

RICARLOS ALMAGRO VITORIANO CUNHA
ORGANIZADOR

FILOSOFIA & DIREITO

Ética, Hermenêutica e Jurisdição



SJES

FILOSOFIA & DIREITO

- Ética, Hermenêutica e Jurisdição -

2014

F488 Filosofia e direito [livro eletrônico] : ética, hermenêutica e
jurisdição / Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha (organizador).
- Vitória: Seção Judiciária do Espírito Santo, 2014.
17,93 Mb ; eBook

Bibliografia.
ISBN 978-85-68228-00-5

1. Filosofia do Direito. 2. Ética. I. Título

CDU 340.12

RICARLOS ALMAGRO VITORIANO CUNHA

(Organizador)

FILOSOFIA & DIREITO

- Ética, Hermenêutica e Jurisdição -

Alexandre de Castro Coura
Américo Bedê Júnior
André Ricardo Cruz Fontes
André Rufino do Vale
Aquiles Corte Guimarães
Bruno Gomes Borges da Fonseca
Fernando Augusto da Rocha Rodrigues
Gilmar Ferreira Mendes
João Maurício Adeodato
Nelson Camatta Moreira
Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha
Rodolfo Viana Pereira
Willis Santiago Guerra Filho



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo - SJES

Vitória - ES
2014

Conselho Editorial: Portaria n.º JFES 2013/00066, 26/08/2013

Organizador: Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha

Indexação:

Diagramação: Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha

Revisão: Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha

Capa: Natália Rio Apa

Endereço: Seção Judiciária do Espírito Santo
Av.Mal. Mascarenhas de Moraes, 1877,
Monte Belo, Vitória - ES
CEP: 29053-245
Tel: (27) 3183-5000
email: contato@jfes.jus.br

Tribunal Regional Federal da 2.^a Região

Desembargador Federal Sérgio Schwaitzer
Presidente

Desembargador Federal Paul Erik Dyrllung
Vice-Presidente

Desembargadora Federal Salete Maccalóz
Corregedora

Seção Judiciária do Espírito Santo

Juiz Federal Fernando Cesar Baptista de Mattos
Diretor do Foro

Juiz Federal José Eduardo do Nascimento
Vice-Diretor do Foro

OS AUTORES

ALEXANDRE DE CASTRO COURA

Promotor de Justiça (ES)
Professor Adjunto da Universidade Federal do Espírito Santo
Professor dos cursos de mestrado e doutorado da FDV
Mestre e Doutor em Direito (UFMG)

ANDRÉ RICARDO CRUZ FONTES

Desembargador Federal (TRF/2ª Região)
Prof. Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Pós-Doutorado (UFSC)
Doutor em Direito pela Universidade do Estado do RJ (UERJ)
Doutor em Filosofia (UFRJ)
Doutor em História das Ciências e das Técnicas e Epistemologia (COPPE-UFRJ)
Mestre em Direito Civil (UERJ)
Mestre em Direito Constitucional (UFF)

ANDRÉ RUFINO DO VALE

Procurador Federal (cedido ao STF - Assessor de Ministro)
Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB)
Doutorando em Direito pela Universidade de Alicante (UA – Espanha)
Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB)

AMÉRICO BEDÊ JÚNIOR

Juiz Federal
Professor da Faculdade de Direito de Vitória (FDV)
Doutorando em Direito (FDV)
Mestre em Direito (FDV)

AQUILES CORTES GUIMARÃES

Professor dos cursos de mestrado e doutorado em filosofia da UFRJ
Doutor em Filosofia (UGF)
Mestre em Filosofia (UFRJ)

BRUNO GOMES BORGES DA FONSECA

Procurador do Trabalho na 17ª Região

Mestre em Direito (FDV)

Doutorando (aluno especial) em Direito (FDV)

FERNANDO AUGUSTO DA ROCHA RODRIGUES

Professor Associado da Universidade Federal do Rio de Janeiro

Pós-Doutorado (Universität Konstanz)

Pós-Doutorado (Université Paris X – Nanterre)

Doutor em Filosofia (Universität Konstanz)

Mestre em Filosofia (UFRJ)

