocupa” com isso – eis aí o problema do decisionismo).⁵³”

Com linhas mais simples, admite-se que Kelsen se rende ao sujeito solipsista, pois reconhece a impossibilidade de controlá-lo, expondo a correlação evidente do pensamento filosófico com a construção do ordenamento jurídico⁵⁴.

O fracasso na superação do esquema sujeito-objeto pelo positivismo jurídico vem acompanhado de outra constatação, qual seja, a de que a premissa filosófica de ideais universais, ainda que pela mão do sujeito imparcial e senhor dos sentidos, pudesse encontrar com o exercício da realidade.

De fato, a história revelou que, tanto as premissas de uma verdade incondicional, apresentadas por meio dos imperativos categóricos como condição necessária a convivência humana, bem como o fato de que a filosofia possa desempenhar o papel de juiz e indicador de lugar do conhecimento, não conseguiram ser afirmadas pelas Ciências Sociais, uma vez que a busca pela pretensão de validade pautada em conceitos universais naufraga pela impossibilidade destas ciências afirmarem as suas teorias.

⁵² KELSEN, Hans. Teoria pura do direito; tradução João Baptista Machado. São Paulo. Ed Martins Fontes, 6ª edição. 1998. P. 246.

⁵³ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 45.

⁵⁴ Idem.

Este é o depoimento claro de quem se dispõe a reler, com os ares da contemporaneidade, as promessas de economia global e de uma percepção moral anterior a fenomenologia⁵⁵.

O fracasso do esforço kantiano de afirmar o princípio da universalização por uma moral eminentemente formal, em muito se deve à pretensão filosófica de estabelecer um padrão de comportamento convencional desvinculado de valores específicos, tais como a religião, a cultura e a arte de determinada sociedade.

A percepção desse fenômeno pôde ser verificada nos mais diversos ramos acadêmicos, tais como a economia, a política e a psicologia, que, ao revés de ratificarem o papel filosófico de guardiãs da racionalidade, expuseram a fragilidade das fundamentações transcendentais. Em arremate, pode-se afirmar que não foi possível obter-se o registro histórico de conceitos a-históricos.

Esta premissa de universalidade, que seguramente contemplaram outras ciências sociais sob a proteção intelectual do pensamento kantiano, ainda que defensável, não pela suposta autoridade filosófica, mas enquanto alternativa para o objetivismo da época, no entanto, foi incapaz de consagrar suas promessas.

Daí a indagação e a resposta de Habermas:

“(...) ficou visível o fracasso das ciências sociais convencionais, que não puderam cumprir suas promessas teóricas e práticas. A pesquisa sociológica não conseguiu satisfazer os critérios estabelecidos tais como, por exemplo, os da teoria global de Parsons; a teoria econômica Keynesiana fracassou no plano político da tomada de medidas eficazes; e, na psicologia, também foi a pique a pretensão de explicação universal da teoria da aprendizagem – que foi apresentada, no entanto, como exemplo por excelência de uma ciência exata do comportamento. Isto abriu caminho para abordagens alternativas, baseadas nos fundamentos da fenomenologia, do segundo Wittgenstein, da hermenêutica filosófica, da teoria crítica, etc. Essas abordagens recomendavam-se simplesmente pelo fato de oferecer alternativas ao objetivismo predominante – e não tanto com base em sua reconhecida superioridade⁵⁶.”

⁵⁵ O fracasso das ciências sociais convencionais em cumprir as promessas teóricas, como bem observado, dentre outros, por Habermas, compromete os fundamentos de uma teoria da aprendizagem de cunho universalizante, o que a toda evidência abre caminhos para abordagens alternativas, dentre elas, a Hermenêutica filosófica.

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro. Ed. Tempo Universitário n 84. Pp. 38-39.

O fracasso das ciências sociais convencionais em cumprir suas promessas teóricas, como bem observa o autor, compromete os fundamentos de uma teoria da aprendizagem de cunho universalizante, o que a toda evidência abriu caminhos para abordagens alternativas, dentre elas, a Hermenêutica filosófica.

A impossibilidade de as ciências demonstrarem suas teses revela seus motivos na percepção de uma moral pré-convencional e encontra na obra de R.Rorty, em “crítica da filosofia”, uma resposta mordaz acerca da suposta falta de modéstia do pensamento filosófico, pois o citado autor, propõe o abandono da pretensão de razão como farol para a visão do mundo, pretendendo, dessa forma, construir uma fundamentação dialética⁵⁷.

Quer-se com isso identificar a alteração de paradigma, que em Kant se sustenta em uma razão atemporal, capaz de correlacionar entre si o intelecto e a razão; mas que, em Hegel, abandona a pretensão de universalidade para concentrar-se no contexto sócio-cultural de suas origens, delegando ao relato histórico, o papel de tribunal do mundo.⁵⁸

Passa-se então a avaliar como as novas ideias influenciam a formação e a aplicação do direito por intermédio do consenso racional, peculiar e pós-convencional.

Muito embora a filosofia tenha abdicado de sua função orientadora de uma magistratura suprema, renunciando ao seu papel de indicador de lugar do saber, preserva, com os sabores da totalidade, seu novo ideal de guardião da racionalidade, que encontra seus contornos em fundamentos dialéticos para a formação do conhecimento.

Para tanto, em prosseguimento, passa-se a adotar o referencial teórico de Jurgen Habermas.

⁵⁷ Esta nova forma de desenvolvimento da razão encontra no pensamento de Hegel, uma de seus maiores expoentes, pois sua obra evidencia a defesa de uma razão dinâmica, agindo no foco de uma tensão entre a dialética e o impasse que se estabelece entre situações opostas, sendo, ao final, resolvida por meio de mudanças. A este fenômeno, Hegel denomina de “evolução dialética”.

⁵⁸ HABERMAS, Jurgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro. Ed. Biblioteca Tempo Universitário 84. 2003 p. 20-21.

1.6 – O USO DA RAZÃO PRÁTICA E SUAS ILAÇÕES PARA A APLICAÇÃO DO DIREITO

Ao tratar da perspectiva de emancipação do homem pelo uso da razão dialética, Habermas inicialmente apresenta duas espécies de uso da razão, a primeira, que com base nas lições de Kant pode ser chamada de teórica, volta-se para a reflexão e as impressões pessoais e particulares do indivíduo em sua construção de mundo. A segunda, que se revela pelo agir comunicativo, é chamada de razão prática e assume as seguintes vertentes: o Pragmático, o Ético e o Moral.⁵⁹

O uso desta razão prática, em Habermas, assume a responsabilidade de superar o esquema sujeito-objeto na percepção dos sentidos, de sorte a legitimar a universalidade pelo consenso racional, formal e dialético. Este é o desafio, passamos então a estudar as suas vertentes.

O uso Pragmático da Razão prática define o agir impulsionado apenas para o resultado almejado pelo indivíduo. Sua motivação ampara-se apenas no resultado, e é orientada pelo princípio da eficácia. Nesta conduta não reside qualquer espécie de questionamento a cerca do sentido, alcance ou das consequências sociais da conduta empregada. No entanto, a História nos tem revelado que esta forma de ação contribui severamente para o agravamento das injustiças sociais, na medida em que submete os aspectos da nossa vida pessoal e social ao princípio da eficácia.

O uso ético da razão prática baseia-se em outro princípio: a busca do que é bom tanto para o indivíduo como para a sociedade. Trata-se de uma postura ou atitude baseada em valores.

Segundo Habermas: *“ela implica não só o autoconhecimento e a auto-compreensão, como também certos ideais, certos valores. Quando alguém decide qual o seu ideal de vida. O faz com base em certos valores⁶⁰”*.

Estes valores, no entanto, são colhidos de um contexto social, de sorte que o uso da razão prática esta ligado a uma realidade prática e social.

O uso ético desta razão prática herda os valores do contexto social, mas não os questiona, ao revés, os utiliza para reproduzir este mesmo

⁵⁹ Estudos Avançados (USP-SP, 3(7): 4-19, set./dez. 1989.

⁶⁰ Estudos Avançados (USP-SP, 3(7): 4-19, set./dez. 1989.

mundo. Afirma-se ainda, com base nas lições de Aristóteles, que o atuar prático desta razão se orienta pelo ideal de vida boa, sendo esta última, definida pelo grupo social ao qual pertence o indivíduo.

Contra-pondo-se a estas duas primeiras vertentes, Habermas apresenta o uso moral da razão prática, cujo princípio norteador é a justiça. Segundo o autor, a moral surge de uma situação de conflito relacionado com a ação; é um fenômeno interpessoal e social. Nestes termos: **“Quando o sujeito, em interação com os outros sujeitos, seja de forma efetiva, seja como horizonte de uma ação, se pergunta sobre o que é justo, ele faz uso da razão prática, segundo um novo princípio, o princípio moral”**.

Esta motivação do indivíduo pela busca da justiça, destarte, não se limita pela tradição ou convenções sociais, pois o uso desta razão prática, assim como as demais, não se percebe sozinha, já que a razão ética, mesmo quando busca definir um projeto pessoal de vida, sempre considera o meio social, assim como o atuar estratégico⁶¹.

Retomando aqui os ideais Kantianos, pode-se arguir que o princípio fundamental da moral, para Habermas, é a universalidade, desta vez apresentada com os seguintes requisitos: as formas morais devem poder ser aceitas por todos os indivíduos envolvidos na situação em que serão aplicadas, sem coação. Nesse contexto, o intérprete já não mais se apresenta com superioridade, pois agora se percebem envolvidos nas negociações sobre o sentido e também sobre a validade destes proferimentos. Nas palavras textuais de Habermas:

“Em segundo lugar, ao assumir uma atitude performática, os intérpretes não apenas renunciam a uma posição de superioridade em face de seu domínio de objetos, mas confrontam-se, além disso, com a questão de como superar a dependência de sua interpretação relativamente ao contexto. Eles não podem estar seguros de antemão de que eles próprios e seus sujeitos da experiência partem do mesmo fundo de suposições práticas”⁶².

Ao assumir esta atitude performática, ressalte-se, os intérpretes, para além de renunciarem ao ideal de mestre-pensador passam também a se

⁶¹ Diferencia-se o autor, neste ponto, de Kant, para quem a razão prática era analisada em um contexto individual.

⁶² HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro. Ed. Biblioteca Tempo Universitário 84. 2003 p. 43.

preocupar com a necessidade dependência de sua interpretação. Isto em função de não se ter garantida a suposição de que eles próprios e seus sujeitos da experiência estão a adotar o mesmo referencial prático diante da ação comunicativa.

Opta este autor por uma moral cognitivista, o que nos permite afirmar que é através da razão que se atinge a noção de moral, pois não há nenhuma outra faculdade humana, como o instinto ou a intuição, que sejam capazes de definir os seus contornos.

Esta moral cognitivista é também uma moral formalista, não se definindo, previamente, pelo conteúdo, mas sim pela forma que assume o ato, do ponto de vista dos sujeitos que o concebem. Pode-se então afirmar, que os conteúdos concretos destas ações podem variar no tempo e sofrer transformações. Destarte, muito embora o juízo moral não mude, pois é universal e fundamentado na razão, seus conteúdos certamente serão repensados ao logo da história.

Percebe-se, a toda evidência, que muito embora a fundamentação tenha encontrado caminhos mais atuais para delimitar conceitos universais, agora frutos da atividade dialética e da prática do agir comunicativo, ainda que não mais se sustente pela via pré-convencional, em absoluto abandona a pauta da evolução do pensamento filosófico, que como poderemos perceber mais adiante, ira buscar, pela linguagem, ratificar a pretensão de universalidade.

Nesta nova seara, edificada pelo consenso racional e dialético, pode-se afirmar que os ordenamentos jurídicos, contaminados agora pela brisa do diálogo e da modernidade, voltam a absorver valores e princípios em seus textos constitucionais, já não sendo mais incomum que as cartas soberanas dos países Europeus elejam como fundamento do atuar estatal, uma nova tábua axiológica, pautada agora na dignidade humana.

Para tanto, se faz necessário repensar sua estrutura normativa, permitindo assim a criação de um espaço adequado para que o caminho do conhecimento possa contar com uma razão dialética na formação do consenso e na construção do direito, pois se a validade das concepções de verdade e dos princípios universais da moral não podem ser medidas senão pelo consenso, alcançado argumentativa(mente) pelos participantes do

diálogo, então, não se pode deixar de considerar, que tudo aquilo sob o qual se centra a validade, esta, de fato, arraigado a um terreno instável e dinâmico, onde o acordo racionalmente motivado possa ser fruto da atualidade e das peculiaridades do contexto histórico.

No entanto, sem olvidar das contribuições Habermasianas para com a fundamentação deste novo discurso constitucional, pautado pelo consenso racional e comunicativo de seus interlocutores, devemos ainda identificar, se foi possível à teoria do agir comunicativo, superar o esquema sujeito-objeto, para em seguida mensurar qual a sua influencia no exercício da atividade jurisdicional e na efetivação dos direitos fundamentais.

A teoria discursiva de Habermas, como pode se observar acima, fundamenta-se, pretensamente, não mais no sujeito solipsista, mas sim em um conceito de mundo de vida que poderia formar um horizonte ideal de interlocução entre os seus participantes. Este, pois, seria o terreno adequado para formar e legitimar o consenso entre os homens, pois enquanto a razão prática de Kant soçobra em razão de sua subjetividade, somente as máximas universalizáveis pela perspectiva de todos aqueles afetados pelo consenso, em uma situação ideal de fala, é que poderiam gerar a obrigatoriedade.

A concepção de verdade, para esta teoria, deixa de ser conteudística e passa a ser identificada como o resultado do consenso obtido em condições idealizadas de fala e conquistada pela concordância argumentativa. Sua compreensão de mundo vivido e ideal ao exercício do agir comunicativo, no entanto, é o resultado de uma antecipação de sentido, é corolário de uma representação e por tanto ainda inserida no paradigma da consciência.

Em realidade,

“não se trata, em Habermas, de substituir a razão prática; o que ocorre é que a razão prática passa a se chamar agir comunicativo (agora livre do sujeito solipsista, segundo o filósofo alemão), simplesmente para acentuar o lado interativo, dialogal de todas as decisões que resultam da razão prática. Então, Habermas pretende superar a razão prática no sentido solipsista, representacional ou consciencialista, através de uma razão comunicativa, mas que, nesse ponto, não deixa de ser prática,

porque agora deslocada para outro lugar: a fundamentação prévia dos atos do mundo prático.”⁶³

Pelo agir comunicativo, no entanto, destaca-se uma eminente primazia pelo processo político de formação da vontade do estado, que em um mundo de vida ideal afasta as distorções deste procedimento argumentativo de obtenção do consenso, e nisto reside uma de suas maiores fragilidades. Todavia, como a percepção de mundo em verdade é fruto de uma antecipação de sentidos, feita pelos interlocutores da argumentação, não se pode aqui deixar de observar a correlação desta tese com os ideias kantianos e com a já mencionada filosofia da consciência.

Assim, o sujeito isolado, ideal e solipsista, passa a ser substituído(?) por um universo de comunicação em que os homens atuam coletivamente, sempre com a antecipação de um discurso ideal.

Com linhas mais simples, quer-se aqui arguir, que o conceito de mundo vivido, ainda que redesenhado e aparentemente delimitado por novos contornos linguísticos, permanece como fundamento para um senso comum idealizado e com funções contra factuais. Pelas mãos desta filosofia, portanto, o direito, mesmo que no pretense estado democrático de direito, se encontrara desprovido de facticidade e amparado em decisões solipsistas, que afetaram decisivamente a eficácia de direitos constitucionais coletivamente embasados pelo consenso, já que em sua aplicação se encontrara refém do sujeito⁶⁴⁶⁵.

Feitas estas considerações, retomamos o estudo das influências políticas e filosóficas na construção do direito contemporâneo, dentro da proposta intervencionista e transformadora deste novo estado, democrático de direito.

De imediato, pode-se afirmar que a percepção dialética na formação do consenso afetou diretamente a produção de textos jurídicos, edificando novamente os caminhos para que os diplomas jurídicos pudesse

⁶³ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 42.

⁶⁴ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 11.

⁶⁵ Em sentido contrário, manifesta-se Álvaro Ricardo de Oliveira, para quem a teoria Habermasiana não admite discricionariedades, apostando, inclusive, na possibilidade de se obter uma única resposta correta para o caso. *Verbis*: “A resposta correta é uma exigência contrafática da legitimidade da coação estatal face à normatização das expectativas sociais de comportamento e do estado democrático de Direito. Mas, apesar de contrafática, ela não é uma quimera ou se confunde com o conceito metafísico de justiça.”⁶⁵

retomar o diálogo com conceitos morais, desta vez, não em função de supostos direitos naturais ou de conotações religiosas, mas sim como resultado de um agir comunicativo.

Este pacto motivado pelo consenso racional dos indivíduos vai permitir que as cartas constitucionais reestruturem as suas redações, a fim de contemplarem, dentre tantos outros conceitos, a dignidade humana e a segurança jurídica, ao tempo em que já não mais admite que percepções individuais de mundo possa embasar decisões judiciais e gozar da obrigatoriedade.

Eis o relato histórico sobre a evolução do pensamento científico, passamos agora a observar de que maneira esta corrente é percebida pelo ordenamento jurídico, em especial, no pós-guerra de 45 e na superação do Estado Liberal pelo Estado Democrático de Direito.

Capítulo 2 – A INFLUÊNCIA DA FILOSOFIA NA CONSTRUÇÃO DO DISCURSO PÓS-POSITIVISTA DE 1945.

2.1 - A REESTRUTURAÇÃO INSTITUCIONAL DO PODER NO PÓS-GUERRA DE 45.

De certa maneira, o século XX registrou, com o final da segunda grande guerra, um direito meramente legitimador das relações de poder, que desprovido de valores pôde embasar sistemas de governo fascistas e arbitrários sem com isso apresentar qualquer confronto de legalidade, uma vez que não havia mecanismos de controle democrático de aplicação da lei.

Em linhas mais objetivas, pode-se concluir que a atuação do estado nazista se deu sob a mais absoluta conformidade com o estado de direito e em sintonia com uma redação constituinte desprovida de valores e despreocupada com a peculiar condição com que vivem as pessoas⁶⁶.

A insuficiência desta concepção formal, que há muito já pode ser obtida pelo consenso da sociedade moderna, não passou despercebida pela obra de John Rawls, para quem

“as instituições são justas quando não há discriminações arbitrárias na atribuição dos direitos e deveres básicos e quando as regras existentes estabelecem um equilíbrio adequado entre as diversas pretensões que concorrem na atribuição dos benefícios da vida em sociedade”.⁶⁷

Todavia, se de um lado a História confirma a superação do modelo liberal, de outro, faz-se necessário compreender que a proposta deste novo Estado Democrático de Direito, ao propor a adoção de valores em seu texto constitucional e a correlata possibilidade de participação do indivíduo, acaba por deslocar para a doutrina o desafio de elaborar uma dogmática capaz conferir efetividade a um texto que para muito além da frieza da expressão lingüística, se propõe a tutelar situações multifacetadas, que consideram opções políticas e projetos coletivos de cidadãos, agora

⁶⁶ Sobre os efeitos desta mudança social no processo de percepção do homem em uma perspectiva individual, titular de direitos sociais e membro efetivo para o exercício dos valores democráticos, consulte-se, por todos, BOBBIO, Norberto. BOBBIO, Norberto. A era dos direitos; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro. Ed. Companhia das Letras, Brasil. 1992

⁶⁷ RAWLS, John. “Uma Teoria da Justiça”. 1 ed., Lisboa: Editorial Presença, 1993, p. 27.

entendidos como atores efetivos do processo transformador da realidade humana.

De fato, na medida que decresce a liberdade de conformação com legislador, em detrimento da preocupação de se resgatar a justiça constitucional, percebemos que o direito passa a ser um instrumento com potencial para transformar a sociedade, e que em acordo com esta nova ordem, o Estado Democrático de Direito, em clara superação da ausência liberal, passa a intervir expressivamente nas relações sociais, estabelecendo opções políticas e prevendo expressivos direitos, aqui qualificados como direitos fundamentais.

Supera-se, assim, a concepção de que o Poder Judiciário seria o destinatário de normas que operariam na qualidade de portentosas e intocáveis equações, que seriam, nas lições de Canotilho⁶⁸: "criação oriunda *ex abrupto* da razão abstracta."

Para dar respostas a estes questionamentos, a doutrina alemã passa a trabalhar com a jurisprudência dos valores, de sorte que a atuação judicial possa resolver o embate da falta de legitimidade de um texto constitucional apenas voltado para os aspectos formais de organização da estrutura burocrática do poder. Recai, portanto, sob a guarda do judiciário, a responsabilidade para conferir prestações positivas que assegurem a dignidade humana.

Quer-se com isso afirmar, que o enfrentamento necessário para politizar esta sociedade e possibilitar a esfera pública que a esta altura se apresenta como traço marcante e distintivo do Estado Democrático de Direito não se encerra na positivação do texto, ou seja, não se esgota na criação do enunciado oriundo pelo Poder Legislativo, pois muito embora o legislador preserve a soberania e o alcance de seus poderes, o fruto desta atividade legislativa pode muito menos do que ele mesmo concebe.

Inserido neste panorama, a Teoria do Agir Comunicativo se apresenta como instrumento de considerável relevância para o fortalecimento da democracia, na medida em que procura enfrentar o

⁶⁸CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1.993, p. 281.

problema da aplicação do direito por intermédio de uma postura dialética, superando neste ponto as concepções positivistas⁶⁹.

Desenvolvendo esta afirmação, podemos arguir que o positivismo legalista ou exegético naufragou pela impossibilidade do texto alcançar o horizonte da vida, já que este, em muito supera a imaginação e o limite legislativo.

Uma segunda vertente deste pensamento positivista, em linhas superiores chamado de positivismo normativo, sem prejuízo de sua contribuição científica, relega o problema da aplicação do direito ao sujeito solipsista, na medida em que concebe a decisão como ato de vontade.

Lênio Streck, já há muito denuncia que

“Kelsen já havia superado o positivismo exegético, mas abandonou o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da “aplicação”. E nisso reside a “maldição” de sua tese. Não foi bem entendido, quando ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma interpretação “pura da lei”.⁷⁰

Na sequência deste pensamento filosófico e científico, a Teoria da Ação Comunicativa Habermasiana procura superar, ainda que tardiamente, este sujeito que em si mesmo se entende capaz e legitimado a decidir e delimitar o sentido das coisas. Para tanto, desenvolve como referência para a formação de conceitos universais o uso de uma razão prática que se revela pela formação de um consenso racional dialético e social.

Sua tese, ao que poderemos observar, muito embora não tenha superado, tempestivamente, a filosofia da consciência, apresenta um novo espaço de interlocução para a formação do sentido, desalojando assim, como centro gravitacional da semântica, o indivíduo, que agora vê a sua percepção de mundo submetida à necessidade de adesão de seus pares.

⁶⁹ Neste ponto, pode-se constatar que a comunicação esteve para o pensamento filosófico do século XX assim como a racionalidade se apresentou no século XIX.

⁷⁰ Lênio Luiz Streck - Aplicar A “Letra da Lei” É Uma Atitude Positivista? Revista NEJ - Eletrônica Vol. 15 - n. 1 - p. 161-173 / jan-abr 2010. Disponível em: www.univali.br/periódicos.

Esta nova perspectiva torna-se extremamente influente durante a reconstrução dos ordenamentos jurídicos na pós-modernidade, na medida em que a concretude de textos jurídicos vagos e indeterminados, agora presentes nos textos constitucionais perpassa pela necessária discussão e amadurecimento do sentido. Este último, ao que vimos, já não é mais fruto do entendimento individual, mas sim o resultado de um consenso racional, prático, ideal e coletivo.

De fato, enquanto para o positivismo exegético e normativo do estado liberal a impossibilidade de controle do sujeito solipsista relegou para segundo plano o problema da aplicação do direito, a teoria do agir comunicativo, neste ponto, embora não supere adequadamente a relação sujeito-objeto, destaca-se pela correlação entre a formação da norma, neste momento empregada como o fruto da interpretação, e a possibilidade de participação da coletividade, pois ainda que por sobre uma situação ideal de fala, a expressão coletiva deste sujeito pensante vai encontrar expressão na produção de normas jurídicas.

Sem desconsiderar o fato de que as condições de fala são ideais, passamos a nos referir ao fenômeno empírico do diálogo e de como se dão as suas condições práticas, isto, obviamente, para ressaltar a materialidade do agir comunicativo na formação do consenso.

Pode-se asseverar, com alguma prudência, que enquanto as condições ideais de fala estabelecem a validade do procedimento instaurado pelo agir, as condições práticas podem nos entregar, em concreto, um resultado passível de verificação. Assim, se supomos a capacidade de todos os envolvidos em expressar as suas idéias, poderemos concluir pela validade do procedimento, sem, no entanto assegurar que a normatização da pretensão vencedora do debate tenha pertinência com o desejo de seus participantes.

Quer-se com isso, sustentar a impropriedade de concluir que a equiparação de oportunidades entre os agentes possa garantir antecipadamente a legitimidade da decisão, pois esta, em verdade, apenas adjetiva o procedimento.

Essa dualidade entre as condições ideais para a validação do procedimento e o exercício prático do agir comunicativo já nos apresentou exemplos na Suprema Corte, especificamente no julgamento da lei de

Biossegurança. Nesta ocasião, o STF, em virtude da complexidade do tema e da evidente divergência cultural, abriu precedente para a realização de audiências públicas. Este novo espaço para o exercício da democracia constitucional, muito embora tenha observado as condições de validade do procedimento, na medida em que permite a franquia da palavra a diversos membros da sociedade brasileira, não vincula os membros da esfera judicial.

Assim, após a leitura do relatório, a fase de sustentação oral na tribuna que iniciou com o procurador-geral da República, Antônio Fernando Souza, seguido do representante da CNBB (Confederação Nacional dos Bispos do Brasil). A Procuradoria Geral da República e a CNBB defendeu a tese contrária à utilização dos embriões, posicionando-se pela inconstitucionalidade da lei.

Em seguida, falaram o então advogado-geral da União, José Antônio Dias Toffoli, hoje ministro da suprema Corte, e o advogado do Congresso Nacional. As entidades favoráveis às pesquisas —Conectas Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos, Movimento em Prol da Vida e o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero— puderam dividir um tempo de 30 minutos para apresentar seus argumentos aos ministros.

Neste julgamento, percebe-se claramente que a possibilidade equiparada de fala não assegura a normatização do que se entende por consenso social. Advirta-se, por oportuno, que esse frequente descompasso, embora comprometa a legitimidade da normatização, ocorre em absoluta sintonia com as regras do Estado de Direito, já nas ideias de Dworkin, podem ser apresentadas como decisões contra majoritárias.

Dito com linhas mais simples, não se pode olvidar que no agir comunicativo ingressam elementos de natureza motivacional e operacional, de sorte que se por um lado falaram segmentos de diversas correntes intelectuais, conglomerados empresariais e autoridades religiosas, por outro prevaleceu o entrave de uma decisão supostamente técnica.

Sobre a possibilidade deste exercício democrático de participação, pode-se afirmar que

“Tais audiências públicas carregam um valor simbólico e um valor real. Simbólico, no marco da abertura do Estado, em todas as suas esferas de atuação, ao diálogo com a sociedade, resultando de uma

cultura constitucional participativa e cidadã. Diálogo que é condição de legitimidade do poder judiciário, contrário á intolerância, que pode ser seu pior vício. Real, porque as audiências públicas realizadas no marco de ação de controle de constitucionalidade abrem um valioso espaço de diálogo da jurisdição constitucional com segmentos da sociedade. Etapas de um processo que conduz ao reconhecimento progressivo da pluralidade e exercício de democracia direta pela participação da coletividade na tomada de decisões.⁷¹”.

Esta tese de que a sociedade pode encontrar instrumentos procedimentais para participar de um ideal de consenso racional, no entanto, parece mesmo esbarrar em postulados técnicos e por vezes contra majoritários, como se pôde observar no resultado deste julgamento. Isto sob a fundamentação legal e paradoxalmente democrática, visto que fruto da atividade legislativa do congresso nacional, prevista pelo artigo 9, §1º, que claramente afasta do relator a exigibilidade de ouvir a sociedade.

Garantir a participação fática dos indivíduos em uma sociedade marginalizada pelo desinteresse político parece reclamar, nesta atual modernidade, desafios de grandeza igual aos que se colocam para os poderes constituídos de acatarem a vontade dos interlocutores na formação do consenso, especialmente quando se confrontam os interesses da administração pública com os interesses públicos.

Neste contexto multifacetado e plural, a desconstrução dos ideais de universalidade de princípios morais e de conceitos decorrentes de um consenso motivado pelo agir comunicativo parece colimar a desconfiança de que a razão humana possa redigir os limites de conteúdo ou forma do que parece mesmo variar aos sabores de uma individualidade latente e própria das culturas e percepções do homem.

Sob o foco judicial, este espaço democrático e ideal para a participação da sociedade na percepção de sentidos universais, ao que se tem constatado, se de um lado exige a adoção de novos mecanismos para a legitimação do atuar judicial, de outro, reforça a incidência do contraditório, pois em seus aspectos individuais, a produção de sentido do que se apresenta em principio como texto jurídico, demandará do magistrado o respeito para com a possibilidade de participação e influencia das partes durante a marcha

⁷¹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes e ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Constituição e Ativismo Judicial. Lumen Juris, 2011. P. 211.

processual, a fim de lhes permitir influir diretamente nas delimitações conceituais de textos vagos ou conceitos indeterminados.

Oportuno então nos parece aqui transcrever a redação empregada ao artigo 10 do novo código de processo civil, nestes termos:

“Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.” .

Complementa esta prerrogativa das partes, o quanto descrito no mesmo diploma, a altura do parágrafo único do artigo 472:

“Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes.”

Com alguma evidência, por tanto, se prorrogam textos vagos e de baixa ou nenhuma normatividade, comprometendo, assim, diretamente resultado do consenso patrocinado pela tese Habermasiana, que ao final se percebe desconstituído pelo ainda hoje atuante e arbitrário sujeito pensante da relação homem objeto.

2.1.2 - OS REFLEXOS DESTE NOVO CONTEXTO POLÍTICO-FILOSÓFICO PARA A CONSTRUÇÃO DO DIREITO:

Se o Estado Liberal representou a institucionalização dos interesses da classe economicamente dominante, que pelo ideal iluminista e pela proposta de conceitos universais de igualdade consegue subjugar a força política da aristocracia, também se pode afirmar, que a atuação deste mesmo Estado permitiu o desenvolvimento inicial do capitalismo, uma vez que neste novo modelo as forças econômicas gozam de total liberdade para atuar no processo de acumulação e concentração de riquezas.

Esta proposta, no entanto, é revista pelo Estado social de Direito, que ao final da primeira grande guerra abandona a postura

abstencionista, inicialmente defendida pelos iluministas, para em seguida intervir nas relações públicas e privadas, de sorte a ordenar melhor a distribuição das riquezas.

A devida preocupação com o desenvolvimento de políticas públicas e a consequente intervenção do estado na atividade econômica, desloca consideravelmente o centro de poder, antes concentrado nas mãos do legislativo, mas que agora aponta para o exercício do poder executivo.

Chegamos então ao estado Democrático de Direito, que ao lado da segurança da lei e da garantia de participação do homem na formação de vontade do Estado, apresenta uma alternativa para que se promovam alterações estruturais no modelo de produção capitalista, permitindo assim, que se observe gradativamente nas sociedades modernas, um sistema mais humano de distribuição.

Este mesmo estado, por tanto, ao assumir compromisso de intervir para equilibrar as forças do indivíduo, adota propostas diferenciadas de isonomia, aqui percebida em seu aspecto material ou substancial, e de liberdade. Falar deste novo pacto, destarte, é falar também, inexoravelmente, de Direitos fundamentais.

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois,

“indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidade para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pelo resgate das promessas de modernidade, tais como igualdade, justiça social e garantia dos direitos humanos fundamentais. A essa noção de estado se acopla o conteúdo das constituições, através do ideal de vida consubstanciados nos princípios que apontam para uma mudança no status quo da sociedade.”⁷²

Nesta nova proposta de pacto social, o centro de poder repousa sobre o poder judiciário, pois em função da inércia do executivo para com a implementação de políticas públicas, e da baixa produtividade do poder legislativo, assume o estado juiz, papel de destaque na garantia de que o

⁷² STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) Crise*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 37.

texto Constitucional possa deixar a escrita para realizar-se no mundo dos fatos.

Em função disto, vem-se afirmando que na falta de políticas eficazes ou mesmo na falta de instrumentos legais adequados, deverá o judiciário, mediante a utilização de instrumentos jurídicos, resgatar direitos não realizados.

Feitas as considerações preliminares sobre esta nova relação entre os poderes, passamos então a identificar, como esta proposta vem afetando a produção do direito, que conjuntamente com a perspectiva do retorno da facticidade e de uma isonomia substancial, passam a ser construídos também a partir de uma vertente social.

De início, sustentava-se uma perspectiva abstrata do indivíduo, que nesta transição do império feudal para a formação do estado liberal preserva apenas a titularidade de direitos que lhes sejam naturais e decorrentes da sua condição humana. São eles, a liberdade e a propriedade, tão expressivamente retratada nas lições contratualistas de John Locke e possivelmente traduzidas nestes termos: “Embora a terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, cada homem tem uma propriedade em sua própria pessoa; a esta ninguém tem qualquer direito senão ele mesmo.⁷³” sobre a liberdade, escreve o mesmo autor: “A liberdade natural do homem consiste em estar livre de qualquer poder superior na Terra, e não sob a vontade ou autoridade legislativa do homem, tendo somente a lei da natureza como regra⁷⁴.”.

Assim, pode-se afirmar, que sem garantir o direito à propriedade e à proteção da vida, o poder não poderia ter meios de legitimar o seu exercício. Ainda sob tal aspecto, afirmou-se claramente que um governo que não respeitasse esses direitos deveria ser legitimamente deposto pela população.

Sob a defesa destes argumentos é construída a primeira leva de direitos a serem assegurados aos indivíduos, ainda na idade Moderna,

⁷³ LOCKE, John. Dois Tratados do Governo Civil. Tradução, introdução e notas de Miguel Morgado Lisboa: Edições 70. 2006. P.45

⁷⁴ LOCKE, John. Dois Tratados do Governo Civil. Tradução, introdução e notas de Miguel Morgado Lisboa: Edições 70. 2006. P.43

definidos por J. J. Canotilho como “Direitos de Defesa do cidadão perante o Estado” ⁷⁵.

Esta primeira categoria consubstancia a liberdade como direito oponível ao Estado, assegurando ao indivíduo abstrato, o gozo de uma liberdade religiosa, de opinião e locomoção, dentre outras.

Registre-se ainda, por oportuno, que a satisfação deste interesse não reclamou a entrega de prestações jurídicas por parte do Estado; ao revés, o exercício do direito de liberdade pressupôs a abstenção do poder constituído.

Quer-se com isso afirmar, que os primeiros direitos reconhecidos ao homem no Estado Liberal foram os direitos de liberdade negativa, e que ao lado de uma proposta de isonomia formal, o compreende apenas em sua vertente abstrata e idealizada, pois não enfrenta as peculiaridades do caso concreto ⁷⁶.

Este momento histórico, onde o homem se apresenta para o Estado liberal como titular do direito absoluto de liberdade e propriedade, foi aos poucos superada pelo pós-guerra de 45, pois uma nova concepção dos direitos humanos, onde o indivíduo passa a contar com direitos sociais, será apresentada pelo texto constitucional, com o embasamento filosófico do consenso motivado de questões universais; destacando-se, dentre estes, os direitos fundamentais.

Sob esta perspectiva, os direitos sociais, também conhecidos como direitos de segunda geração, passam a considerar o homem e toda a diversidade com que este se apresenta nas relações em sociedade. Assim, não se pode mais sustentar o ideal de isonomia formal, pois não há como se assegurar direitos com expressão tão humanamente diversificada, sem que para tanto o Estado assuma a responsabilidade de considerar as diferenças.

De fato, não se pode padronizar, a esta altura, o tratamento dispensado a crianças, idosos, mulheres e portadores de necessidades

⁷⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª ed. Almedina: 1999, P. 383.

⁷⁶ Este ideal de Isonomia formal, ainda por forte influência de Jonh Loock, considera os homens em seu estado de natureza, sem nenhum tipo de subordinação estatal, estado no qual ninguém se obriga para com outro ou se subordina, havendo apenas uma mutualidade de inter-relações.

especiais. Expondo os fatores desta ampliação do cabedal de direitos titularizados pelo cidadão, como bem assinala Norberto Bobbio⁷⁷:

“Essa multiplicação ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais *status* do indivíduo.”.

Deve-se então pontuar como se deu o desenvolvimento dos instrumentos jurídicos dispostos a efetivação dos direitos fundamentais de segunda geração, dentro de uma nova matriz normativa, que percebe o homem, não em seus ideais aspectos universais, mas como membro de uma sociedade plural.

2.2. - A NOVA MATRIZ NORMATIVA

O Estado de Direito, como se pôde observar, assentou seus primados teóricos na filosofia liberal e iluminista do século XX, justificando assim a sua ausência pelos desdobramentos da racionalidade, pois o sistema cartesiano autorizou a construção de um discurso constitucional meramente burocrático, contemplando apenas o mínimo necessário para o desempenho das funções estatais por intermédio de um direito mínimo, exíguo e em total descompasso com os valores da dignidade.

Superada esta fase do Estado moderno pela incorporação dos direitos substanciais de igualdade ao texto constitucional, aqui representado pelos direitos sociais e pelos direitos políticos, uma vez mais o ordenamento vai precisar se reestruturar para poder permitir o empréstimo de efetividade a este novo ramo da ciência jurídica, qual seja, o ramo dos direitos fundamentais. Para tanto, novamente se revolverá a matriz teórica da filosofia, a fim de que se possa legitimar este novo discurso e em momento posterior, adequar o direito a esta realidade pós-moderna.

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro. Campus, 1992. P. 68.

Para expor mais claramente esta ideia iremos primeiramente tratar do Ordenamento Jurídico, reservando para o momento seguinte as considerações sobre a proposta filosófica e os desafios desta nova matriz intelectual para emprestar eficácia aos direitos fundamentais na pós-modernidade.

Esta guinada no sistema jurídico constitucional em parte decorre do processo de multiplicação por especificação, ocorrido principalmente no campo dos direitos sociais. Isto em razão dos direitos de liberdade negativa, conferido ao homem em uma percepção abstrata, não se coadunarem com os direitos sociais de segunda geração, pois para esta última categoria, que com já dito anteriormente, retrata as expressões jurídicas da igualdade e da participação política, faz-se necessário considerar as relevantes diferenças presentes entre os grupos de indivíduos.

Assim, se consideram as peculiaridades do grupo formado por menores no exercício de participação democrática nas eleições, que em sua condição de grupo desprovido da capacidade intelectual exigida para a manifestação e registro de sua vontade na escolha dos governantes, não goza do direito político de forma paritária com outros grupos sociais⁷⁸.

Constatada a necessidade de intervenção estatal para a regulamentação desta nova categoria de direitos constitucionais, devemos nos perguntar, preliminarmente, de que forma deve se apresentar o Ordenamento Jurídico dentro deste novo paradigma e como será possível afirmar um tratamento jurídico-legal capaz de considerar os desníveis econômicos e sociais a fim de garanti-lhes uma condição satisfatória para a promoção da dignidade humana, observando para tanto o homem em sua dimensão pragmática e individual⁷⁹, ao mesmo tempo em que se assegura efetividade em caráter uniforme aos direitos fundamentais.

Trata-se de um novo tempo, onde a realidade já nos permite afirmar que a carta constitucional deixou de retratar apenas as relações de poderes vigentes em sua publicação, para assumir um caráter programático,

⁷⁸ Sobre o tema, registre-se, por oportuno, que a redação empregada ao artigo 3 da Constituição italiana, ao prever que todos são iguais perante a lei, não encontra aplicação literal no campo dos direitos sociais.

⁷⁹ A complexidade as relações humanas, de fato, demandou do Estado, uma intervenção gradativa em setores até então relegados á iniciativa privada e às regulações de mercado. Esta reestruturação do papel do Estado tornou evidente que a *"invisible hand"* de **Adam Smith** não seria mais capaz de sanar os litígios advindos da modernidade.

funcionando como um farol para o encontro do desenvolvimento econômico e da justiça social.

É nesse sentido que Canotilho vai dizer que

“A constituição tem mais o caráter de um plano propondo à comunidade um modelo de vida coerente para o futuro, e compreende, por isso, sempre um elemento de utopia concreta, utopia cuja concretização ficara dependente da ação política”.⁸⁰

No entanto, o desafio de atualizar as estruturas jurídicas para permitir a realização da proposta constitucional tem sido observado gradativamente pelo legislador, contemporizando assim, as desigualdades decorrentes da aplicação uniforme do Direito; e podem ser compreendidas basicamente em três etapas: A adoção de conceitos jurídicos indeterminados, a inclusão de cláusulas gerais e a incorporação de princípios com o correlato uso da *técnica* da ponderação dos interesses.

O primeiro destes novos instrumentos, qual seja, os conceitos jurídicos indeterminados, se caracterizam pela indeterminação do antecessor estrutural e semântico, já que não se delimita previamente o seu alcance. Assim, cita-se como exemplo a indeterminação do que apresenta na lei como interesse público a justificar o emprego de verbas federais ou o afastamento da publicidade na prática de atos processuais, que sabidamente são públicos, mas podem ser excepcionados quando assim reclamar a situação fática que justifique o segredo de justiça.

Já as cláusulas gerais, aqui exemplificadas pela boa-fé objetiva, são concebidas com indeterminação na estrutura consequente, de sorte que muito embora se estabeleçam antecipadamente os contornos semânticos do que se entende por boa-fé, quais sejam: os deveres anexos e implícitos de lealdade, publicidade, equilíbrio e confiança, a mesma não se presta para o estabelecimento taxativo de suas consequências jurídicas. Em função disto, pode-se mesmo defender que sob o crivo do mesmo magistrado, dois contratos que tenham sabidamente desrespeitado esta clausula possam encontrar respostas distintas, como a invalidação e a suspensão provisória ou parcial dos seus efeitos.

⁸⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, P.116

Essa aparente liberdade conferida ao intérprete para a delimitação do conceito ou para o estabelecimento das consequências jurídicas, no entanto, encontra sua maior expressão no terreno dos princípios, que agora passa a ser explicada sob a ótica de Robert Alexy, a fim de que possamos então compreender com maior clareza, como esta aparente liberdade do hermeneuta em estabelecer as delimitações conceituais pode afetar a produção do direito e do sentido.

A reaproximação dos princípios com o texto Constitucional, hoje presente no ordenamento brasileiro, em verdade passa a compor o novo perfil da sociedade contemporânea, enquanto resposta às insuficiências jurídico-políticas decorrentes das fases anteriores do Estado e do direito, que por longos anos serviu mais para sonegar do que para salvaguardar os direitos dos cidadãos. Sob esta perspectiva, pode-se afirmar que o direito passa a cuidar do mundo prático, resgatando a facticidade há muito desconsiderada pelo ideal positivista. Assim, se de um lado a evolução do pensamento iluminista, à época do Estado Liberal, separou o direito da moral, de outro, as insuficiências do modelo de Estado abstencionista embasou a construção de nova referência jurídico-normativa, a partir do constitucionalismo social e de sua correlata intervenção⁸¹.

Destarte, o direito passa a incorporar um conteúdo moral, ao tempo em que se compromete já na formação do estado democrático de direito, a atuar como elemento transformador da sociedade, servindo a este propósito, o texto constitucional e a incorporação dos princípios de conteúdo moral, que para além de revelar um ideal de via boa, atribuem-lhe, ainda, a condição de vetor para o alcance desta finalidade.

A institucionalização dessa moral, portanto, reintroduz a facticidade outrora abandonada pelo positivismo, e não mais se apresenta como instrumento coercitivo e psicológico para uma correção interna do atuar do homem no mundo, passando agora a revelar, pela vertente jurídico-constitucional, uma ideia de organização do poder político antes mesmo de ordenar os poderes do estado. Dito de outro modo: a concepção do estado democrático de direito, em parte, é consequência de determinada concepção

⁸¹ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. P. 172.

de mundo que considera os projetos de homem e de sociedade, a qual antecede a própria organização do estado⁸².

Se este é o novo horizonte constitucional, faz-se necessário observar que a aplicação destes princípios não pode conviver bem com a discricionariedade, sob pena de repactuarmos a liberdade interpretativa e a correlata multiplicidade de respostas, o que a toda evidência revela-se como o cerne do positivismo.

Se para esta vertente intelectual os casos difíceis eram deixados a cargo da discricionariedade judicial, que em muito decorrem da suposta completude do sistema e de sua correlata insuficiência prática de criar normas para regular todas as especificidades da vida, qualquer técnica de delegue discricionariedade na escolha dos princípios ou admita livre fundamentação para empregar respostas ao caso concreto, acaba por reprecipitar a velha filosofia da consciência, posto que afirmada pela subjetividade assujeitadora do intérprete. O problema, portanto, reside em saber como se faz a escolha deste ou daquele princípio⁸³.

Com base nas lições apresentadas pela *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pode-se dizer que a norma jurídica e em especial a norma de direitos fundamentais apresenta duas espécies, e que em acordo com as suas organizações epistemológicas, aqui diferenciadas em função da generalidade, é possível prescrever antecipadamente, diante do texto, por um meio analítico, quais as suas características estruturais.

Assim, concebido o problema, tanto regras quanto princípios são normas,

“porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das exceções deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com

⁸² BARRETO, Vicente de Paulo. Da interpretação à hermenêutica constitucional. In: Margarida Lacombe (org). 1988-1998: uma década de Constituição. Ed. Renovar. Rio de Janeiro. 1999. P. 391.

⁸³ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. P.177-178.

grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.⁸⁴

As regras, segundo esta classificação, possuem em sua estrutura um dever-ser restrito, podendo ser aplicadas diretamente ao fato ou às situações concretas postas sob a apreciação judicial. Sua aplicação demanda a conhecida técnica da subsunção, o que de certa forma limita a atividade hermenêutica em função de apresentar para o intérprete sentidos mais concretos.

Já os princípios, apresentam um conteúdo semântico mais elástico, de sorte que a estrutura do dever-ser mais alargada acaba facilitando rotas de colisão em suas interpretações.

Posicionando-se sobre o tema, Robert Alexy defende a diferença qualitativa como critério para distinguir regras de princípios. Estes seriam normas que ordenam que algo seja feito na maior medida possível, dentro de uma viabilidade fática e jurídica. De acordo com essas definições, os princípios representam mandamentos de otimização, de sorte que sua satisfação não dependa apenas de possibilidades fáticas mas também de possibilidades jurídicas. Este âmbito de possibilidades, por sua vez, é determinado pelos princípios e regras colidentes⁸⁵. Observe-se ainda, em função da oportunidade, que a estrutura normativa, ao desindexá-los do mundo fático, acaba por justificar sua pretensão de generalidade.

Já as regras, seriam normas que podem ser diretamente satisfeitas ou não satisfeitas, visto que sua estrutura semântica contém determinações específicas sobre as possibilidades fáticas e jurídicas.

Nesse sentido, argui-se que os princípios não apresentam mandamento definitivo, mas apenas o que para o autor se poderia chamar de *prima facie*, vez que estariam a consubstanciar razões possivelmente afastadas por razões outras, de natureza antagônica, abrindo-se valioso espaço para as teorias da argumentação. As regras, por sua vez,

⁸⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 5 Ed, 2008, P 87.

⁸⁵ Idem, P 90.

estabelecem com precisão os limites de seu comando, de sorte que sem obstáculos fáticos ou jurídicos, devem valer com literalidade.⁸⁶

Para o autor, um conflito entre regras somente poderia ser equacionado se pudéssemos introduzir cláusula de exceção que eliminasse a antinomia ou justificasse a invalidação de uma das regras. Isto em função de sua estrutura semântica, pois não se poderia admitir que dois juízos concretos de dever-ser, pudessem ao mesmo tempo ser válidos, em determinado caso, diante do conflito em sua aplicação⁸⁷. Exemplificando o que acaba de ser dito sobre o conflito entre regras, argui-se que: a proibição de sair de um ambiente em função do toque de recolher e a obrigação de deixar o local em função de incêndio, indicam duas hipóteses de aplicação concreta que, faticamente, apresentam-se em contradição. No caso, resolve-se pela inclusão à primeira regra, de uma cláusula de exceção para contemplar o caso de incêndio. Observa-se ainda, que a ausência de qualquer cláusula de exceção para dirimir o conflito entre regras, muito embora justifique a invalidação de uma delas, acaba sendo resolvido por meio de procedimentos objetivos, tais como: lei posterior revoga lei anterior, lei especial vale sobre lei geral e ainda pela referência hierárquica de que norma superior se sobrepõe a norma inferior.

O aspecto fundamental desse procedimento é consubstanciado em uma reflexão sobre a validade, pois duas regras não podem valer ao mesmo tempo, diante de um caso concreto, sem que diante do conflito se admita a exceção ou se invalide um dos dispositivos.

Já com relação aos princípios, a colisão se resolveria por via diversa, visto que conforme Alexy, não se aplicam a esses casos os critérios de exceção ou invalidação, mas a precedência de um princípio a ser considerado em determinada situação. Vejam-se, nesse sentido, as lições consagradas pela Teoria dos Direitos Fundamentais, nas palavras do filósofo mencionado:

“As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre,

⁸⁶ As regras que eventualmente não se apliquem por exceção ou invalidade, perdendo assim o seu caráter definitivo, em absoluto autorizam seu deslocamento para a seara dos princípios, visto que a regra não é superada pura e simplesmente pelo sopesamento diante de um caso concreto.

⁸⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 5 Ed, 2008, P 92

por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido - , um dos princípios terá que ceder. Isto não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade o que houve é que um dos princípios tem precedência sobre o outro em determinadas condições. Sobre outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta⁸⁸.

A tensão decorrente do conflito entre princípios ao que se pôde constatar, não é resolvida pela invalidação ou mesmo pela precedência absoluta de qualquer dos deveres correlatos ao seu enunciado. O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”. O objetivo dessa medida é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto⁸⁹.

Por este motivo, propõe o autor que se afaste o procedimento da subsunção do fato à regra, específica e já devidamente individualizada, e se passe a trabalhar com outra técnica, qual seja, a da ponderação dos interesses

Esta distinção estrutural entre regras e princípios, que em geral é feita com estribo na semântica do texto, mais que em Alexy passa a ser apresentada pelo critério qualitativo, em verdade reflete, ainda que no plano prático de sua realização a concepção solipsista do sujeito pensante em si mesmo, pois é exatamente no emprego da técnica de ponderação dos interesses, a permitir a aplicação no caso concreto, que a abertura semântica preservar a indevida liberdade para atribuir vários resultados possíveis, ainda quando se enfrente casos semelhantes.

No sentido exposto, Robert Alexy esclarece que

“Contra a ideia do sopesamento é muitas vezes levantada a ideia de que ela não é um modelo aberto de controle racional. Valores e princípios não disciplinam sua própria aplicação, e o sopesamento, portanto, ficaria sujeito ao arbítrio daquele que sopesa. Onde começa o sopesamento terminaria o controle por meio de normas e métodos. Ele abriria espaço para o subjetivismo e o decisionismo

⁸⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 5 Ed, 2008, P 93.

⁸⁹ Idem, P 95.

dos juízes. Essas objeções são procedentes se com elas se quiser dizer que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco.⁹⁰”.

Resta então examinar se a técnica de sopesamento é capaz de afastar o subjetivismo, superando a referencia positivista do decisionismo judicial, que em casos difíceis delega a efetividade do texto constitucional à visão individual do intérprete.

De imediato, Alexy justifica a teoria dos princípios pela máxima da proporcionalidade, e para tanto aduz três máximas parciais, quais sejam: a adequação, a necessidade, (que se justificaria pela adoção do meio menos gravoso) e a proporcionalidade em sentido estrito. A última, ao que se percebe, decorre da compreensão dos princípios como mandados de otimização, pois mesmo considerando a generalidade de seus enunciados, que assim se revelam desprovidos de contornos específicos para cada caso concreto, sustenta-se a possibilidade de amplo campo de incidência, diante das possibilidades fáticas e jurídicas. Enfim, sob esse enfoque, a ponderação decorreria da própria natureza dos princípios⁹¹.

Disposto a equacionar tais conflitos mediante a adoção de um procedimento, Alexy sustenta a implementação de uma lei da colisão⁹². É pertinente registrar que: o autor já havia reconhecido que o sopesamento não poderia autorizar resultados distintos sem abrir espaço para decisionismos judiciais, e no intento de afastar indevida liberdade no exercício da ponderação, procura justificá-la sob a ótica de procedimentos cartesianos.

Nesse sentido, vale refletir sobre a análise de Écio Oto, quando sublinha que

“O método de resolução de conflitos entre princípios proposto por Alexy (a ponderação) causa uma revolução (ruptura) epistemológica quanto aos caracteres-postulados das teorias decisionistas do direito e da discricionariedade pregada pelo positivismo jurídico, pois introduz um critério de racionalidade que insere o controle da

⁹⁰ Idem p. 163-164.

⁹¹ Estas máximas parciais, advirta-se, ao que se observa, devem ser satisfeitas conjuntamente, sob pena de caracterizar-se uma ilegalidade.

⁹² Nesse sentido ver: ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 5 Ed, 2008, P 93-96.

decisão jurídica dentro de pautas interpretativas que funcionam como garantias da fundamentação racional dos enunciados, os quais prevalecem (preferibilidade para o caso) não mais em função de uma lógica estritamente dedutiva, mecanicista ou binária que põe os “pesos” das regras ou princípios neles mesmos, mas no grau de satisfatoriedade (ótima) de aplicação daquele princípio dentro de uma racionalidade comunicativa (procedimental-discursiva).⁹³”.

Porem, não se pode ignorar que o procedimento da ponderação implica escolha subjetiva sobre quais princípios devem ser sopesados, de modo que a alteração paradigmática ocorrida no campo constitucional, ao reaproximar o direito da moral e absorver princípios e valores em seu texto, ao tempo em que reintroduz o mundo prático no direito, também coloca para o jurista uma velha questão: Como resolver os casos difíceis, vez que pela referência autopoiética do ordenamento, a completude do sistema, que em tempos positivistas era resolvida pelo recurso aos princípios gerais, hoje parece ter nos princípios constitucionais a pedra de toque para o fechamento do sistema e a correlata possibilidade de resolver casos não contemplados pelas regras⁹⁴.

Sob esta perspectiva, ainda conforme Alexy:

“Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento -, de forma a torna-los praticamente sem importância. Nesse caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário”.⁹⁵

A reiteração dessa discricionariedade, que desde a época do positivismo kelseniano define a decisão como ato de vontade, em verdade representa a tentativa fracassada de superar a ideia kantiana de uma razão prática eivada de solipsismo, ao tempo em que procura preservar a integridade do ordenamento jurídico como um sistema fechado e autossuficiente, pois para dar respostas aos casos não contemplados objetivamente pelas regras, valer-se-ia o interprete dos princípios gerais do direito. Estes princípios, por sua vez, apresentam-se como valores, permitindo que a exigência de julgar sempre e de sempre entregar uma

⁹³ OTO, Écio. Teoria do discurso e correção normativa do direito. São Paulo. Ed. Landy. 2004. P. 203.

⁹⁴ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. P.179-180.

⁹⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 5 Ed, 2008, P 611.

resposta ao cidadão possa estar amparada em textos vagos e em muitos casos desprovidos de normatividade.

Parece admissível que o caráter *prima facie* dos princípios, aludidos pela Teoria dos Direitos Fundamentais, ao atribuir-lhes caráter geral e abstrato, reservando para as regras a especificidade da vida, desconsidera a ideia de que não se pode cindir ou divorciar o direito da facticidade. Este, aliás, foi um dos argumentos positivistas para elidir que fontes sociais fossem consideradas pelo ordenamento jurídico. Dito de outro modo: a reintrodução da facticidade no texto constitucional deve caminhar em sintonia com a perspectiva de que regras e princípios só se realizam no caso concreto. Sendo assim, não é possível observar a facticidade com pré-compreensões abstratas. Não foi também por isso, afinal, que a moral voltou a ter guarida constitucional?

Parece pacífico afirmar que princípios “acontecem” sempre no “caso concreto”,

“porque é por eles que o *ethos*, o *factum* social – sempre ficcionalizados pelo positivismo – “penetram” no direito. Na verdade, preceitos (se assim se quiser, regras), igualmente “acontecem” em situações concretas. Não fosse assim e estaríamos cindindo situações de direito de situações fáticas. Isso parece indubitável. Daí a impossibilidade de hierarquizar ou metodologizar a aplicação dos princípios a partir de critério *prima facie*; daí a impossibilidade de se compreender os princípios como enunciados assertóricos, o que os transformaria em meta ou super-regras. Afinal, se o positivismo avançou na história separando a moral do direito, foram exatamente as suas insuficiências (modelo formal-liberal-burguês) que engendraram as condições para o surgimento de um novo direito, a partir do constitucionalismo social-interpretativo.⁹⁶”

De volta a realidade brasileira, percebe-se que em nosso sistema pátrio tais princípios são costumeiramente indicados pela antiga L.I.C.C., e servem como suporte para que o intérprete tenha a liberdade de no caso concreto, diante a aparente ausência de leis específicas, possa então valer-se dos axiomas romanos de: não lesar a ninguém, viver honestamente e dar a cada um, o que é seu.

Diante da absoluta falta de conteúdo semântico dessas concepções, evidencia-se, que a percepção dos antigos princípios gerais do direito, sob o argumento de convalidar o ideal de completude do

⁹⁶ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. P. 172.

ordenamento jurídico, serviram (servem) e muito para demonstrar a manutenção do esquema sujeito-objeto, pois em sua enorme maioria, decorrem de construções pragmáticas em resposta aos casos submetidos pelo cidadão ao crivo judicial, para em um segundo momento, almejem pretensões universais de significado.

A reprodução deste esquema filosófico há muito vem influenciando a construção e aplicação do direito, e pelo visto, hoje já se faz presente sob os mandamentos constitucionais pela rubrica do que se poderia mesmo chamar de panpriciologismo. Explique-se: “Os valores foram positivados” e como conquista do Estado Democrático de Direito, agora terão morada constitucional e deverão ser observados imperiosamente a fim de garantir a implementação da proposta de bem estar social, da valorização do trabalho e da dignidade do homem. Assim se defende contemporaneamente o que se apresenta como princípio constitucional.

Sob o crivo dessa conotação, encontram-se incontáveis outros princípios, construídos de forma paradigmática para sustentar o velho primado novecentista-positivista da completude do sistema jurídico. Observe-se, por exemplo, o princípio do processo tempestivo, que em âmbito constitucional encontra guarida no artigo 5, inciso LXXIV da CF, por intermédio da duração razoável do processo, ou mesmo ou o princípio da paternidade responsável, hoje reproduzido no diploma civil e ainda no Estatuto da Criança e do Adolescente. No primeiro caso, a desnecessidade do enunciado se revela pela hierárquica e anterior previsão constitucional, enquanto o segundo se apresenta como corolário dos antigos e ultrapassados primados de que os princípios seriam *topoi* argumentativos a justificar pragmaticamente a disposição subjetiva do intérprete, em uma flagrante inversão que desconsidera a supremacia de princípios constitucionais e almeja dispensar aos mesmos, idêntico tratamento vago e arbitrário dos princípios gerais do direito.

Observe-se ainda que a identificação dos princípios constitucionais como depositários de valores morais terminaria por comprometer a árdua conquista da autonomia jurídica frente às outras ciências e mesmo à separação histórica já neste texto comentada entre direito, moral e religião.

Há, ainda, casos como o princípio da moderação, que dentre outra utilidade estaria a embasar o percentual definido para a multa, diante de eventual descumprimento de condenação judicial para a obrigação de fazer ou não fazer e ainda a princípio processual da tutela adequada, que em arremate autoriza a atuação constitutiva no exercício do Poder Geral de Cautela ou ainda na adoção de medidas que se revelem adequadas a garantir o resultado prático equivalente ao quanto deduzido em juízo.

Em corolário, pode-se evocar este enunciado teórico e vago para, em cada caso, identificar e mesmo construir uma decisão consoante com o que se entender apropriado às peculiaridades das pretensões deduzidas em juízo. Tudo o que aqui se argui é traduzido já há alguns anos pelo artigo 461 do diploma processual, nestes termos: “§6º – O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.”. Ainda com base neste mesmo artigo, dispara o parágrafo 5º:

“Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas ou coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário, com requisição de força policial.”

Registre-se, em função da oportunidade, que a disposição legislativa estabelecida por meio desta redação é apenas exemplificativa, permitindo, destarte, que a apreciação do indivíduo adote qualquer delas ou mesmo que construa uma resposta pertinente para a tutela específica.

Neste caso, como definir, sem resquícios solipistas, o referencial de limites para a evocação do dispositivo? Como garantir a coerência do quanto estabelecido pelo intérprete para casos futuros?

Mais grave, no entanto, parece ser a construção de princípios outros, de cunho supra-estatal, que a exemplo do princípio da humanidade, imputam, desta vez por sobre o texto constitucional, como se esta já não estabelecesse o mesmo caminho e em função disto não se encontrasse juridicamente a proibição para o comportamento, vedações aos maus tratos, penas cruéis e torturas, dentre outros.

A problemática do tema, evidentemente ressalta a necessidade de superação deste impulso jurídico de completar o sistema pelo emprego indiscriminado e arbitrário de princípios, aqui entendidos como enunciados vagos que em verdade reforçam o uso da razão prática para o direito toda vez que se busca superar a impossibilidade de previsão do caso pela regra, pelo artifício dos princípios jurídicos, no intuito de apresentar sempre uma resposta adequada e imediata ao caso concreto.

O resultado desta equação entre o que se pode chamar de princípio da segurança jurídica e a necessidade de se tomar decisões corretas é um dos temas diretores da teoria do agir comunicativo, que procura apresentar uma teoria do discurso jurídico capaz de satisfazer as pretensões de legitimidade da ordem jurídica. Para tanto, deve-se responder à seguinte questão: Como decisões jurídicas podem suceder de forma vinculada a decisões precedentes e de que maneira se pode fundamentar isto racionalmente.

Em resposta a estas indagações, passamos a considerar, em acordo com o referencial teórico Habermasiano, a coerência, os princípios, os discursos de aplicação e adequação, para ao final entender como esta ideia afeta o paradigma acima pontuado para o estudo dos princípios e da possibilidade de se encontrar respostas adequadas ao valor democrático-constitucional.

De imediato, pode-se afirmar que o entendimento de Habermas sobre a coerência tem admitido controvérsias dentre acadêmicos e filósofos, pois de um lado, o autor defende a coerência do sistema de direitos, justificando dessa maneira um ponto de vista ideal que ao que parece desperta antes pela tese de Dworkin.

Em outra ótica, no entanto, faz críticas objetivas à teoria coerencial do direito em razão de sua eminente indeterminação. Esta tese, ao que se sabe, sustenta que o peso de regras, princípios e objetivos são identificados e mensurados na perspectiva pragmática do caso concreto.

De fato, será difícil discordar de Habermas nesta linha de raciocínio, pois a adoção de um sistema coerencial para o sistema jurídico, como se esta aqui a registrar nem de longe resolve o problema da aplicação racional do direito, isto em função das regras não poderem ser aplicadas em

sí mesmas, o que a toda evidência revela a necessidade de pessoas e mesmo de procedimentos.

Não se pode esperar que o sistema de regras, sem a ingerência humana possa ser autossuficiente no exercício jurisdicional de entregar respostas adequadas e corretas.

Se a coerência do sistema jurídico não se pode alcançar hermeticamente, ainda que pelo terreno ideal, visto que os enunciados jurídicos não são autossuficientes, o instrumento disposto para a sua conquista, para Habermas, é a argumentação sistemática. Esta mesma argumentação sistemática ao que irá se perceber, apresenta como ponto fundamental, a argumentação dos princípios, e neste momento, em razão da linha teórica desenvolvida neste trabalho, ao revés de contemplar todas as suas vertentes, se limitaram aos seguintes pontos: o caráter deontológico dos princípios e a possibilidade dos princípios jurídicos serem entendidos como mandados de otimização.

A tese esposada por Habermas, ao encontro do que aqui se esta a arguir pelo uso indiscriminado do conceito de princípios e mesmo de sua equiparação a valores elucida de imediato a necessidade de separarmos estes elementos. Os princípios, nesta perspectiva, devem apresentar um sentido deontológico⁹⁷, resgatando desta forma o ideal dos discursos morais universalizantes. Em sentido diverso, os valores estariam a ilustrar sentidos teleológicos, reforçando, destarte, a sua conotação prática de um discurso ético.

Esta postura metodológica, no entanto, revela-se precária em sua percepção jurídica, pois segundo o próprio Habermas, os princípios jurídicos e suas questões correlatas são distintos das questões morais, não se devendo atribuir enunciados genéricos aqueles. Eis a advertência: “geralmente (...) o que é igualmente bom para todos os homens, pois elas

⁹⁷ Ao defender como premissa central a viabilidade de legitimação do direito a partir de princípios, aqui já em sentido deontológico, Habermas considera a impossibilidade de se estruturarem, em torno de valores éticos, um ideal de 'bem' que possa ser compartilhado por uma sociedade plural. Como alternativa a esse modelo axiológico, os princípios passam a ser justificados a partir de critérios aceitáveis por todos os cidadãos, de sorte a melhor considerar as peculiaridades da sociedade contemporânea.

regulam o contexto vital dos cidadãos de uma comunidade jurídica concreta”.⁹⁸.

A dissonância entre o sentido deontológico dos princípios morais e a necessidade de se apurar o contexto social de uma determinada comunidade na identificação do que seja um ideal de vida boa, fara com que os discursos de fundamentação impreterivelmente considerem argumentos pragmáticos, em uma forma de exercício ético da razão prática. Destarte, empregar para os princípios jurídicos a prerrogativa de se poder exigi-los universalmente, ao final acabaria por confundi-los com os princípios morais.

Desta conclusão se extrai também o entendimento de que para a seara jurídica o caráter deontológico não é absoluto.

Em corolário desta constatação, a delimitação conceitual dos princípios como mandados de otimização, ao que parece, acaba sendo excluída por Habermas, que neste momento já acrescenta na construção deste conceito de otimização, uma análise de custos e benefícios.⁹⁹.

Essa tese mereceu a crítica de Robert Alexy, nos seguintes termos:

“A conceitualização dos princípios como mandamentos de otimização conduz, na realidade, à inclusão de critérios do âmbito da racionalidade econômica do direito, e é precisamente este seu sentido. Estes critérios correspondem ao princípio da proporcionalidade do direito constitucional alemão, que prediz que uma intervenção nos direitos fundamentais só é admissível se atendido três requisitos: primeiramente, ela deve ser apropriada para alcançar o objetivo perseguido através dela. Em segundo lugar, deve ser necessária para tanto, isto é, não pode haver nenhum meio mais suave ou menos gravoso. Em terceiro lugar, ela deve ser proporcional, significando que os fundamentos justificadores da intervenção devem ter peso tanto maior quanto mais intensa for a intervenção”.¹⁰⁰

O que se quer aqui evidenciar, é que a efetivação da proposta constitucional deste novo estado democrático pode se ver prejudicada em função da falta de legitimidade da decisão judicial, que com estribo em convicções pessoais do intérprete, pode apresentar entendimentos dissonantes à própria ordem constitucional e ainda apresentar respostas

⁹⁸ HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 193-194.

⁹⁹ Id., p. 322.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. Jurgen Habermas, 80 anos Direito e Democracia. Org. Gunter Frankenberg. Lumen Juris. 2009. P. 124.

absurdamente distintas para casos similares, pois este sujeito solipsista da modernidade, em *terrae brasilis*, ainda não encontra no meio jurídico, um controle do que se pode atribuir de sentido ao texto.

É preciso superar a linha de pensamento kantiana para efetivar democraticamente as normas constitucionais, pois o sentido, seja pela via principiológica de Alexy e a correlata técnica da ponderação diante da facticidade do caso, quer seja pela compreensão posterior do sentido da norma, não pode ser feita individual e arbitrariamente pelo homem.

Desta forma, a abertura do ordenamento e a consequente ampliação da atividade jurisdicional neste momento concebidas para efetivar os direitos fundamentais podem soçobrar pela mão do próprio judiciário, já que a eminente concretização deste novo ideal constitucional em muito dependerá do protagonismo de juízes e tribunais¹⁰¹.

Em suma,

“a alusão ao “caso concreto” transformou-o em álibi teórico, a partir do qual se pode atribuir qualquer sentido ao texto, e qualquer decisão pode ser produzida. Nesse rol, podem ser elencadas as diversas posturas positivistas, que, de um modo ou de outro, trabalham com a possibilidade de múltiplas respostas, ou transferindo o problema da interpretação do direito para conceitos elaborados previamente pela dogmática jurídica (pautas, súmulas, verbetes jurisprudenciais) ou deixando a cargo do sujeito-intérprete a tarefa “descobrir os valores ocultos do texto”. .“assim, quando hoje – em pleno paradigma principiológico, neoconstitucionalista e superador do positivismo que se sustenta(va) pela regra e pela subsunção – tudo parece indicar que é vencedora a teze de realização do direito (norma) “somente na situação concreta”, não podemos cair na armadilha do axiologismo, possibilitando uma espécie de retorno à discricionariedade positivista, como se os princípios possibilitassem ainda mais abertura na interpretação dos juízes no “caso concreto”.¹⁰²

A suposta armadilha axiologista, que confere(?) aos juízes maior liberdade discricionária para a interpretação e aplicação de princípios no enfrentamento do caso concreto, como bem observa o autor, deverá se projetar sobre os próximos anos da atividade judiciária, e pode ser aqui exemplificada pelo texto do novo código de processo civil, que já em seu artigo sexto dispara: ” Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que

¹⁰¹ As críticas neste momento dirigidas ao pensamento de Robert Alexy, em absoluto pretendem desconsiderar a relevante e influente contribuição de sua obra, nem mesmo olvidar do desenvolvimento de sua tese pela doutrina nacional, mas sim contribuir para o seu aprimoramento.

¹⁰² STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. P. 377 e 378.

ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência”.

Esta aparente liberdade, no entanto, não legitima o intérprete a atribuir qualquer sentido ao texto nem a escolher qualquer ponderação no enfrentamento do caso concreto. Defender isto seria afirmar a repriminção de ideias superadas há mais de duzentos anos em evidente comprometimento da democracia e da legitimidade da decisão judicial, que deixaria de ter como referência os valores contemporâneos para valer-se apenas das convicções pessoais e muitas vezes minoritárias do julgador.

Ao encontro do que acaba de ser referido, observe-se, pela repercussão do julgado e pela pertinência do tema, as palavras aqui transcritas e componentes de julgado recente do superior tribunal de justiça:

“Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha decisão. (...) Decido, porém, conforme a minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autoridade intelectual, para que esta tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros *decidem assim, porque pensam assim*. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do superior Tribunal de Justiça, e a *doutrina que se amolde a ele(...)* Ninguém, nós da lições. Não somos aprendizes de ninguém”¹⁰³.

Com a devida vênia, ousamos discordar deste entendimento, pois ao contrário do que neste voto defende o respeitável Ministro, o direito se projeta para muito além das convicções pessoais de qualquer intérprete, já que a ‘vontade’ pessoal não goza da permissão constitucional para atribuir sentidos arbitrários aos textos jurídicos, e ainda quando revestidos pela suposta autoridade intelectual dos tribunais, não pode se olvidar do contraditório e dos valores democráticos.

Esta reestruturação normativa pela qual passou o ordenamento jurídico brasileiro já ao final do século XX, como se pôde constatar, trouxe o inegável benefício de aproximar o Estado do jurisdicionado, na medida em que instrumentos de acesso a justiça foram consolidados por uma matriz

¹⁰³ Voto proferido pelo Ministro Humberto Gomes de Barros no AgReg em ERESP n. 279.889-AL, STJ.

mais elástica, no entanto, a reprodução do pensamento solipsista, mesmo que por sobre os festejados dias da modernidade, acabam por comprometer a efetivação do projeto democrático de direitos fundamentais já em seu primeiro discurso, pois sem que se garantam aplicações semelhantes da atividade jurisdicional para casos similares, perde o estado o pilar da isonomia material e da segurança jurídica.

Assim, se o estado democrático se propõe a tratar a peculiaridade do caso, em um aparente retorno da facticidade ao meio jurídico, e para isso apresenta novos instrumentos, aqui representados pelas já comentadas cláusulas gerais, conceitos indeterminados e princípios, de outro lado, a adoção de uma isonomia material que em verdade se revela como imposição social para a superação do modelo liberal, desloca para o judiciário a efetivação de direitos constitucionais, de sorte que caberá ao aplicador, diante da peculiaridade de cada caso concreto, aperfeiçoar os mandamentos fundamentais sem com isso comprometer a diretriz fundamental da isonomia substancial. Afirmar este projeto, destarte, necessariamente perpassa pela superação do esquema sujeito-objeto.

A tensão provocada pela efetividade dos direitos, que como vimos, passa a ser dividida pelos poderes executivo, legislativo e em especial pelo poder judiciário, coloca o magistrado como ator fundamental na realização do projeto constitucional. Para tanto, delega-se a este indivíduo a responsabilidade para delimitar conceitos, atribuir sentidos e ponderar princípios. Este último, em consequência do referencial teórico de Alexy, percebe-se hodiernamente por meio de textos vagos e com pouca determinação semântica.

Esta aparente liberdade hermenêutica para subsumir o fato ao texto pela percepção de que ali se aplicam regras ou ainda, ponderar princípios que pela vagueza do enunciado carece de concretude para regular as hipóteses fáticas, em verdade revela a manutenção do modelo kantiano e do ideal de que o homem é o senhor dos sentidos, pois já que a efetivação da isonomia material é percebida pelo caleidoscópio individual do magistrado, é este quem detém a suposta autorização legal para apreciar as peculiaridades do caso e entregar ao cidadão a resposta adequada para o caso.

Sob esta ótica se justificam regras processuais de absoluta liberdade hermenêutica, tais como a delegação para que o magistrado arbitre, diante de uma condenação em obrigação de fazer ou entregar coisa, qual será o prazo razoável para o cumprimento voluntário da decisão, qual deve ser o percentual da multa a incidir como instrumento coercitivo a evitar o descumprimento do mandamento judicial e ainda, quais medidas poderão ser adotadas para que a identidade do caso concreto alcance um resultado equivalente ao pretendido pelo jurisdicionado no início da atividade jurisdicional.

Em poucas palavras: o ordenamento jurídico brasileiro, ainda não superou as teses da filosofia da consciência, de sorte que o sentido ainda hoje é atribuído cotidianamente pelo indivíduo, o que compromete direta e objetivamente o projeto constitucional, pois a reprimenda provocada por esta vertente filosófica, já há muito superada, compromete o valor da democracia e a efetividade dos direitos fundamentais.

Com linhas mais simples, procura-se afirmar, que muito embora a produção dos textos e enunciados jurídicos seja feita em contraditório e sob o consenso social, o resultado desta atividade racional, que no parlamento se consagra por intermédio da lei, de outro, não resolve o problema da efetividade, pois esta mesma lei, produzida democraticamente; costumeiramente é vaga, ambígua e se estiver embasada em princípios, provavelmente padecerá ainda da falta de delimitação semântica, afastando, neste primeiro momento, a efetividade de sua orientação e mesmo a possibilidade de incidência diante do caso concreto.

Diante desta impossibilidade, a atividade parlamentar recorreu à estratégia de tornar flexível o ordenamento jurídico, a fim de cumprir a promessa constitucional de efetivar as garantias fundamentais para a população. Outro não foi o caminho senão o da adoção de novos instrumentos, já aqui indicados e definidos, os quais conferem destaque à estrutura sintática dos princípios, que pela indeterminação semântica delegam os limites de sentido e as hipóteses de incidência ao protagonismo do homem pensante em si mesmo.

Se essas foram as alterações advindas da nova proposta de Estado, as consequências da abertura e do evidente deslocamento das

tensões de poder para a atividade jurisdicional demonstraram uma vez mais a necessidade de superarmos a relação sujeito-objeto, pois na ponta do exercício jurisdicional, apresenta-se apenas o homem como responsável para concretizar os textos vagos deste Estado Democrático, conferindo portanto solitariamente o que se espera de efetividade do texto constitucional.

Oportuna ainda é a constatação de que os critérios defendidos por Robert Alexy em sua obra, neste ponto, não se propõe a superar o modelo kantiano, pois ao trabalhar os princípios e as regras pelo viés semântico, delega ao aplicador a responsabilidade para a sua delimitação e o alcance, ao tempo em que aparentemente legitima a escolha deste ou daquele princípio pelo emprego de técnica da ponderação.

Em função do exposto, não é difícil se identificar no cotidiano forense uma infinidade de resultados dispares e contraditórios em casos evidentemente semelhantes.

Um exemplo de ordem prática dessa desarrazoada atuação judicial se presta pela entrega de decisões que colocam ao poder executivo a ordem de assegurar individualmente a eficácia do direito fundamental à saúde do autor da demanda. Em casos assim, a entrega do medicamento ao sujeito que em igual condição com outros quatrocentos enfermos precisariam submeter-se ao mesmo tratamento, revela como a eficácia do direito constitucional se vê atrelada ao entendimento individual do magistrado e ao que se julga casualmente fundamental, já que outros tantos homens poderiam deduzir em juízos pretensões de acesso ao mesmo benefício, sem com isso ter garantida a procedência do pedido, ainda que estes mesmos jurisdicionados se encontrem em situação semelhante.

Esta atuação judicial, que a toda evidência estabelece privilégios desproporcionais ao autor da demanda ira acentuar, destarte, as desigualdades, ao tempo em que compromete a força do mandamento constitucional. Primeiro em função de se estar correlacionando sua eficácia á violação e correlata intervenção judicial, segundo, por não se observar tratamentos paritários respostas semelhantes. Estas, aliás, jamais se encontraram enquanto o critério de escolha, ponderação e atribuição de sentido repousar sobre os ombros e a consciência da individuo.

Ver-se ainda, com isso, que o direito fundamental desatendido não encontra nos operadores do direito a compreensão de sua dimensão social, mas sim a ideia equivocada de que o mandamento constitucional será respeitado pela entrega pontual.

Este comportamento, ao que se pôde constatar, em verdade revela a falta de percepção do direito para com as duas viradas copérnicas do estado e da filosofia, de sorte que ainda hoje trabalhamos com uma matriz teórica liberal-individualista que, a toda evidência, é insuficiente para embasar um entendimento global da dimensão social dos direitos fundamentais.

A dissonância entre o projeto constitucional e a absorção dos progressos filosóficos compromete substancialmente a efetividade dos direitos fundamentais, pois não se pode mesmo imaginar que a Democracia do Estado pós-moderno possa conjugar pensamentos individualistas na interpretação e aplicação do direito.

Pode-se acrescentar, ainda, que a pós-modernidade nos apresenta evidente fragmentação do sistema jurídico, pois na exata medida em que retoma o diálogo com a facticidade e a peculiaridade do caso, acentua os riscos pela manutenção do referencial teórico da filosofia kantiana, em função dos textos de baixa delimitação semântica, que ainda hoje supostamente delimitados pelo sujeito pensante.

Ao final, este exercício solipsista, evidentemente comprometedor o projeto constitucional, passa a enfrentar as críticas de Habermas e Dworkin, que, em contraponto a tese da subjetividade, procuram trabalhar o Direito como alternativa para fragmentação da pós-modernidade.

Dworkin, trata do direito como integridade, de sorte a defender a existência de resposta adequada a cada caso, sem delegar ao intérprete, na análise dos casos práticos e de difícil solução, a discricionariedade para que se possa atribuir ao texto, qualquer sentido, de sorte a justificar subjetivamente, qualquer decisão para o caso concreto¹⁰⁴. Por seu turno, Habermas, apresenta a Teoria do Agir Comunicativo com base em pressupostos sistemáticos, de sorte que pelo consenso motivado dos

¹⁰⁴ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. P. 450.

interlocutores se possa chegar democraticamente ao sentido do texto. Como se tratará com mais detalhes, na continuidade do estudo, sob o enfoque da jurisdição constitucional.

2.3 – A NOVA MATRIZ TEÓRICA

Vistos os desafios normativos¹⁰⁵ decorrentes deste novo paradigma, passamos agora a compreender como se esta desenvolvendo e aplicando a matriz filosófica deste Estado pós-moderno, a fim de avaliarmos os possíveis efeitos decorrentes da propagação do discurso Neoconstitucionalista, pautado ainda hoje na filosofia da consciência e na ponderação subjetiva de princípios constitucionais¹⁰⁶.

Cumprе sublinhar que os textos constitucionais escritos no pós-guerra de 1945, pela evidente reaproximação do direito com a moral e a correlata reintrodução da facticidade no direito, passaram a albergar interesses diversos e conflitantes, o que implicitamente encaminha para o enfrentamento de um paradoxo entre o exercício da vontade majoritária da sociedade, ainda que eventual, e a defesa do projeto constitucional, que inegavelmente registra, no cenário nacional, as promessas de um modelo de sociedade com o correlato compromisso de efetivá-las no futuro.

Com efeito, no elucidativo magistério de Streck:

“a discussão do constitucionalismo implica o enfrentamento de um paradoxo, representado pelo especialíssimo modo como esse fenômeno é engendrado na história moderna-contemporânea. Com efeito, a Constituição nasce como um paradoxo porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias. É, pois, no encontro de caminhos contraditórios entre si que se desenha o paradoxo do constitucionalismo. E é na construção de uma fórmula abarcadora desses mecanismos contramajoritários que se engendra a própria noção de jurisdição constitucional, percorrendo diversas etapas até o advento do Estado Democrático de Direito.”¹⁰⁷

¹⁰⁵ No contexto defendido pelo texto, entende-se, na esteira da tradição que vem desde Friedrich Muller, dentre outros, que a norma o resultado da atividade interpretativa.

¹⁰⁶ Sobre a ponderação dos interesses, consulte-se, por todos, ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, Malheiros Brasil, 2008.

¹⁰⁷ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. P. 17.

Tratando-se do ordenamento brasileiro, não é mesmo de se estranhar que a Constituição Federal, ao estabelecer as condições para a mudança da realidade social pelo direito, na exata medida em que reconhece as flagrantes desigualdades sócio-culturais e econômicas, também se proponha, quase que inexoravelmente, a contrariar poderes da alçada do executivo e do legislativo, que, não raro eleito por maiorias eventuais, nem sempre concordam com o projeto constitucional de sociedade¹⁰⁸. Advirta-se, no entanto, que esta regra contramajoritária, ao revés de limitar-se aos reclames formais de alteração do texto constituinte, representa a materialidade de um núcleo político da própria Constituição da República, que, no Brasil, representa o resgate das promessas de modernidade, as quais a população nunca pôde experimentar¹⁰⁹.

A inserção da Constituição na noção de paradoxo, que revela o ideal de conciliar interesses aparentemente contraditórios, traz em seu desenvolvimento clara tensão entre a legislação, que desde o estado liberal, se apresenta como fruto de uma vontade social majoritária, e a atividade jurisdicional, que muitas vezes, em defesa do projeto de sociedade pactuado pelo poder constituinte originário, anula atos do executivo e declara inconstitucionais as leis aprovadas pelo parlamento, caracterizando, assim, evidente atividade contramajoritária.

Isto, no entanto, não nos autoriza a concluir pela incompatibilidade entre democracia e constituição, ou afirmar que a jurisdição constitucional tem o condão de desrespeitar aspirações majoritárias.

Ao contrário, pode-se afirmar que

“A Constituição é uma invenção destinada à democracia exatamente porque possui o valor simbólico que, ao mesmo tempo em que assegura o exercício de minorias e maiorias, impede que o próprio regime democrático seja solapado por regras que ultrapassem os limites que ela mesma – a Constituição – estabeleceu para o futuro. Esta, alias, é a sua própria condição de possibilidade.”¹¹⁰.

¹⁰⁸ Idem. P. 23.

¹⁰⁹ Idem. P.19.

¹¹⁰ Idem. P. 21.

Nesta quadra da história, o direito deixa de consubstanciar apenas as diretrizes organizacionais da atuação do Estado, como já se constataria na fase liberal, e passa a considerar a faticidade da vida e a peculiaridade do homem com o propósito de transformar a realidade social de extrema desigualdade herdada da modernidade.

É admissível, pois, que este novo direito, dirigente e comprometido com a proteção dos direitos e garantias fundamentais, eleve significativamente a tensão entre a pretensa legitimidade do texto e o exercício de uma jurisdição, que diversas vezes, ao que se constata, é contra-majoritário.

Sob essa perspectiva de mudança paradigmática, a jurisdição constitucional, que, em países de capital tardio, sequer sonhou com a concretização das promessas da modernidade, passou a fomentar dois fenômenos. São eles: a judicialização e o ativismo judicial.

A judicialização se apresenta, em países de desenvolvimento tardio, como conseqüência lógica da redemocratização, pois na exata medida em que a modernidade é superada pela multiplicidade do homem e pela reintrodução da faticidade no direito, a Constituição contempla os diferentes projetos de vida social, de sorte que direitos antes relegados pelo tecnicismo positivista, passam a demandar a proteção do Estado.

Assim, ao tempo em que a Carta Social de 1988 se dispõe a estabelecer direitos sociais e fundamentais, que por razões de toda ordem, desde os tempos coloniais são negados ao indivíduo em *terra brasilis*, o cidadão, que sob o manto do texto constitucional encontra esperança de haver em juízo o cumprimento das promessas de transformação da realidade social, recorre ao judiciário, na expectativa de ter assegurada a efetividade de seus direitos.

Em resumo, diante da inércia governamental, no que concerne a cumprir o que foi pactuado pelo poder constituinte, a população acaba por trazer tais questões à apreciação judicial. Tudo mais fica, então, judicializado.

De fato,

“o surgimento da jurisdição constitucional ocorreu ao tempo em que se estabelecia a garantia daqueles valores, transformando-os em

direitos. Não seria mesmo possível que as constituições estabelecessem valores para reger a vida em sociedade e não estabelecessem minimamente condições de acesso à sua efetivação e respeito. O chamado ao juiz seria mesmo inevitável, uma vez que para garantir a inteireza da Constituição fazia-se necessário dotar o julgador de poder – e cultura constitucional – suficiente para afastar qualquer descompasso com a ordem estabelecida no pacto fundador.”¹¹¹

Por seu turno, o ativismo judicial, traz consigo resquícios solipsistas, vez que tende a caracterizar-se pela atuação de juízes e promotores, os quais, diante de demandas pela efetivação das promessas constitucionais, passam a fazer juízos políticos e morais sobre a legislação e a gestão do Estado.

Feitas as considerações sobre os fenômenos decorrentes da jurisdição constitucional, é pertinente a análise sobre como se desenvolve no campo dogmático, a construção de uma nova tese a justificar e organizar o seu exercício, em particular do que doutrinariamente se convencionou chamar de neoconstitucionalismo.

O “Neoconstitucionalismo” vem sendo empregado pela doutrina para identificar um novo momento, que supostamente apresenta ares contemporâneos para a teoria constitucional¹¹².

Sob esta vertente filosófica, no entanto, se tem observado a ocorrência de mixagens teóricas, que no direito brasileiro, ao encontro do que se disse no capítulo anterior, é denunciada por Lênio Streck:

“Ora, sob a bandeira “neoconstitucionalista” defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela poderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, como: neoprocessualismo e neopositivismo. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual).

Desse modo, fica claro que o neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo – do *paleojuspositivismo* (Ferrajoli), na medida em que nada mais do que

¹¹¹ BOLZAM DE MORAIS, José Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNOLA, Ângela Araújo da Silveira. Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial / Jacinto Miranda Coutinho, Roberto Fragale, Ronaldo Lobão organizadores. – Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. P. 205.

¹¹² Sobre as formas de Neoconstitucionalismo, consulte-se Miguel Carbonell, em: “Neoconstitucionalismo: elementos para uma definição”. In: Eduardo Ribeiro Moreira Pugliesi. 20 anos da Constituição Brasileira. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, P. 197-208.

afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da Escola do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, ou seja da jurisprudência dos valores).¹¹³.

Portanto, é possível afirmar, que sob a rubrica do termo neoconstitucional se abrigam ideais contraditórios, já que a aposta em um direito novo, consubstanciado pelo segundo pós-guerra para cumprir a promessa de efetividade dos direitos fundamentais, acaba soçobrando diante da não superação do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, que ainda hoje delega o exercício do projeto constitucional à loteria do protagonismo judicial.¹¹⁴.

Esse pensamento, portanto, parece não absorver corretamente as viradas copérnicas do Estado e da Filosofia, pois ainda hoje delega a realização do projeto constitucional a juízos individuais de percepção de mundo, o que diretamente compromete a conquista do Estado Democrático e desconsidera o paradigma ontológico-linguista do pensamento filosófico.

Este Constitucionalismo Contemporâneo, que de agora em diante passa a ser adotado para identificar o pretense movimento “neo” constitucionalista, em função de seguirmos a ideia original apresentada nas críticas considerações de Streck¹¹⁵, supera a primeira vertente do positivismo-exegético, no entanto, ao se identificar com teses axiológicas e valorativas, reafirmam exatamente o movimento que pretendem superar, qual seja: o próprio positivismo jurídico, desta vez, em sua vertente normativa.

Não há, pois, sob essa perspectiva, ruptura com o paradigma constitucional da modernidade, mas sim a continuidade deste projeto, agora acrescidas das conquistas pós-modernas.

Nessa medida,

Pode-se dizer que o Constitucionalismo contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o

¹¹³ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, 4. Ed, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. P. 36.

¹¹⁴ Idem. P. 36

¹¹⁵ Sobre o tema, consulte-se, Verdade e Consenso, 4. Ed, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. P. 35 -37.

advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, no interior do qual se dá a reformulação das teorias das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos). Todas essas conquistas devem ser pensada, num primeiro momento, como continuadoras do processo histórico por meio do qual se desenvolve o constitucionalismo.¹¹⁶

Para o bem e para o mal, estas concepções já estão incorporadas ao Ordenamento jurídico brasileiro, de sorte que devemos avaliar, como esta realidade se apresenta para o intérprete, em especial, no exercício da jurisdição constitucional, de sorte a garantir que as disposições teóricas possam fazer uma rápida e eficiente travessia do mudo teórico para o plano fático, onde os ideais de normatividade, superioridade e centralidade deverão enfrentar as intempéries do mundo fragmentário da pós-modernidade.

Para tanto, se faz necessário considerar previamente, as causas deste aparente retardo na entrega dos direitos constitucionais e de como o pensamento filosófico estaria influenciando o projeto de sistema judicial, empregado em *terra brasílis*.

Numa primeira consideração, de ordem histórica, é possível sustentar que já durante a época do Brasil colonial, as instituições implementadas pelo Estado Português se apresentavam burocratizadas e pautadas em procedimentos escritos. Desta forma, a atuação do judiciário se restringiria a reproduzir com as pretensões da literalidade, o comando legal das ordenações.

Mais adiante, sobre influência da racionalidade iluminista, o ordenamento brasileiro passa a exercer uma atividade jurisdicional amparada pela premissa de isonomia formal, o que lhe permitiu atuar com estribo em normas padronizadas e legitimadas a cuidar de dissídios individuais.

¹¹⁶ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, 4. Ed, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. P. 37.

Nesta ordem jurídica lógica e positivista, o direito se apresenta como veículo capaz de estabelecer por intermédio da lei, respostas padronizadas e uniformes, ainda que para tanto sejam ignoradas as condições mais elementares do homem e de sua individualidade. Assim, por exemplo, diante de qualquer inadimplemento contratual, fosse ele decorrente do descumprimento de obrigações diversas como a de fazer ou entregar alguma coisa, deveria o indivíduo pleitear em juízo, com amparo no já revogado código civil de 1916, indenização para recompor as perdas e danos correlatos ao descumprimento do negócio jurídico.

Nesta quadra da história, o exercício da atividade jurisdicional se presta quase que exclusivamente para compensar prejuízos materiais, sem, no entanto, observar a especificidade do caso. A litigância submetida ao crivo judicial versa quase que exclusivamente sobre questões pretéritas e se desenvolve por meio de uma relação processual que em sua maior parte é controlada pelas partes, circunscrevendo assim o conhecimento e a atuação jurisdicional.

A realidade brasileira, no entanto, é flagrantemente incompatível com esse modelo de justiça, que por razões de toda ordem, como a miséria coletiva e os ainda baixos indicadores sociais, em verdade revelam a incoerência do estado providência em solo nacional.

Muito em função da ausência desta realidade de bem estar e providência vivenciada por países supostamente desenvolvidos, movimentos sociais expressivos marcaram a construção da constituição de 1988, de sorte a ver contemplado em seu texto os direitos essenciais a moradia, saúde, vida e o já conflituoso direito à terra.

Estas questões estruturais, no entanto, parecem ter sido tratadas com cautela pelo legislador constitucional, que reservou para o enfrentamento do tema, textos vagos e supostamente limitados em eficácia pela falta de uniformidade das bancadas parlamentares presentes à época da assembleia constituinte.

Desta forma, quando os integrantes parlamentares pretenderam modernizar a legislação processual a respeito do conjunto de novos direitos, já agora assegurados pelo texto constitucional, matérias polêmicas deixaram de ter um tratamento objetivo para dentro desta mesma ordem

constitucional, serem regulamentados posteriormente por leis complementares, ordinárias e revisões constitucionais.

Sob esta ótica, pode-se afirmar que o recurso às normas programáticas, ao tempo em que delega para o futuro a possibilidade de delimitação do sentido por meio de procedimentos legislativos, permitindo assim a conclusão dos trabalhos parlamentares, também acaba por desapropriar do texto sua clareza e a objetividade, imputando assim para a redação constitucional os adjetivos da ambiguidade e da indefinição.

Este sistema de justiça que ainda nos dias atuais ampara-se em textos imprecisos e de primados genéricos de baixa determinação semântica amplia direta e decisivamente a discricionariedade exercida pelo ator judicial.

O resultado desta mudança paradigmática, se de um lado se revela incapaz de superar os já conhecidos problemas da interpretação solipsista, de outro, se destaca pela perspectiva intervencionista do novo estado democrático de direito, que suplanta o formalismo lógico e descompromissado do positivismo normativista e também a aplicação concatenada do positivismo exegético.

Advirta-se, para citar apenas duas das vertentes desta corrente filosófica, que já a esta altura se encontram superadas pela reintrodução da facticidade no direito pela adoção de um referencial de igualdade substancial, de sorte a permitir que a atuação judicial considere a peculiaridade do caso e efetive a garantia de direitos constitucionais.

De início, este descompasso entre o novo texto constitucional e a expressão meramente formal do sistema de justiça pôde ser observado pela atuação das instâncias superiores, que segundo Marcos Faro¹¹⁷, já no âmbito do Supremo Tribunal Federal, entre 1990 e 1994 deixou de conhecer do mérito por questões processuais, cerca de 23,18%, tendo em outros 36,37% embasado as suas decisões em questões eminentemente procedimentais.

Neste momento, portanto, o desafio que se coloca para os ideais jurídicos deste estado democrático será a necessidade de equacionar os novos conflitos decorrentes de uma sociedade plural e largamente

¹¹⁷ CASTRO, Marcus Faro. "Los tribunales, el Derecho y la Democracia em Brasil", em Revista Internacional de Ciências Sociales, Paris, Unesco, 1996.

heterógena, com uma estrutura normativa já há muito superada pelo pós-guerra de 1945.

Em linhas mais objetivas, quer-se aqui arguir, que as estruturas de poder não se articulam isoladamente, de sorte que a percepção contemporânea de valores e princípios, ao tempo em que os apresentam sob o abrigo constitucional, também demanda do ordenamento jurídico uma releitura de seus arquétipos normativos.

Em função disto, devemos nos perguntar como poderia se exigir deste novo Estado Brasileiro uma atuação pautada na isonomia material e atenta aos reclames de novos direitos, destacando-se aqui os direitos transindividuais, sem para tanto atualizar os instrumentos dispostos ao exercício da jurisdição? Como garantir decisões específicas ao caso concreto, partindo-se de premissas gerais e abstratas? Ainda, como efetuar a manutenção da ideia de isonomia substancial, garantindo decisões semelhantes para casos idênticos, sem superar o solipsismo e o contemporâneo protagonismo judicial?

Ora, se o ordenamento jurídico hoje se revela flexibilizado por instrumentos da ordem das cláusulas gerais, conceitos indeterminados e mesmo no emprego equivocado da ponderação de princípios, que pela reprodução do ideal kantiano ainda hoje apresenta como responsável pela eficácia do comando normativo, o homem pensante em si mesmo, é inexorável que a multiplicidade de entendimento sobre textos vagos provoquem a corrosão dos valores democráticos, pois não se pode esperar uniformidade da atuação jurisdicional diante de um sistema de justiça ainda calcado pela consciência individual de cada ser, onde a discricionariedade em sua expressiva maioria em muito se confunde com a arbitrariedade.

De fato, a flexibilização do ordenamento brasileiro, como se pôde observar, ao revés de se estruturar em uma nova base filosófica, aqui sugeria em função da virada ontológico linguística, parece desconsiderar os avanços do pensamento filosófico, já que ainda hoje reproduz os ideais kantianos de universalidade sob a perspectiva da consciência do homem pensante em si mesmo.

Esta aparente liberdade(?) do intérprete, que no exercício hermenêutico passa a atribuir sentido aos textos jurídicos, ao que já se

demonstrou, coloca em evidência juízes e promotores, que com estribo nas prerrogativas funcionais concedidas pela constituição, a exemplo da independência, vitaliciedade e inafastabilidade, acabaram estendendo os efeitos de suas decisões aos cenários da política e da economia.

Esta atuação proativa tem levado o estado a legislar desenfreadamente para conter o que se poderia chamar de atuação exorbitante do judiciário. No entanto, a incapacidade de controlar a atividade pensante do sujeito solipsista, ao contrário, em sentido paradoxal, lhes amplia o campo de atuação na medida em que as produções legislativas hodiernamente se apresentam com pouca delimitação semântica e inconsistências sistêmicas.

Como a ordem jurídica assim produzida,

“não oferece aos operadores do direito as condições para que se possam extrair de suas normas critérios constantes e precisos de interpretação, ela exige um trabalho interpretativo contínuo. E como seu sentido definitivo só pode ser estabelecido quando de sua aplicação num caso concreto, na prática os juízes são obrigados a assumir um poder legislativo. Ou seja, ao aplicar as leis a casos concretos, eles terminam sendo seus coautores. Por isso, a tradicional divisão do trabalho jurídico no Estado de Direito é rompida pela incapacidade do Executivo e do Legislativo de formular leis claras e sem lacunas, de respeitadas os princípios gerais do direito e de incorporar as inovações legais exigidas pela crescente transformação dos mercados. Isso propicia o aumento das possibilidades de escolha, decisão e controle oferecidas à promotoria e à magistratura, levando assim ao protagonismo judicial na política e na economia¹¹⁸”.

Neste mundo real, a teoria constitucional enfrentará as dificuldades de aplicar um direito entrecortado por princípios de pouca consistência material e de lidar com uma infinidade de possibilidades hermenêuticas das legislações civil, penais e processuais, dentre outras, sob o enfoque Constitucional.

Na ponta deste sistema de justiça, juízes e promotores são constantemente acusados de exorbitar o exercício de suas funções, ao argumento de que a interpretação e aplicação do texto não lhe confere legitimidade para o exercício legislativo. Assim, frequentemente a atuação

¹¹⁸ FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desafios. Estud. av. vol.18 no.51 SãoPaulo May/Aug. 2004. Disponível na internet: <http://www.scielo.br/scielo.php?lng=en>. Acesso em 12/07/2011

judicial tem suas decisões questionadas sob a alegação de ultrapassar os limites legais da neutralidade, especialmente quando o foco incide sobre o enquadramento do Executivo ao reclame da responsabilidade fiscal, a implementação de políticas públicas ou o controle de constitucionalidade das leis.

Em resposta a este reclame da administração pública para que o exercício jurisdicional se limite a aplicar os textos democraticamente aprovados pelo Congresso Nacional, registra-se, historicamente, a superação do positivismo exegético e a limitação judicial ao critério gramatical de interpretação e aplicação da lei.

Destarte, estas argumentações contemporâneas em verdade revelam algum fruto da imaturidade teórica, e em função disto passam a ser mais objetivamente analisadas.

De imediato, constata-se que a resposta estatal para conter o questionável protagonismo judicial se apresenta pela produção desenfreada de textos e regras, com o objetivo definido de limitar, antever e coordenar o comportamento dos agentes judiciais. Assim, pode-se entender porque motivos a constituição de 1988 já detém o registro histórico de ter sido a mais emendada carta que o país escreveu.

Em matéria tributária, onde o Executivo particularmente apresenta-se como maior interessado, esta estratégia já apresenta uma média alarmante de quase trezentas novas normas por ano, e que hoje, segundo O Estado de São Paulo, contava no ano de 2001 com aproximadamente 55.767 artigos e 33.374 parágrafos.¹¹⁹

Este esforço cotidiano para coordenar e limitar a atividade hermenêutica, paradoxalmente vem contribuindo para ampliar as bases de atuação do intérprete, pois como em geral os textos editados carecem de clareza e unicidade, a falta de uniformidade doutrinária e jurisprudencial sobre os sentidos e alcances do texto passa a ser corolário de sua própria reprodução.

Deste modo, a inflação legislativa, em vez de produzir certezas e referendar a eficácia da legislação, acaba contribuindo para a multiplicidade de entendimentos sobre o mesmo tema, embasando arbitrariamente

¹¹⁹ O Estado de São Paulo, 08/08/2001.

decisões distintas para casos semelhantes em total inversão de seus objetivos primários.

Sob esta ótica, pode-se afirmar que a ineficiência da justiça deita suas causas em questões estruturais, e revela-se basicamente pela flagrante incoerência entre sua arquitetura normativa e a realidade social de seu tempo. Esta dissonância, ao revés de ser superada pelo amadurecimento teórico da proposta do Estado Democrático de Direito, por sobre toda e qualquer pretensão de razoabilidade, ainda hoje se faz presente no contexto nacional.

Faz-se, portanto, necessário, desenvolver e fundamentar teorias hermenêuticas compatíveis com tal projeto de Estado, que no contexto fragmentado e multicultural da pós-modernidade apresenta diversidades culturais e uma intensa atividade legislativa.

Cumprido, pois, conter este solipsismo contemporâneo que vê multiplicado o seu campo de atuação, na exata medida em que a redação dos textos e mesmo de algumas garantias constitucionais se revela com baixa determinação semântica, o que, a toda evidência, contribui para ampliar a discricionariedade do intérprete.

Em explícito posicionamento crítico a essa prática, Lênio Streck interroga e denuncia que

“de que modo podemos reivindicar e defender a democracia se, no final do processo decisório, deixamos uma “margem de atuação” para a livre escolha do juiz? Isso é possível num estado Democrático de Direito? Mas, se o constitucionalismo atua no plano do contramajoritarismo – e esse é o ponto de compatibilização a partir da discussão dos limites da jurisdição constitucional – também é possível dizer que tal circunstância acarreta outro grande debate: como impedir que juízes (ou os Tribunais Constitucionais) se substituam ao legislador? Isso implica, à evidência, discutir as condições de possibilidade de um efetivo controle das decisões judiciais”¹²⁰

Pois bem, versando agora sob o pensamento filosófico, pode-se identificar que a realidade pós-moderna nos apresenta, dentro desta perspectiva fragmentária, um caloroso debate entre os ideais positivistas,

¹²⁰ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. P. 435.

que ainda hoje constituem resquícios da modernidade iluminista, e o chamado “Neoconstitucionalismo”.

Esta discussão, se revela importante na teoria procedimentalista de Habermas e na corrente substancialista de Dworkin, dentre outros motivos, pelo fato de ambos os autores trabalharem o direito como alternativa ou saída para este contexto fragmentário.

Sob esse enfoque, o Direito se alicerça em pressupostos sistemáticos, contemplando a faticidade da vida social por meio de um agir comunicativo, ou ainda; por uma teoria integrativa que ao final procurar “amarrar” o sujeito solipsista, evitando com isso discricionariedades e decisionismos¹²¹.

De um lado temos a doutrina processualista, defendendo que a atuação da Corte constitucional deve apenas garantir as ideais condições para o debate democrático. Em outra vertente teórica, os substancialistas reclamam uma atuação jurisdicional interventiva e comprometida com os ideais políticos do Estado democrático de direito, que para além da frieza do texto, apresenta em sede Constitucional uma proposta de mudança social. Para tanto, se observará preliminarmente a vertente procedimental.

2.4 - AS CONDIÇÕES IDEAIS PARA A LEGITIMIDADE DA DECISÃO NA PERSPECTIVA DO AGIR COMUNICATIVO EM TEMPOS DE PÓS-MODERNIDADE.

Habermas é crítico enfático da pós-modernidade, que, sob a sua ótica de análise, substitui um projeto inacabado da modernidade iluminista. Dito de outro modo: para o filósofo referido, o princípio central da modernidade consubstancia-se no sujeito epistemológico e em sua correlata individualidade. Se isto é verdade, não se pode mesmo sustentar o encerramento da modernidade se ainda hoje se reproduzem estas visões de mundo assujeitadoras do sentido.

Destarte, para a corrente habermasiana, a pós-modernidade não supera a modernidade, eis que a ratifica na exata medida em que os ideais de

¹²¹ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. P. 450.

universalidade kantiana e a filosofia da consciência ainda hoje estão a embasar as percepções de mundo. Tratar-se-ia, portanto, de um projeto inacabado.

É nesse sentido que Habermas diz:

“A atualidade, enquanto renovação continuada, pereniza a ruptura com o passado... O pensamento político contaminado pela atualidade do espírito do tempo, e desejoso de enfrentar a pressão dos problemas da atualidade, é carregado de energias utópicas – porém, esse excedente de expectativas deve ser controlado pelo contrapeso conservador de experiências históricas”.¹²²

Neste contexto conservador das experiências históricas, a legitimidade do direito e da atuação jurisdicional passa a ser apresentado como alternativa, dentro da perspectiva da ação comunicativa, pois ao tempo em que considera o retorno da facticidade e a reaproximação do direito com a moral, também apresenta pressupostos para o exercício de uma razão prática supostamente capaz de construir sentidos racionais e pactuados, pelo consenso, como condição de possibilidade para o exercício democrático da jurisdição.

Contrapondo-se, portanto, às teses fragmentárias, Habermas se destaca exatamente por pretender edificar um médium lingüístico entre os valores referidos por sua formação deontológica, que no mundo contemporâneo¹²³.

Com linhas mais simples, pode-se constatar que, para o direito, a Teoria do Agir Comunicativo representa um contraponto à fragmentação, exatamente porque remete o problema da legitimação à tensão dialética entre a faticidade e a validade, de sorte que os principais embates sobre a multiplicidade da pós-modernidade se realizem no horizonte democrático, para em seguida alcançar pretensões de universalidade.

Sob esta perspectiva Habermasiana, as ideais condições para o debate democrático ocorrem por uma situação contra-fática na qual se encontram os participantes nos atos de fala. Esta hipótese, ao que se pode

¹²² HABERMAS, Jürgen. “La modernidad: un proyecto inacabado” in Ensaios políticos. tradução de Ramón García Cotarelo. Barcelona: Ediciones Península. 1988. P. 27.

¹²³Observe-se, que, em razão da velocidade com que se alteram as referências culturais deste mundo plural e globalizado, cria-se na pós-modernidade campo fecundo para a implementação das teses argumentativas.

deduzir, em absoluto se apresenta como um fenômeno empírico, consistindo, em verdade, na suposição necessária que a razão estabelece no início de um discurso argumentativo. Assim, mesmo considerando os freqüentes desentendimentos e os inconstantes entraves de comunicação entre os falantes, permanece inalterada a premissa para quem se dispõe a falar, qual seja, a que seu interlocutor irá compreender o que lhe foi dito.

Esta pressuposição se apresenta como critério de legitimação para qualquer deliberação de contorno normativo, o que nos revela que a legitimidade do discurso se reserva aos aspectos procedimentais de construção do diálogo, não se atrelando para tanto a nenhum conteúdo previamente estabelecido.

Vejamos o entendimento de Habermas:

“O discurso prático é um processo, não para a produção de normas justificadas, mas para o exame da validade de normas consideradas hipoteticamente. [...] Pois, é possível depreender do processo discursivo as operações que Kohlberg exige para juízos morais no plano pós-convencional: a completa reversibilidade dos pontos de vista a partir dos quais os participantes apresentam seus argumentos; a universalidade, no sentido de uma inclusão de todos os concernidos.¹²⁴”

A situação ideal de fala, segundo as precisas lições de Álvaro Ricardo de Souza Cruz¹²⁵, deveriam observar as seguintes condições:

a) Igualdade de chance no emprego dos atos de fala comunicativos por todos os possíveis participantes do discurso, incluindo aqui o direito de proceder a interpretações, fazer asserções e pedir explicações de detalhamentos sobre a proposição, dissentir, bem como de empregar atos de fala regulamentativos;

b) Capacidade dos participantes de expressar idéias, intenções e instituições pessoais.

Considerando ainda as lições deste autor, concluímos que pelo agir comunicativo de Habermas, o complexo mundo da vida se reconstrói pela linguagem, nestes termos: “Chegando ao desenvolvimento específico da teoria do agir

¹²⁴ Habermas, Consciência moral e agir comunicativo, pp. 148-149.

¹²⁵ Álvaro de Souza, Habermas e o direito brasileiro, pag. 94

comunicativo, Habermas vai procurar reconstruir todo o entendimento racional possível, introduzindo o conceito de mundo da vida como dimensão pragmática da linguagem.¹²⁶,

Esta concepção contra-fática da realidade, no entanto, não compromete a credibilidade da argumentação filosófica, pois mesmo a razão pode admitir formas e conteúdos abstratos como engrenagens no procedimento de formação do conhecimento. Não por outro motivo, esta suposta dicotomia sobre o real e o ideal, tão presente nos fundamentos da filosofia clássica, há muito fora superado pelo velho continente.

Assim, se de fato não se pode em concreto verificar as pressuposições ideais de fala, nem por isso devemos abandonar a busca pela equiparação das condições aferidas pelos interlocutores durante a construção do discurso.¹²⁷.

Dito isto, pode-se afirmar, com Habermas, que o papel do Tribunal Constitucional deve ser contido, pois em essência, limitasse a garantir a preservação de procedimentos democráticos onde o indivíduo teria garantida a sua capacidade de exercer um agir comunicativo e colaborar para a formação do direito, através do poder legislativo.

Conclui-se, que, muito embora a teoria habermasiana almeje empregar com uniformidade a atuação jurídica por meio do consenso racional e motivado de seus interlocutores, enfrentando com isso a fragilidade do direito pós-moderno em apresentar respostas para toda multiplicidade fática que hodiernamente reclama exercício de leitura constitucional, também se pode concluir que a jurisdição constitucional não se apresenta como técnica capaz de delimitar, definir e efetivar o exercício dos direitos humanos, ainda que estes estejam contemplados na Magna Carta, ao revés, questiona-se severamente este judiciário ativo, por se entender que os efeitos de uma decisão judicial que imprima contornos a tais direitos, compromete os valores da democracia, posto que a decisão não contaria com o consenso da sociedade. Teríamos a figura de um legislador retroativo.

¹²⁶ CRUZ, Álvaro de Souza. Habermas e o Direito Brasileiro,. 2 ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2008. p. 94

¹²⁷ Em sentido complementar, vejamos a opinião de Rounet, sabiamente citado por Álvaro Ricardo: "Rounet propõe que o discurso Habermasiano vá além de um procedimento argumentativo sobre legitimidade de normas, pretendendo estendê-lo ao debate sobre valores próprios de grupos éticos distintos". Álvaro de Souza, Habermas e o direito brasileiro, pag. 114

Paradoxalmente, no entanto, embora para esta vertente filosófica o direito se estruture em pressupostos sistemáticos e sustente a possibilidade de formação de um consenso social, parece desconsiderar a pluralidade cultural e a desconstrução de uma identidade singular do homem, que passa a estar inserido em comunidades ecléticas, e que ao mesmo tempo pode ser negro, estrangeiro, homo afetivo e analfabeto, por exemplo, dificulta severamente a possibilidade de se delimitar, em caráter apriorístico, os valores sociais que devam gozar de proteção constitucional.

Assim, em um mesmo momento, este homem singular pode se apresentar, em função da possível baixa e precária instrução do ensino fundamental, como sujeito desprovido dos conhecimentos elementares na formação acadêmica, porque analfabeto, e apesar de ser minoria, vai reclamar do estado a intervenção necessária para o equilíbrio desta relação.

Ao mesmo tempo, em razão de sua cor negra, ele poderá perfeitamente se apresentar como sujeito majoritário em determinada localidade, que a exemplo da cidade de Salvador, na Bahia, onde os registros demográficos certificam uma presença superior a 80%, sem com isso desprover da ajuda estatal.

Com outras linhas, quer-se aqui registrar, que um único momento apresenta situações diversificadas, reclamando do Estado intervencionista a observância criteriosa na escolha dos fatores legitimadores da intervenção, pois nem sempre a situação majoritária revela o fortalecimento do homem diante do contexto social.

Esta realidade contemporânea, ao quanto já se arguiu, tem embasado uma relevante discussão sobre os limites da jurisdição constitucional e os contornos da Democracia, pois é imperioso reconhecer que temos projetos divergentes de felicidade, quer na esfera individual, quer na esfera coletiva, o que nos leva à constatação de que estes projetos de pessoa e mesmo de sociedade, podem colidir. Em corolário, admitisse a relativização de conteúdos universais.

Pode-se mesmo afirmar, em razão deste projeto de pós-modernidade, a um só tempo é plural e fragmentário, que as identidades culturais não são, de fato, rígidas ou imutáveis. Ao revés, apresentam-se com o resultado sempre transitório e fugaz de processos de identificação,

mesmo para as identidades aparentemente mais sólidas, como os de homem e mulher, se admite certo grau de negociação, o que acaba por respaldar o entendimento de que temos, em verdade, identificações em curso.

Destarte, argui-se que a preservação do procedimento democrático pela Corte Constitucional, onde se travam as deliberações, pressupõe a escolha do procedimento que melhor se adequa ao equilíbrio dos segmentos sociais a participar na formação de vontade do Estado.

Com efeito, não se pode conceber a existência de uma participação consciente no processo de deliberação democrática com desrespeito aos direitos fundamentais e as garantias necessárias para o exercício da cidadania.

Por tudo o que aqui se comentou sobre positivismo e a vertente formal do Neoconstitucionalismo, conclui-se que: não pode qualquer tese pretensamente “nova” desconsiderar a reintrodução da facticidade no ordenamento brasileiro, pois o Direito, sob a proteção deste Estado Democrático, deixou de ser instrumento apenas regulador para objetivamente, apresentar-se como vetor transformador da realidade humana.

Por isso,

“o direito deixa de ser regulador para ser transformador. Trata-se, pois, de uma questão paradigmática. Daí que, embora as relevantes contribuições do garantismo de Ferrajoli, não é possível concordar com a tese de que o neoconstitucionalismo é uma “continuação natural do positivismo, um modo de completar o paradigma positivista no novo contexto do Estado constitucional” ou que o positivismo viria a ser reforçado pelo neoconstitucionalismo.¹²⁸”

Não se pode, então, aceitar que a tese neoconstitucionalista ou pós-positivista reproduza os mesmos ideais positivistas de abandono da moral e da facticidade, em total prejuízo dos países que como o Brasil sequer vivenciou o bem estar social.

Ao contrário, o novo, se novo for, deve significar ruptura com qualquer das formas de positivismo e em corolário, também se afastar de teses de fundamentação. Não se há de conceber como atual, pois,

¹²⁸ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. P. 08.

referências históricas construídas há quase dois séculos, não se pode mais sustentar, em tempos de superação da filosofia da consciência, divórcios entre o direito e moral ou um novo abandono da facticidade.¹²⁹

Ainda, tratando-se da realidade brasileira e do correlato abandono do projeto constitucional de sociedade, a teoria procedimental do Neoconstitucionalismo parece deslocar para um procedimento ideal de participação, a garantia de exercício da democracia, afastando, assim, qualquer possibilidade de intervenção substancial do Estado¹³⁰.

Em razão do histórico e monumental desrespeito aos direitos sociais, pode-se inferir que esta a atual concepção filosófica revela suas impossibilidades exatamente na facticidade e na peculiaridade de países que, como o Brasil, se caracterizam pela modernidade tardia.

Sem prejuízo, pois, de experimentarmos um mau ativismo judicial, é de se tolerar a invasão da política e da sociedade pelo direito, ampliando assim o espaço e o objeto de discussão sobre as diretrizes constitucionais.

Esta é uma realidade, que ao que nos parece, devemos experimentar. Do contrário, a sustentar-se a aplicação da tese Habermasiana, apenas no horizonte ideal do procedimento universal e isonômico do debate se encontrará também a efetividade do que ainda não vivemos, e os direitos fundamentais permaneceram ainda que em tempos de pós-modernidade, apenas como ideia do que poderia ser.

2.5 - A TEORIA MATERIAL E A PROMESSA DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

A Teoria substancial, que encontra em Dworkin seu mais expressivo defensor, se propõe a combater as seguintes ideias: Primeiro, a concepção de que a atividade judicial se limita ao exercício de declarar direitos por meio da subsunção do caso concreto à norma previamente talhada para regular o fato posto sob apreciação judicial. Segundo, o entendimento de que a atuação dos magistrados se baseia em convicções

¹²⁹ Idem. P. 08.

¹³⁰ Idem. P. 25.

de cunho moral, ético e religioso, para em momento posterior, alicerçar a decisão em uma pretensa e arbitrária identidade normativa.

Sob essa premissa, vislumbra-se, a tentativa de superação das referências positivistas, em função da teoria substancial, que aqui se apresenta pela obra de Dworkin, ao considerar a intromissão facticidade e ainda afastar as hipóteses discricionárias, que sob a vertente iluminista se justificaram pelos casos difíceis, em que a regra não estaria a regular direta e objetivamente o projeto de Estado.

Esta vertente filosófica, nega que a decisão judicial venha a constituir-se com discricionariedade sem qualquer limite ou referência de interpretação. Assim, mesmo nos casos difíceis, onde a atuação judicial não se presta diretamente ao fundamento de uma regra objetiva, deve o juiz, ao revés de inventar novos direitos para o caso, descobrir os direitos das partes, o que a toda evidência procura superar a discricionariedade positivista.

Como bem assinala Dworkin,

“O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o “poder discricionário” para decidir de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção. (...) Em minha argumentação afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente.”¹³¹.

Sua referência para regras e princípios, que ao final se apresentam como instrumentos normativos a disciplinar o exercício da atividade jurisdicional, ao contrário do que se viu com a tese de Alexy, não aposta na discricionariedade positivista, eis que preconiza um modelo de atuação pretensamente adequado ao emprego dos reclames democráticos. Conforme palavras textuais do autor:

¹³¹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério; tradução de Nelson Boeira. Martins Fontes, 2ed. São Paulo. 2007. p. 127.

“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 oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos 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.”¹³².

Assim, pode-se afirmar que as regras são específicas e conseguem apresentar diretamente as consequências jurídicas, diante da hipótese de incidência fática. Se duas regras eventualmente entrarem em conflito, uma delas fatalmente não será válida, devendo ser abandonada ou reformulada por intermédio de considerações apresentadas previamente pelo sistema jurídico. Como se ressaltou, entre essas possibilidades, temos a anterioridade, a hierarquia e a especialidade, dentre outras¹³³.

Já os princípios, conforme vertente assumida por Dworkin¹³⁴, podem ser definidos como: “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.”.

Esses princípios, por sua vez, apresentam dimensão de peso ou importância que as regras não reproduzem. Assim, quando se enfrenta conflitos principiológicos, o operador do direito responsável pela composição, deve levar em conta a força relativa de cada um deles.

Nesse sentido, uma regra jurídica somente se identifica como mais importante do que outra, se o objeto em análise for o fato ou o comportamento que ao final se deseja regular. Todavia, o mesmo já não ocorre se as regras estiverem em conflito, pois, nessa circunstâncias, ao revés de se apurar qual a mais importante, se deverá identificar qual será válida, de sorte que possamos excluir a diretriz remanescente.

¹³² Idem. p. 39.

¹³³ Idem. p. 43.

¹³⁴ Idem, p. 36.

Destarte, na hipótese referente aos casos fáceis, onde se costuma enfrentar aparente conflito de regras, a verificação da validade opera pelo modo disjuntivo, de sorte que uma das regras exclui a outra.

Já com os princípios, não se tem a pretensão de regulação integral ou excludente, o que fatalmente apresentará para o operador do direito, em razão da absorção de valores pela carta constitucional, a necessidade de se trabalhar com a ponderação, respeitando as peculiaridades do caso do concreto. Nos casos difíceis, pois, deverá o julgador se valer dos princípios.

Todavia, tal modelo de juiz, via de regra, utilizado em sentido metafórico¹³⁵, a um só tempo se revela onisciente, sábio, paciente e astuto conhecedor de outras ciências.

Dotado de características sobre-humanas, em sua tradução ideal se identifica como Hércules. Este juiz deve indagar, para além do texto positivo, questões pertinentes à filosofia moral e a política, pois, só assim, poderá os casos difíceis e apresentar respostas corretas a todos os problemas.

A defesa desta tese consubstancia o fato de que Dworkin combate a discricionariedade e qualquer vertente assujeitadora do intérprete, arguindo a possibilidade de se identificar, ainda nos casos difíceis, uma única resposta adequada.

Negar esta possibilidade, sob a perspectiva da hermenêutica,

“pode significar a admissão de discricionariedades interpretativas interpretativas, o que se mostra antitético ao caráter não-relativista da hermenêutica filosófica e ao próprio paradigma do novo constitucionalismo principiológicos introduzido pelo Estado Democrático de Direito, incompatível com a existência de múltiplas respostas. A admissão de múltiplas respostas está relacionada com o conceitualismo da regra que “abarca” (todas) as possíveis “situações de aplicação” de forma antecipada, independente do mundo prático”.¹³⁶

Dito de outra forma: como não se pode prever antecipadamente nas regras todas as variáveis do mundo prático, tem-se delegado ao juiz enorme discricionariedade, o que, a toda evidência, causa insegurança e

¹³⁵ STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) Crise*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 368.

¹³⁶ *Idem*. P. 364.

compromete as conquistas democráticas e a contribuição da filosofia para a interpretação e aplicação do direito. No entanto, também não se deve, sob o argumento da desoneração dessas posturas solipsistas, abrir mão das teses de fundamentação.

Feitas as considerações essenciais sobre a interpretação e aplicação do direito, nesta vertente intelectual, passa-se a identificar sua concepção para o exercício da jurisdição constitucional.

Sob essa ótica, pode-se concluir que para Dworkin, o Judiciário não está apenas legitimado a preservar o procedimento democrático de discussão, as suas condições ou a sua prática – o que, alias, é impossível de acontecer sem emitir um juízo conteudístico, pois que inerente -, mas também para, em uma postura ativista, emitir julgamentos substantivos, mesmo que em causas polêmicas ou complexas.

Um judiciário Ativista que, alias, vem a ser uma exigência do próprio sistema jurídico, gabaritado para ingressar e tomar partido, resolver, questões materiais de filosofia política.

Percebe-se que por esta teoria, as classes minoritárias podem gozar da proteção constitucional, ainda que este não seja o consenso da sociedade naquele momento.

Deve-se registrar ainda, por oportuno, que a preocupação de Dworkin em defender a existência de parâmetros para a construção da decisão é revelada primordialmente pelo fato deste autor entender que a Moral e o Direito podem indicar sim uma resposta certa para cada hipótese, afastando assim qualquer juízo de discricionariedade. Se isso é verdade, essa teoria material para o exercício da jurisdição constitucional é a que melhor se ajusta ao projeto do Estado Democrático, primeiro, por considerar a reintrodução da facticidade e das diretrizes morais, segundo, por rechaçar atitudes arbitrárias, que embasadas por uma suposta discricionariedade positivista, a viabilizar a entrega de respostas para os casos difíceis, justificam, em verdade, decisionismos judiciais.

Cumprido notar que a resposta correta, não necessariamente é fruto de um consenso social ou aquela apresentada por intermédio de um procedimento racional de deliberação, pois ao que aqui se procurou demonstrar, pode exatamente fundamentar decisões contramajoritárias em

respeito ao projeto constitucional, o que a toda evidência, fortalece o exercício da jurisdição constitucional.

Esta última corrente tem arrebatado uma parcela considerável da doutrina brasileira, e pode aqui ser representada pelo magistério de Lênio Luiz Streck:

“O modelo substancialista – que, em parte, aqui subscrevo – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social. É o constitucionalismo-dirigente que ingressa nos países após a segunda guerra. Conseqüentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que diz respeito à justiça constitucional.¹³⁷”

A defesa desta corrente doutrinária, ao quanto já se afirmou, em absoluto nos permite associar substancialismo a ativismo judicial, ao revés, autores da ordem de Martonio Barreto Lima¹³⁸ já nos alertam para o fato de que a defesa de certa intervenção do judiciário não é feita sem um certo grau de desconfiança ou risco de decisões arbitrárias, pois não se pode mesmo imaginar só haver boas intervenções ou bons ativismos.

Não é isso que se quer ao defender a intervenção da justiça constitucional na busca pela concretização dos direitos, que na atual realidade brasileira, já ocupam várias dimensões, mas sim uma atuação pautada pela legitimidade do consenso motivado e democrático, que pela delimitação semântica do texto, como veremos, deverá circunscrever a liberdade da atuação judicial.

Em face do quanto exposto sobre nossa realidade de capitalização tardia, no Brasil, os ideais filosóficos da corrente substancialista vêm se revelando majoritários, de sorte a permitir que o Poder judiciário possa emprestar efetividade ao texto constitucional por meio de decisões judiciais.

A jurisdição constitucional, para esta vertente filosófica abarcaria certa atividade política, e ganha relevo contemporâneo por um discurso que

¹³⁷ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. P. 42-43.

¹³⁸ LIMA, Martonio Barreto. Justiça Constitucional e democracia: Perspectivas para o papel do judiciário. Revista da Procuradoria – Geral da República, n. 8. São Paulo, RT, jan / jun de 1996.

almeja entregar efetividade aos direitos fundamentais. Esta preocupação, legítima, tem uma enorme vazão nos Estados de capitalismo tardio, que em razão da falência de certas políticas públicas e da reprodução de um sistema de concentração de renda e desigualdade social, é expressamente amparada pelo texto Constitucional.

Oportuno, neste momento, considerar que a aplicação de qualquer das teses: procedimentalistas ou substancialistas, no Brasil carece de aplicações herméticas, pois se certamente não podemos assegurar uma aplicação mais fidedigna da concepção substancialista, já que a construção dos direitos transindividuais, próprios do estado intervencionista, ainda não encontra respostas adequadas em nosso ordenamento, também se pode identificar o descompasso da tese procedimentalista de Habermas, que em *terras brasilis*, naufraga diante dos constantes e incontáveis decretos oriundos do poder executivo.

Reconhecidas que estão as complexidades de se sustentar a legitimidade da decisão por qualquer das teses aqui apresentadas, é preciso também reconhecer que na atual conjuntura fragmentária da pós-modernidade, ao tempo em que o ordenamento se flexibiliza para contemplar a facticidade da vida, investindo na ratificação de mananciais teóricos positivistas, as teorias de Habermas e Dworkin se apresentam como contraponto à fragmentariedade, uma vez que o direito, sobre qualquer das duas correntes intelectuais, rejeita a discricionariedade e aposta na possibilidade de encontrar respostas para a multiplicidade, seja através de pressupostos sistemáticos, pela teoria da comunicação, ou ainda por meio da integridade do direito.

2.6 – O USO DA LINGUAGEM COMO ALTERNATIVA RACIONAL PARA A FORMAÇÃO DO CONSENSO:

Com o fracasso da universalização kantiana e sua intenção de construir uma referência moral puramente formal, desprovida das influências religiosas e culturais da vida social, este princípio da moralidade passa a ser reconstruído pela teoria habermasiana, de sorte que pelo procedimento discursivo se possa retirar do sujeito pensante a responsabilidade cognitiva de

imprimir sentido e delimitação ao conteúdo moral, resultado de atividade dialética e convencionalizada pelos atores desta comunicação.

Assim, na etapa pós-convencional, os indivíduos, ainda que impregnados de referências religiosas e culturais, passam a criticar e participar dos juízos sobre a construção de direitos coletivos e individuais.

Numa metáfora, “poder-se-ia dizer que na moralidade pré-convencional o indivíduo está aprendendo as regras do jogo. Na etapa convencional, ele está apto a jogá-lo. Finalmente, na fase pós-convencional, ele se torna capaz de criticar tais regras”.¹³⁹.

Esta concepção pós-convencional, estabelecida pelo consenso negociado de seus interlocutores, demanda do operador um exercício para que se possa identificar o papel da linguagem nesta nova forma de razão, que se pode afirmar, é prática, cognitivista, formalista e se baseia, para tanto, em uma fundamentação dialética.

Explique-se: A razão prática é a razão humana, sua capacidade de pensar e raciocinar, desde que voltada para uma ação, um agir, diferenciando-se esta forma de razão, de uma outra, a razão teórica, esta última voltada para a reflexão e introspecção do ser em si mesmo.

Esta linha de pensamento filosófico argui, com notável propriedade, que somente por meio da capacidade humana de reflexão e raciocínio se estabelecem uma suposta lei moral, pois nenhuma outra faculdade humana, tais como a sensibilidade ou o sofrimento, por exemplo, poderiam concluir por conceitos universais ou estabelecer um consenso motivado.

Ainda sob o prisma da moral Habermasiana, pode-se afirmar, com alguma certeza, que o juízo moral ou mesmo a prática de um ato, não se atrelam previamente a conteúdos materiais, prevalecendo assim, sobre as delimitações de conteúdo, a forma com que se exterioriza a ação humana.

Exemplifique-se: Se tenho a intenção fazer uma doação para determinada instituição de caridade a fim de poder gozar de benefícios fiscais ou deduções no Imposto de Renda, será possível concluir que muito embora meu agir desperte reações positivas, não divergindo neste ponto de uma ação

¹³⁹ CRUZ, Álvaro de Souza. Habermas e o Direito Brasileiro. Lumen Juris. 2 ed. Rio de Janeiro. 2008. p. 146.

similar que se revele altruísta, a análise da forma é que revelará a imoralidade da primeira ação e a moralidade da segunda^{140 141}.

Esta concepção formalista da moral, não desconsidera o fato que os conteúdos definidos pela ação comunicativa, poderão variar em razão da tradição, da cultura e de fatores históricos, pois se dentro deste contexto intelectual prevalece a ação do homem, permitindo, destarte, a flexibilização de conteúdos e a releitura do que já se imaginou válido e moralmente aceitável por determinada sociedade. Não há, portanto, princípios morais pré-existentes a um agir comunicativo.

Em sua dimensão linguística, o uso da razão prática, como afirma categoricamente a filosofia de Habermas, não se limitará a descrever objetivamente os fatos do cotidiano a fim de lhes empregar, por meios descritivos, as suas delimitações conceituais, pois esta parece pertencer mesmo ser a área da Epistemologia.

Já a Hermenêutica filosófica, para além da descrição observável, deve captar e formular seu significado, valendo-se inexoravelmente de ações comunicativas.

“A atitude performática permite uma orientação mútua por pretensões de validade (verdade, correção normativa, sinceridade) que o falante ergue na expectativa de uma tomada de posição por sim/não da parte do ouvinte. Essas pretensões desafiam a uma avaliação crítica, a fim de que o reconhecimento intersubjetivo de cada pretensão particular possa servir de fundamento a um consenso racionalmente motivado”¹⁴².

Considerando agora as diversas finalidades da linguagem na Hermenêutica filosófica, podemos informar que na perspectiva de Habermas, elas apresentam as seguintes funções:

“A linguagem preenche três funções: (a) a função de reprodução cultural ou presentificação das tradições, (b) a função da integração social ou da coordenação dos planos de diferentes atores na integração social (é nessa perspectiva que desenvolvi uma teoria do agir comunicativo), e (c) a função da socialização da interpretação cultural das necessidades¹⁴³”.

¹⁴⁰ Registre-se, por oportuno, a coincidência, neste ponto, da percepção formalista da moral nas obras de Habermas e Kant.

¹⁴¹ A forma, em nossa percepção, se assemelha aqui a motivação do agir.

¹⁴² Habermas, consciência moral e agir comunicativo, p.42

¹⁴³ Id, p. 41

Além disso, deve-se acrescentar a ideia de que toda tentativa de estabelecer um significado mais claro a uma expressão linguística, coloca-nos diante de uma quarta relação, que observa a escolha de um dado proferimento e relação com o conjunto de todos os proferimentos possíveis que poderiam ser feitos na mesma língua. Com linhas mais objetivas, afirma-se que há sempre uma escolha, feita por parte do intérprete, quando externa por meio da linguagem, um dentre os inúmeros proferimentos possíveis para o caso. Este comportamento é classificado como um agir performático.

Podemos ver agora que entre “dizer algo a alguém” e “compreender o que é dito” há um caminho considerável, pois muito mais pretensioso do que simplesmente dizer ou pensar o que é o caso, é estabelecer uma comunicação e convencer o seu interlocutor de que sua visão, dentre as muitas possíveis, deve ser a pretensão válida para o caso, pois a comunicação pressupõe o acordo a cerca das pretensões de validade expostas durante os atos de fala.

Neste ponto, Habermas se distancia da filosofia Kantiana e do seu modo de fundamentação transcendental, já que o intérprete, ao revés de se apresentar como mestre-pensador, para adotar a expressão cunhada por R.Rorty, não indica o lugar das ciências, nem teoriza sobre uma teoria geral do conhecimento, ao revés, aparece como ator na construção do diálogo. Esta realidade, por tanto, não revela quem tem que aprender com quem.

Outra dificuldade identificada pelo operador do agir comunicativo revela-se quando o intérprete assume uma atitude performática, pois se é fato que os intérpretes renunciam a uma posição de superioridade em face de seu domínio de objetos, também é fato que este exercício vai reclamar a superação de uma dependência que se estabelece pelo contexto, pois eles não podem estar seguros, previamente, que eles próprios e seus sujeitos da experiência partem do mesmo fundo de suposições práticas.

Esta insegurança nos parece fruto da diversidade cultural, o que evidentemente compromete a possibilidade de identificarmos, pelo uso da razão ética, um projeto de vida que seja comum ou mesmo a adoção de valores que possam alcançar o consenso entre todos os possíveis atores da ação comunicativa.

O agir comunicativo, através do qual se exerce a hermenêutica filosófica, demanda das partes envolvidas no discurso pretensões de validade adicionais, pois muito do que representamos ao avaliarmos as ações, padrões e normas, apresentam um caráter reflexivo de auto-representação, não sendo, destarte, construído pelo consenso da ação comunicativa.

Ao que se pôde constatar, em Habermas, a saída para enfrentar a razão prática e com isso considerar o problema da validade, da legitimidade e ainda da delimitação semântica do texto se dá pela Teoria do Discurso.

Assim, pelo exercício da razão prática, o consenso dos indivíduos participantes do ato de comunicação estaria a superar o ideal solipsista e com isso também superar o positivismo, ao tempo em que apresentaria o direito como sistema capaz de observar a retomada da facticidade e a multiplicidade do mundo pós-moderno.

Com efeito,

“Habermas sabia do problema do solipsismo que assombrava a idéia kantiana de razão prática. Ademais, como leitor privilegiado da situação histórica da filosofia do século XX, Habermas conhecia muito bem as armadilhas metafísicas presentes nas concepções tradicionais e/ou convencionais de razãoprática. Daí, que sua solução, para escapar dos problemas que ele sabia existir na razão prática, será substituí-la pela razão comunicativa. Isto é sintomático: Habermas conhece o problema que emana do solipsismo do sujeito moderno, para resolver este problema, em substituição à razão prática solipsista, apresenta um novo paradigma calcado naquilo que ele chama de razão comunicativa. Não mais o sujeito estaria no centro, mas a própria sociedade, o espaço público etc..¹⁴⁴”.

Ao final, este sujeito solipsista afirmado na modernidade, que parece ser substituído em seu exercício da razão prática kantiana por uma razão comunicativa, em verdade, ao invés de superado, parece mesmo ter sido ignorado diante da construção de uma novo paradigma: o da comunicação¹⁴⁵.

¹⁴⁴ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. P 462..

¹⁴⁵ Idem.

Capítulo 03 A HERMENÉUTICA JURÍDICA EM TEMPOS DE PÓS- MODERNIDADE E SUAS ILAÇÕES PARA A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: CONCLUSÃO.

3.1 AS CONSEQUÊNCIAS DA FALTA DE UMA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO.

Há uma tensão evidente entre a produção do texto e a liberdade(?) conferida ao intérprete no emprego de seu significado. Faz-se então necessário pontuar as consequências da falta de uma teoria da interpretação, pois em razão de não termos estabelecido critérios para a atividade hermenêutica no âmbito jurídico, é absolutamente comum que técnicas de interpretação sejam usadas apenas para embasar e supostamente legitimar convicções pessoais, ainda quando estas se revelem contra-majoritárias e em confronto com o texto constitucional e a correlata efetivação de seus direitos e garantias.

A interpretação, nas clássicas palavras de Carlos Maximiliano,¹⁴⁶ é apresentada como o exercício de busca pelo esclarecimento do significado verdadeiro de uma expressão.

Neste contexto, a atividade intelectual do hermeneuta seria capaz de extrair do texto ou de uma decisão, tudo o que nela se contém. Interpretar a lei, portanto, remete o aplicador do direito a uma busca pela verdadeira essência do Direito ou do texto normativo, de sorte a lhe identificar os valores consagrados pelo legislador.

Dentre os diversos autores nacionais dispostos a defender esta tese, cita-se aqui, por todos, as lições de Jose Eduardo Soares de Melo¹⁴⁷, para quem: “todo e qualquer aplicador do Direito (magistrado, autoridade pública, particular, etc.) deve, sempre, descobrir o real sentido da regra jurídica, apreender o seu significado e extensão”. Em outras palavras, a atividade de interpretação da lei tem por finalidade não só descobrir o que a lei quer dizer, mas ainda precisar em que casos a lei se aplica, e em quais, não.

¹⁴⁶ Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e interpretação do Direito*. 8 ed. Rio de Janeiro, Freitas bastos, 1965, p 13, 315 e segs.

¹⁴⁷ Melo, Jose Eduardo Soares de. *Interpretação e integração da legislação tributária*. São Paulo, Saraiva, 1993, p. 384 e segs.

No âmbito da dogmática jurídica, as técnicas de interpretação são definidas como instrumentos necessários e eficientes para o alcance do sentido real da norma, revelando, assim, o conhecimento científico do direito, e sob a perspectiva de Warat¹⁴⁸, podem apresentar, como principais técnicas ou métodos, as seguintes remissões:

O método de interpretação gramatical ou lógico formal se apresenta como fase inicial e essencial do processo interpretativo, e considera preliminarmente o texto como referência para o alcance do “real” sentido da norma. No entanto, se de um lado, a interpretação não pode se esquivar do texto, também é fato que a compreensão deste mesmo texto sofrerá variações a depender da concepção de linguagem do intérprete. Assim, faz-se necessário mensurar a palavra, densificar o seu sentido, para que então se possa apresentar uma resposta.

Esta correlação entre texto e sentido pode ser facilmente constatada pela edição da súmula 364 do STJ, que ao tratar da percepção de família para efeito de proteção patrimonial, estabelece, por intermédio deste dispositivo, não apenas a concepção tradicional da entidade familiar, decorrente da união entre homem e mulher, mas contempla, em acordo com os ditames constitucionais da dignidade humana, um conceito mais amplo, de sorte a abarcar também o indivíduo. Nestes termos: “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”. Ainda sobre este primeiro método de interpretação, oportuna é a crítica de Paulo de Barros Carvalho:

“O desprestígio da chamada interpretação literal, como critério isolado da exegese, é algo que dispensa meditações mais sérias, bastando arguir que, prevalecendo como método interpretativo do Direito, seríamos forçados a admitir que os meramente alfabetizados, quem sabe com o auxílio de um dicionário de tecnologia, estariam credenciados a descobrir as substâncias das ordens legislativas, explicitando as proporções do significado da lei. O reconhecimento de tal possibilidade roubaria à Ciência do Direito todo o teor de suas conquistas, relegando o ensino universitário, ministrados nas faculdades, a um esforço inútil, sem expressão e sentido prático de existência.”¹⁴⁹

¹⁴⁸ WARAT, Introdução geral do direito I. Porto Alegre, Fabris, 1994, p. 89

¹⁴⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo, Saraiva, 1985, p. 56.

Com amparo nestas linhas, pode-se então demonstrar a necessidade do método literal, ao tempo em que também se demonstra a sua insuficiência.

Sob um enfoque subjetivo, a técnica de interpretação exegética deverá buscar não o significado do texto, mas sim a real vontade do legislador, de sorte a elucidar a compreensão do pensamento originário e fundante da norma jurídica. Esta tese subjetivista, que ainda hoje sustenta uma valoração dogmática da lei, encontra no Brasil incontáveis adeptos, e se revela cotidianamente na prática dos operadores do direito. Para identificá-los, basta observar nos manuais as referências e alusões “ao espírito do legislador”, à “vontade do legislador” ou mesmo “à vontade da lei”.

Em razão de sua presença constante na seara jurídica, convém, então, identificar quem seria este legislador e quais seriam as suas características, já que por esta vertente, sua opinião se sobrepõe com autoridade. Pois bem, esta ficção jurídica apresenta para o hermeneuta, em verdade, uma entidade! pois só assim poderia concentrar as prerrogativas de ser: **onisciente**, pois não se esquece de qualquer fato histórico que possa lhe comprometer a contextualização do texto, **coerente**, posto que pela teoria do ordenamento brasileiro, não há que se falar em contradições ou antinomias na lei, **permanente e único**, pois não desaparece com a passagem do tempo e por toda a imaginada eternidade estará a subjugar e comandar as interpretações.

Com a devida vênia, tais características colocam nosso suposto legislador como verdadeira entidade jurídica, o que nos autoriza a perguntar: Pode alguém, sob os holofotes da modernidade, ainda emprestar crédito a esta idéia? Infelizmente, a resposta há de ser afirmativa, o que evidentemente contribui para uma representação imaginária sobre a formação do Direito e consagra, entre nós, como técnica, o que parece mesmo ser uma questão de fé.

Para o método histórico, a interpretação reclama o estudo cronológico da formação legislativa, considerando, para tanto, além das normas que regulam o mesmo instituto durante a vigência atual, os dispositivos anteriores, a fim de identificar, pela evolução histórica do instituto, parâmetros forjados pela tradição para o exercício da interpretação.

A técnica hermenêutica ainda nos apresenta enquanto procedimento, a análise de outros sistemas jurídicos para fins de interpretação permite à doutrina nacional, utilizando desta forma as lições estrangeiras no processo de busca pelo real sentido da lei, não sendo incomum que nas mais variadas decisões e textos jurídicos, sejam feitas referências a autores e escritos estrangeiros. Por muitas vezes, esta mesma doutrina, estrangeira, serve de fundamento intelectual para a formação das teses nacionais, a exemplo do que se pode verificar com a absorção da teoria eclética da ação.

O Método teleológico encontra sua referência legal na redação do artigo 05 da Lei de Introdução ao Código Civil, e impõe ao intérprete, a necessidade de observar o bem comum e a finalidade social a ser alcançada pela norma. Este dever acaba por indicar os caminhos da atividade hermenêutica, pois ao se considerar a real possibilidade de termos mais de uma resposta, deverá o intérprete escolher o resultado que melhor atenda ao reclame da sociedade.

Já o método sistemático, em verdade, se revela como consequência lógica e natural da pretensão jurídica de auto-suficiência, pois remete o intérprete a buscar no ordenamento jurídico, e apenas nele, as referências para atribuir de forma supostamente lógica e sistemática, uma resposta que congregue o texto em análise com o restantes dos dispositivos pertinentes à matéria. Um exemplo aparentemente simples pode ser encontrado pela interpretação do artigo 191 do CPC. Neste dispositivo, confere o legislador, de um modo geral, prazo em dobro para falar nos autos, sempre que a relação processual apresentar mais de um autor ou mais de um réu, e estes se fizerem representar por procuradores distintos. Assim, se o caso concreto apresentar dois réus e estes tiverem advogados diferentes, o prazo para recorrer de uma sentença, que em princípio é de 15 dias, lhes seria contado em dobro.

Ocorre que a interpretação deste dispositivo, como, aliás, nenhum outro, pode ser feita isoladamente, pois para que se possa alcançar um sentido para o texto, de sorte a obter-se a norma aplicável ao caso, devem ser conjugados, preliminarmente os ditames constitucionais e em seguida, as outras disposições possível e supostamente pertinentes ao caso concreto. Essa reflexão vai levar o hermeneuta a ter conhecimento da súmula 641 do

STF, que se reportando ao benefício concedido às partes pela duplicação de prazo, não a entrega aos caos em que a sucumbência alcance apenas um dos litisconsortes.

Com linhas mais simples, porque simples é a ideia esposada pela suprema corte, mesmo que a realidade apresente muitos réus ou autores em determinada causa, se somente um deles perder, apenas este terá interesse em obter a revisão do quanto fora decidido, não se justificando, destarte, a incidência deste benefício de dilação prazal, pois já não mais se verifica a atuação de múltiplas partes e advogados na seara recursal.

Feitas as devidas apresentações das técnicas hermenêuticas, convém agora avaliar o resultado desta atividade, a fim de identificar a correlação entre a escolha do método e a aplicação real e concreta do direito; ao tempo em que se busca demonstrar as consequências da ausência de critérios hierárquicos de interpretação.

A eminente liberdade no exercício da interpretação é diariamente observada pela sociedade, e pode aqui ser exemplificada pelo julgamento a cerca da possibilidade de se obter o reconhecimento da união estável entre homo afetivos.

Esta questão, levada ao STJ por meio de um recurso¹⁵⁰ em momento anterior ao pronunciamento do STF, teve seu julgamento iniciado em agosto do ano passado e recebeu o voto favorável do relator, ministro Pádua Ribeiro. Segundo o Ministro, uma relação **“tão corriqueira e notória”** não pode ficar sem tratamento jurídico. **“Não há norma no ordenamento jurídico que regule o direto na relação homossexual, mas não é por isso que este caso ficará sem resposta”** (grifo nosso), afirmou o relator. Observa-se que mesmo diante da ausência de previsão legal para o regulamento da questão, a necessidade imperiosa de obter do Estado sempre um resposta, permiti ao intérprete o manejo aleatório das técnicas de hermenêutica descritas acima, destacando-se aqui o método teleológico e o uso das referências estabelecidas na L.I.C.C., para justificar a complementação das normas processuais, colimando, para esta decisão, a possibilidade de reconhecimento da relação homo afetiva como União Estável. Arguindo-se ainda que a impossibilidade

¹⁵⁰ Resp 820.4m75

jurídica de um pedido, só ocorre quando há expressa proibição legal. Sobre o mesmo tema, assim se pronunciou o ministro Fernando Gonçalves: ‘ A união estável só pode se dar entre pessoas de sexos diferentes’.

Sua justificativa tem respaldo na interpretação gramatical e na evidente inexistência de previsão legal. Pois muito embora o ministro reconheça que os fatos acabam se impondo ao Direito e que a realidade muitas vezes desmente a legislação, continua convicto de que a união estável entre pessoas do mesmo sexo só poderá ser reconhecida depois de devida mudança no texto constitucional.

Esta já registrada falta de critérios para ordenar hierarquicamente o manejo das técnicas de interpretação, como se pode observar, tem muitas vezes contribuído como mero espectro ou recurso para justificar convicções pessoais, entregando, assim, resultados arbitrários e inseguros ao jurisdicionados. Este último julgado, que oportunamente se entende aqui demonstrado em função da atualidade, encontrou recentemente manifestação da Suprema Corte, pois em julgamento entendeu pela possibilidade de se extrair do texto constitucional uma acepção mais ampla para o conceito de união estável, de sorte a contemplar também neste instituto a união decorrente do afeto entre homoafetivos.

Desta forma, sem a necessidade de qualquer alteração sintática na redação constitucional, a interpretação serviu de instrumento para o que se defende ser uma atualização do sentido.

De fato, Constituição Federal de 1988 reconheceu em seu artigo 226 como entidade familiar a “união estável” entre o homem e a mulher. Eis os termos: Art. 226, § 3º. *Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.*

No sentido do texto, assim se manifestou o ministro Ricardo Lewandowski: “nas discussões travadas na Assembleia Constituinte a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, quando se votou o dispositivo em tela, concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto”¹⁵¹. Logo, sem

¹⁵¹ Voto na ADI 4277 e ADPF 132, 05 maio 2011, p. 5.

violar a Constituição, jamais uma lei poderia reconhecer a “união estável” entre dois homens ou entre duas mulheres.

Sobre o tema, o Código Civil, em aparente reprodução literal do texto constitucional, reconhece a “união estável” somente entre o homem e a mulher, isto pela redação empregada ao artigo 1723, nestes termos: “*É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.*”.

No entanto, mesmo sem que qualquer das linhas acima mencionadas fossem alteradas por emenda constitucional ou lei federal, o julgamento de duas ações: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 (ADPF 132) proposta ainda no ano de 2008 pelo então governador Sérgio Cabral, do Estado do Rio de Janeiro e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 (ADI 4277) proposta em meados do ano de 2009 pela Vice-Procuradora Geral da República Débora Duprat, levaram ao crivo da suprema Corte um mesmo pedido, qual seja, o de declarar o citado artigo 1723 do Código Civil inconstitucional *a menos que ele fosse interpretado de modo a incluir as duplas homossexuais na figura da “união estável”*.

Tendo sido o pleito acolhido pelo relator, o Ministro Ayres Britto, a votação se encaminhou para os demais, que com exceção do Ministro Dias Toffoli, que já havia atuado no feito como Advogado Geral da União, votaram pela procedência do pedido, acompanhando assim a unanimidade, o raciocínio esposado pelo relator Ayres Britto.

Segundo citado Ministro, a redação empregada ao artigo 1723 do Diploma Civil admite “plurissignificatividade”¹⁵². O sentido literal que costumeiramente nos é primeiro apresentado reconhece como entidade familiar a união estável *proveniente exclusivamente dos laços decorrentes* entre um homem e uma mulher, deixando assim à margem de qualquer alcance semântico, a união homoafetiva. Uma segunda hipótese semântica a ser empregada ao sentido de entidade familiar, no entanto, não excluiria deste rol as uniões homossexuais.

A primeira destas possíveis interpretações foi considerada inconstitucional pelo Ministro Ayres Britto, ao argumento de que admitir um

¹⁵² Voto na ADI 4277 e ADPF 132, 04 maio 2011, p. 1.

“preconceito” ou “discriminação” em razão do sexo ou de sua orientação encontrar-se-ia vedado Constituição Federal em seu art. 3º, IV.

Destarte, somente com a segunda linha hermenêutica estaria, em seu entendimento, consoante com o texto constitucional, nestes termos:

“dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”¹⁵³.

Contra-pondo-se a essas teorias argumentativas e a uma hermenêutica jurídica relativista que ainda hoje parece justificar entendimentos solipsistas, a hermenêutica filosófica parece apresentar uma resposta satisfatória ao problema da discricionariedade.

De fato,

“a diferença fundamental talvez esteja no fato de que a hermenêutica atua no âmbito da intersubjetividade (S-S), enquanto as teorias procedurais (como a teoria da argumentação jurídica) *não superam o esquema sujeito-objeto* (S-O). É evidente – e compreensível – que qualquer teoria que seja refém do esquema sujeito-objeto acreditará em metodologias que introduzam discursos adjudicadores no direito (Alexy é um típico caso). Isso explica, também, por que a ponderação reprecina a velha discricionariedade positivista.”¹⁵⁴.

Definitivamente, o direito é afetado pelas viradas paradigmáticas do Estado e da Filosofia, de sorte que também a hermenêutica jurídica, sob pena de flagrante descompasso, deve observar e absorver as contribuições da hermenêutica filosófica para com o projeto da pós-modernidade. Em especial, no que lhe for útil e adequado para a promoção da integridade do sistema jurídico e para a superação do esquema sujeito-objeto.

Assim,

“embora o ceticismo de parcela considerável da comunidade jurídica, é impossível negar as consequências da viragem linguístico-ontológica para a interpretação do direito. Trata-se de uma ruptura paradigmática que supera séculos de predomínio do esquema sujeito-objeto, e, conseqüentemente, a superação daquilo que, no direito, representou o lócus privilegiado da relação sujeito-objeto: o positivismo.”¹⁵⁵.

¹⁵³ Voto na ADI 4277 e ADPF 132, 04 maio 2011, p. 48-49.

¹⁵⁴ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, 4. Ed, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011. P. 488.

¹⁵⁵ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, 4. Ed, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011. P. 454.

Não há motivos racionais para negar ao direito a influência dessa viragem ontológico linguística por qual passou o pensamento filosófico nos últimos séculos. Ao revés, sua recepção pode ser a condição de possibilidade para que o Estado Democrático, enfim, execute o projeto social pactuado no texto constitucional.

3.2 POSITIVISMO, LITERALIDADE E DEMOCRACIA.

Ao que se pôde constatar, o discurso positivista procurou sustentar a implementação de um sistema exclusivamente pautado em regras, identificou texto e sentido, suprimiu do direito a facticidade e delegou ao juiz, enquanto sujeito solipsista, a responsabilidade para resolver o que se convencionou chamar de casos difíceis, não previstos pelas regras jurídicas.

Nessa linha intelectual, o processo de interpretação submete o texto à subjetividade assujeitadora do intérprete. Com isso, revela-se a pouca importância dispensada por esta vertente filosófica à teoria da interpretação, vez que aos juízes seriam reservados os critérios de escolha a serem utilizados na resolução dos casos complexos¹⁵⁶.

Ao tempo em que fora desenvolvida a tese normativo-positivista, o direito procurou firmar-se enquanto ciência por meio de uma linguagem artificial e descompromissada com o mundo real, isto ao argumento de que as insuficiências da linguagem natural não seriam capazes de assegurar a necessária isenção e neutralidade científica.

De tudo o quanto se apresenta como característica deste positivismo normativo, que com certa clareza parece estar disposto por Kelsen¹⁵⁷, em momento algum sustenta a aplicação direta do texto¹⁵⁸, o que nos autoriza a concluir que ao revés do imaginário comum dos juristas, a discricionariedade é admitida pelo positivismo normativo na exata medida em que defende ser a decisão um ato de vontade.

Esta aparente liberdade conferida ao juiz, que por ato de vontade passa a assujeitar os sentidos, em verdade é o mais puro reflexo da

¹⁵⁶ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. P. 07.

¹⁵⁷ Sobre o tema, consulte-se o capítulo oitavo da obra: Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen.

¹⁵⁸ A esta vertente mais primitiva do pensamento positivista, que sustentou uma aplicação literal do texto e se convencionou chamar de positivismo exegético, há muito se encontra superada pela impossibilidade prática de se abarcar nos antigos projetos monolíticos de códigos civis, toda a complexidade do cotidiano.

incapacidade desta corrente em superar o esquema sujeito-objeto apresentado pela filosofia da consciência, e é sob esta perspectiva que passamos a avaliar sua possível represtinação.

Ao quanto aqui se procurou demonstrar, pode-se afirmar que as referidas teses deste Constitucionalismo Contemporâneo não podem reiterar aquilo que pretendem superar, sob pena de se comprometerem os caros avanços da democracia no país. Dito de outra forma: qualquer comportamento, postura ou tese que de algum modo caracterize-se pelo ideal positivista, entra em confronto direto com o que se sustenta ser o novo constitucionalismo¹⁵⁹.

Assim, não se podem exibir com lampejos de modernidade, separações entre direito e moral ou adotar teses subjetivistas de argumentação a justificar decisões individuais.

Não se pode, então, ainda hoje sustentar sob o teto deste Estado Democrático, decisionismos e subjetivismos próprios do paradigma positivista e ignorar que o constitucionalismo atual busca justamente superar o modelo exegético-subjuntivo pela superação do sujeito solipsista.

Estabelecida esta premissa, poderemos concluir que a adoção de princípios pelo texto constitucional não pode significar a ampliação da atividade hermenêutica, isto, como alhures já se disse, a evolução do pensamento científico se encarregou de superar desde o pós-guerra de 1945. Desconsiderar esse fato é afastar o papel da filosofia da formação do sistema jurídico e olvidar de sua evolução.

Sobre o tema, eis a opinião de Luigi Ferrajoli:

“Por muito que sejam vagos e estejam formulados em termos valorativos, os princípios constitucionais servem em todo caso para aumentar a certeza do direito, uma vez limitam o vai e vem das possíveis opções interpretativas, obrigando aos juízes a associar às leis unicamente os significados normativos compatíveis com aqueles”.¹⁶⁰

Segundo a clara exposição de STRECK¹⁶¹, a hermenêutica a ser desenvolvida nesse tempo de pós-positivismo deve considerar que a função dos princípios constitucionais se presta a reintroduzir o mundo prático no

¹⁵⁹ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 08.

¹⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. Garantismo. Uma discussão sobre direito e democracia. Madrid, 2006, p. 67.

¹⁶¹ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. P. 181.

sistema jurídico, e que em uma nova relação, prática-normativista, compromete-se com os ideais democráticos. Nesta quadra da história, ao quanto aqui já se afirmou, a aplicação do direito já se pode desvencilhar dos discursos de fundamentação¹⁶².

A margem destas conclusões, o cotidiano judiciário parece ignorar esta virada paradigmática, pois ao que se constata, sob as vestes de discursos pós-modernos ainda hoje se apresentam os ideais de que temos bons e maus juízes, aqueles se caracterizam como os juízes dos princípios constitucionais, dentro de uma equivocada percepção de abertura hermenêutica; e estes, pela mera reprodução literal da lei.

Em síntese: a aplicação literal do texto não se coaduna com o positivismo Kelseniano, que em sentido diametralmente oposto, admite a discricionariedade da decisão, ao tempo em que sustenta um sistema desprovido de princípios.

Pode-se ainda sustentar, que a aplicação literal do texto, ao contrário de aprisionar os ideais democráticos dentro de ultrapassadas ideologias iluministas, pode justamente ser o norte para afirmar a democracia. Dito de outro modo: aplicar a lei não é uma atitude positivista, e deixar de aplicá-la sob o argumento da discricionariedade, em absoluto, se presta para superar este velho paradigma.

Assim, sendo o texto o resultado da atividade congressista, que pelo amadurecimento do debate político entrega para a sociedade a diretriz legislativa e regular o caso concreto, afastar sua aplicação por subterfúgios argumentativos, ao que nos parece, fere de morte a democracia representativa e desloca para o universo do sujeito pensante em si mesmo, o papel de emprestar ao direito a efetividade perdida pelo texto constitucional, que sob os olhos de capital tardio sequer pode se experimentar.

¹⁶² Lênio Luiz Streck - Aplicar A "Letra da Lei" É Uma Atitude Positivista? Revista NEJ - Eletrônica Vol. 15 - n. 1 - p. 164 / jan-abr 2010. Disponível em: www.univali.br/periódicos.

CONCLUSÃO:

Sob qualquer das teses aqui apresentadas, ou mesmo sob qualquer construção teórica hoje referendada nesses tempos de pós-positivismo, permanece para o direito a necessidade premente de criar as condições para um exercício democrático de interpretação e aplicação, e é justamente no âmago do sujeito pensante em si mesmo que reside o ponto fulcral do óbice entre hermenêutica e aplicação.

Observando as influencias filosóficas para a interpretação e aplicação do direito, pode-se constatar, de início, que a construção do Estado Moderno alterou profundamente a relação do homem com o mundo ao seu redor, deslocando-o de uma sociedade pautada em teses metafísicas para alçá-lo à condição de sujeito senhor dos sentidos.

De acordo com as fontes consultadas, a percepção de mundo subjetivista é fruto da organização eclesiástica com a imperatividade coativa dos antigos feudos, os quais definem o consenso racional e subjetivo como fator essencial para a legitimidade do ente estatal, conferindo-lhe por meio de adesões individuais, o compromisso de o homem sujeitar-se à exigibilidade do texto.

Destarte, já no contexto do Estado Moderno, identificam-se teses filosóficas que perpassam do contratualismo à construção de uma filosofia pautada na consciência do homem.

Esta antropologização do real, como se viu, ofereceu ao indivíduo uma espécie de conquista da independência, pois o desloca da condição de vassalo para a de um sujeito livre e capaz de emprestar sentido ao mundo. A realidade, portanto, passa a ser o resultado de um exercício subjetivo, estreitando ainda mais os laços entre Estado e Filosofia.

Cumprido notar que também pelas mãos da Filosofia foram construídas as premissas do ordenamento jurídico que, não por acaso, se coaduna com a proposta de Estado na exata medida em que lhe confere autoridade e possibilidade para o alcance de suas funções. No Estado Absolutista, isto se traduziu por intermédio das codificações, que oportunamente foram vistas como reflexo da soberania popular, mas, em verdade, revelam a insuficiência do arcabouço legislativo para estabelecer

antecipadamente a resposta adequada ao caso concreto. Esta, alias, é a razão para a breve vida do positivismo exegético, que ideologicamente se vê superado por outra vertente positivista, a normativista.

A corrente normativista de raiz kelseniana, no entanto, naufraga no ideal de controlar o sujeito solipsista, já que sua preocupação pelo desenvolvimento de um método analítico não enfrenta o problema da aplicação do direito. A rigor, a preocupação do positivismo normativo em conferir vocabulário próprio e específico para a ciência jurídica, delimitando as margens semânticas da linguagem, de um lado, almeja afastar a tradicional jurisprudência dos valores, oferecendo em seu lugar vocábulos técnicos e correlatos ao exercício de uma atividade científica, mas, de outro, reserva ao sujeito pensante a tarefa de aplicação do direito, sob o argumento de que a sentença, enquanto ato magno da atividade jurisdicional, é ato de vontade.

Supera-se o estado absolutista, justifica-se o ideal burguês do liberalismo e a concepção de um ordenamento hermético e autossuficiente, mas não se superam as condições arbitrárias na atribuição dos sentidos.

Assim concebida, a mesma filosofia subjetivista que serviu de alicerce para legitimar o exercício estatal na construção de normas jurídicas durante a concepção do Estado Moderno, condensando o direito e clero, mais adiante, no Estado Liberal, subsistiu, mesmo com o avanço da técnica e do vocabulário positivista. Nessa quadra da história, identificou-se que o avanço das ciências naturais novamente deslocou o homem em sua percepção de mundo, suplantando as referências transcendentais e metafísicas para, em seu lugar, instituir a racionalidade. Segregou-se, dessa forma, em razão da excessiva preocupação científica o direito da moral, ao mesmo tempo em que se apresentaram técnicas de interpretação pretensamente lógicas e concatenadas para emprestar segurança ao problema da interpretação jurídica. Essas medidas, no entanto, não se mostraram capazes de alijar o homem e sua percepção individual da aplicação do direito ao caso concreto. Subsistiu, pois, o problema da aplicação.

A superação desta proposta política de Estado Liberal teve seus contornos definidos ao final da segunda grande guerra e apresentou um direito novo, que, além de legitimar as relações de poder, passou a servir como instrumento transformador da realidade social. Para tanto, os textos

constitucionais voltaram a absorver valores e princípios, apresentando ao intérprete textos vagos, não raro, desprovidos de qualquer normatividade.

São tempos de densa atividade principiológica que encontra respaldo na filosofia de distintos pensadores, dentre outros, nas obras de Robert Alexy e Jürgen Habermas.

Sob a perspectiva de Robert Alexy, regras e princípios são espécies de norma e estruturam-se com caráter deôntico, de sorte que lhes seja garantida a exigibilidade do dever ser. Apresentam, no entanto, com diferentes referenciais semânticos, já que para este autor, trata-se de normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.

Essa distinção mais uma vez coloca o homem pensante diante de um exercício de subjetividade na exata medida em que procura sustentar, pela indevida abertura semântica dos princípios, a possibilidade de se contemplar as peculiaridades do caso.

A densa atividade principiológica tem comprometido os ideais democráticos exatamente em função da arbitrariedade com que emprestam sentidos ou se densificam os princípios constitucionais diante do caso concreto.

A influência do sujeito na atribuição de sentidos em sede constitucional apresenta ainda a grave constatação de que, por meio de princípios, não só os que decorrem do exercício democrático da atividade legislativa, mas também aqueles outros, decorrentes dos valores da sociedade (não se sabe ao certo exatamente o que isto significa), e que hodiernamente são evocados pelos juristas durante a entrega da atividade jurisdicional, sob o manto do argumento de que, por meio do que se pode aqui chamar de pretensões corretivas, se pudessem elidir qualquer dificuldade decorrente das incertezas do texto.

Sob esta perspectiva, os princípios, na esteira do que defende STRECK¹⁶³, seriam *topoi* argumentativos para embasar a prevalência do esquema sujeito-objeto. Com estribo em teses argumentativas¹⁶⁴, que preservam o ideal discricionário-solipsista, construiu-se o discurso da proporcionalidade, hodiernamente apresentado como princípio norteador dos

¹⁶³ STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) Crise*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 37.

¹⁶⁴ Por todas, observe-se aqui o quanto se expôs sobre a teoria de Robert Alexy.

confrontos decorrentes de embates principiológicos, como se fosse possível resolver casos paradigmáticos não solucionados pela vagueza semântica dos aludidos princípios constitucionais.

Como se sabe,

“Em nome do ‘sopesamento entre fins e meios’ (a assim denominada “ponderação”) é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da “ponderação” e suas decorrências. (...)”

Na verdade, a ponderação é um procedimento que serve para resolver uma colisão em abstrato de princípios constitucionais. Dessa operação resulta uma regra – regra de direito fundamental adscripta – essa sim, segundo Alexy, apta a resolução da demanda da qual se originou o conflito de princípios. E um registro: essa aplicação da regra de ponderação se fará por subsunção (por mais paradoxal que seja)¹⁶⁵.”

Feita a denúncia pelo magistério de Streck, deve-se, portanto, imperiosamente proceder-se a uma correção quanto à recepção da corrente alexyana no Brasil.

Primeiro, tem-se, por evidência, o registro de que a proporcionalidade não é, em absoluto, uma meta-regra jurídica a justificar decisionismos, pois no exercício de balizamento da norma a ser aplicada, não se pode perder de vista que alguma regra se fará adequada ao caso concreto, sob pena de nulidade, afastando assim a possibilidade de o interprete atribuir qualquer sentido.

Segundo, a ponderação se apresenta muito mais como técnica ou critério aplicativo do que como princípio e deve sempre observar critérios de equidade, quando de sua aplicação.

Ainda hoje é possível se encontrar afirmações categóricas no sentido de que somente através dos princípios se supera o positivismo, fazendo com que o magistrado deixe de ser a *‘boca da lei’*.

Todavia, o que se procurou neste trabalho demonstrar, aponta para outra direção, qual seja, a de que a falta de estruturação semântica e mesmo o imaginário de que os princípios constitucionais encerram valores, reproduzindo-se assim o raciocínio empregado para os vetustos princípios gerais do direito, os quais colocam no ideário do sujeito aplicador o

¹⁶⁵ STRECK, Lênio. O que é isto – decido conforme a minha consciência?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 48-50.

compromisso para densificar em cada caso concreto, o sentido e o limite do texto constitucional. Isto, a toda evidência, reafirma a filosofia da consciência, ao mesmo tempo em que compromete os fundamentos democráticos do Estado, que assegura ao homem a possibilidade de participar da formação de sua carta constitucional, mas lhe entrega, posteriormente ao pragmatismo, muitas vezes arbitrário de seu intérprete e aplicador.

Sob esse enfoque, a utilização indiscriminada do vocábulo princípio, pelas mais diversas áreas jurídicas, ao revés de assegurar a democrática participação coletiva na atribuição do sentido, parece reforçar o uso de uma razão prática para o sistema jurídico, vez que são acionados pelo julgador no exato momento em que as regras, para usar aqui a concepção de Alexy, não se revelam capazes, pela codificação, de dar respostas específicas para o caso.

A aposta nesse modelo discricionário, que hoje coloca juízes e promotores como atores principais na busca de realização do projeto constitucional, pressupõe a capacidade de sempre se entregar por meio de um ordenamento hermético e pretensamente autossuficiente, a resposta adequada ao caso concreto, colimando assim ainda hoje a completude do positivismo novecentista.

Sob o exercício da jurisdição constitucional, essa filosofia solipsista é aparentemente subjugada por Habermas, em sua tese sobre o agir comunicativo, que, no Estado Democrático pressupõe um ideal para a participação livre e consciente de cada homem, no processo de produção dos textos e enunciados jurídicos. De fato, sua influência é marcante e seguramente contribuiu para que os textos constitucionais voltassem a dialogar com o contraditório; no entanto, o que se viu é que, mesmo a lei, produzida democraticamente, ao se apresentar ao homem, por meio de enunciados vagos e com baixa delimitação semântica, acaba por imputar ao intérprete a tarefa de lhes emprestar efetividade e esse exercício, ao que se constata, quase sempre eivado de projeções pessoais e costumeiramente em descompasso com o ideal político do Estado Democrático.

De outro lado, no entanto, a elaboração de enunciados pragmáticos por parte do legislador esbarra em uma decorrência fática da vida, infinitamente mais ampla do que qualquer ideal legislativo, de sorte que não se

poderá por mera intervenção legislativa, contemplar todas as hipóteses de aplicação da regra ao caso concreto. Nem mesmo se pode sustentar, ao que se viu, a existência de um sistema exclusivamente constituídos de regras, de maneira que algum grau de indeterminação semântica deverá ser tolerado para poder abarcar as variações do cotidiano.

Esta possibilidade de variação semântica, no entanto, em corolário da proposta democrática do Estado, não se presta a justificar decisionismo e, em decorrência, muito além das alterações de ordem procedimental, requer que o direito desperte para a virada paradigmática que, há muito, superou o sujeito solipsista pela linguagem.

Ao que se pôde aqui identificar, Estado e Filosofia desde o início se apresentam como vetores para o desenvolvimento da sociedade e conseqüentemente, do sistema jurídico. Não se pode então imaginar, que o sistema jurídico concebido sob a égide de uma proposta estatal e alicerçado em ideais filosóficos não lhes sofra qualquer tipo de influência. A desconsideração desse fato tem permitido aos juristas trabalhar isoladamente, e, mais uma vez, revela a referência solipsista, com propostas já há muito superadas, como o positivismo exegético, a referência novecentista de um ordenamento hermeticamente fechado.

O resultado dessa equação, que, na premissa, estabelece uma premissa democrática e garante a participação do homem na elaboração dos enunciados jurídicos, não se esgota em seu aspecto procedimental.

É preciso que o projeto constitucional seja observado durante todo o trâmite de interpretação e aplicação da norma jurídica, aqui referida como resultado da atividade hermenêutica, pois a garantia do ideal deste Estado Democrático de Direito, além da garantia formal se propõe a implementar um projeto de mudança social que extrapola o âmbito do texto e reclama a construção de uma teoria adequada de interpretação e aplicação do direito. Sem isso, soçobrará, em cada caso concreto, a uniformidade do direito e a segurança deste mesmo homem, diante do “atual” sistema jurídico.

BIBLIOGRAFIA:

- AGOSTINHO, Santo. In Os pensadores, Vol. VI. São Paulo. Abril. 1973.
- _____. Confissões de Magistro, tradução de J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina. São Paulo: Ed. Abril Cultura. 1908.
- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad.: de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Brasil, 2008.
- _____. Jurgem Habermas, 80 anos Direito e Democracia. Org. Gunter Frankenberg. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARROSO. Luis Robert. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Da interpretação à hermenêutica constitucional. In: Margarida Lacombe (org). 1988-1998: uma década de Constituição. Ed. Renovar. Rio de Janeiro. 1999.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro. Campus, 1992.
- _____. Teoria do ordenamento jurídico. 10. ed. Trad.: de Maria. Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL. 8.ed. São Paulo: Malheiros. 2008.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004
- CANOTILHO, J J. Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.
- _____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª ed. Almedina: 1999.
- CAPPELLETTI., Mauro. Juízes legisladores?. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CASTRO, Marcus Faro. "Los tribunales, el Derecho y la Democracia em Brasil", em Revista Internacional de Ciências Sociales, Paris, Unesco, 1996.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Habermas e o Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.
- DESCARTES, Discurso do método. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1999.
- DIAZ, Elias. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Madrid, Taurus. 1983.
- DWORKIN, Ronald, Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desafios. Estud. av. vol.18 no.51 SãoPaulo May/Aug. 2004.Disponível na internet: <http://www.scielo.br/scielo.php?Ing=en>. Acesso em 12/07/2011.

- Estudos Avançados (USP-SP, 3(7): 4-19, Set./Dez. 1989.
- FERRAJOLI, Luigi. Garantismo. Uma discussão sobre direito e democracia. Madrid, 2006.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito, Atlas. 2009.
- GARCIA-ROSA, Luiz Alberto. Palavra e verdade na filosofia antiga e na psicanálise. Ed. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro. 2005.
- GOMES, Alexandre Travessoni. O Fundamento de Validade do Direito: Kant e Kelsen. Belo Horizonte. Ed. Mandamentos. 2000.
- GRAU, Eros. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- HABERMAS, Jurgen. Consciência moral e Agir Comunicativo. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário. 2003.
- _____. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.
- _____. A Inclusão do Outro – estudos de uma teoria política. 3º edição. Rio de Janeiro. Ed. Loyola. 2007
- _____. “La modernidad: un proyecto inacabado” in Ensayos políticos / Jürgen Habermas; Trad. de Ramón García Cotarelo. Barcelona: Ediciones Península. 1988.
- HOBBS, Thomas. Leviatã. Trad.: João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia berliner; revisão da tradução Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- LOCKE, John. Dois Tratados do Governo Civil. Tradução, introdução e notas de Miguel Morgado Lisboa: Edições 70. 2006.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; tradução de João Batista machado. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999.
- LIMA, Martonio Barreto. Justiça Constitucional e democracia: Perspectivas para o papel do judiciário. Revista da Procuradoria – Geral da República, n. 8. São Paulo, RT, jan / jun de 1996.
- LOCKE, John. Dois Tratados do Governo Civil. Tradução, introdução e notas de Miguel Morgado Lisboa: Edições 70. 2006.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e interpretação do Direito. 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.
- MELO, Jose Eduardo Soares de. Interpretação e integração da legislação tributária. São Paulo, Saraiva, 1993.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes e ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Constituição e Ativismo Judicial. Lumen Juris, 2011.
- MOREIRA, Luiz. A Constituição como simulacro. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007.

- NERY JR., Nelson; Nery, Rosa Maria. Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 7ª ed. São Paulo: RT, 2008.
- OTO, Écio. Teoria do discurso e correção normativa do direito. São Paulo. Ed. Landy. 2004.
- PASSOS, J.J. Calmon de. Direito, poder, justiça e processo. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.
- RAWLS, Jonh. "Uma Teoria da Justiça". 1 ed., Lisboa: Editorial Presença, 1993.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social; tradução de Ricardo Rodrigues da Gama. 1ª ed. São Paulo: Russel, 2006.
- SAMPAIO FERRAZ JR, Tércio. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Atlas, 2009.
- STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. Aplicar A "Letra da Lei" É Uma Atitude Positivista? Revista NEJ - Eletrônica Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010. Disponível em: www.univali.br/periódicos.
- _____. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de Superação do Positivismo pelo (Neo)constitucionalismo. In: STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. "Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica" Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- _____. Hermenêutica jurídica e(m) Crise. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- STRECK, Lênio Luiz. DE MORAIS, José Luiz. Ciência Política & Teoria do Estado. Porto Alegre. Livraria do advogado, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverde Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutaçao constitucional e Limites da jurisdição Constitucional. Disponível na internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. (acessado em 06 de Julho de 2011).
- WARAT, Introdução geral do direito I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.
- WEBER, Max. Economia e sociedade. Tradução Regis Barbosa. São Paulo, Imprensa Oficial: 1999.