Mestre em Direito (UFRJ)

GILMAR FERREIRA MENDES

Ministro do Supremo Tribunal Federal

Professor Adjunto da Universidade de Brasília (UnB)

Mestre e Doutor em Direito pela Universität Münster

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB)

JOÃO MAURÍCIO ADEODATO

Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco

Professor dos cursos de mestrado e doutorado em Direito da FDV

Livre-Docente (USP)

Pós-Doutorado (Universität Heidelberg)

Pós-Doutorado pela (Universität Mainz)

Mestre e Doutor em Direito (USP)

NELSON CAMATTA MOREIRA

Professor dos cursos de mestrado e doutorado da FDV

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos

(UNISINOS) com estágio anual na Universidade de Coimbra

RICARLOS ALMAGRO VITORIANO CUNHA

Juiz Federal

Professor dos cursos de mestrado e doutorado em Direito da FDV

Professor da Universidade Vila Velha (UVV)

Doutor em Direito (PUC-MG)

Doutor em Filosofia (UFRJ)

Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF)

RODOLFO VIANA PEREIRA

*Professor Adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais
Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (UC – Portugal)
Mestre em Direito (UFMG)*

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO

*Prof. Titular da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Prof. dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da PUC-SP
Pós-Doutorado (Universität Bielefeld)
Pós-Doutorado (UFRJ)
Livre-Docente pela Universidade Federal do Ceará
Doutor em Direito (Universität Bielefeld)
Doutor em Filosofia (UFRJ)
Mestre em Direito (PUC-SP)*

Página intencionalmente deixada em branco.

SUMÁRIO

Apresentação <i>Ricardos Almagro V. Cunha</i>	11
O que direitos fundamentais têm a ver com democracia à luz da teoria discursiva de Jürgen Habermas? <i>Alexandre Coura e Bruno G. B. da Fonseca</i>	21
O estrangeiro, o inimigo e o direito penal <i>André R. C. Fontes</i>	53
Aproximação aos conceitos básicos da fenomenologia <i>Aquiles Cortes Guimarães</i>	67
Ética do bem e ética do dever <i>Fernando A. da Rocha Rodrigues</i>	81
O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal <i>Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino do Vale</i>	107
A inexistência de uma única resposta correta e o julgamento não unânime no processo penal <i>João Maurício Adeodato e Américo Bedê Júnior</i>	149
Aplicação (<i>applicatio</i>) dos tratados internacionais de direitos humanos <i>Nelson Camatta Moreira</i>	167
Hermenêutica em três momentos <i>Ricardos Almagro V. Cunha</i>	211
Nova hermenêutica e pós-positivismo: adoração, saturação ou renovação? <i>Rodolfo Viana Pereira</i>	233
Poder Judiciário e hermenêutica constitucional <i>Willis Santiago Guerra Filho</i>	257



Apresentação

Preocupado com a proliferação de um modelo técnico de ensino jurídico, a Justiça Federal no Espírito Santo se lançou na tarefa de inauguração de um modesto espaço de reflexão crítica do Direito, que despertasse alunos e profissionais da área a repensar aquele modelo, mediante a promoção de debates, encaminhados em meio a um seminário anual intitulado “Filosofia e Direito”. A amplitude do título, que se repete na presente obra, é fiel à abertura do horizonte de pensamento que ali vem sendo desenvolvido.

Ao longo das duas primeiras edições do Seminário, juristas e filósofos notáveis compareceram à Seção Judiciária do Espírito Santo para expor suas ideias em torno de temas como hermenêutica, ética, constitucionalismo contemporâneo, direitos fundamentais, dentre outros.

O sucesso desse empreendimento gerou a preocupação em manter um registro daqueles pronunciamentos, o qual, a partir da segunda edição do Seminário, foi em parte promovido por meio da contratação de uma empresa para a filmagem do evento, com a posterior editoração do vídeo e sua disponibilização em mídia digital na Biblioteca da Justiça Federal.

Após um pequeno intervalo, o Seminário retorna em sua

terceira edição, agora refinado com o lançamento da presente obra coletiva, fruto do esforço conjunto dos palestrantes e de alguns poucos convidados, que nela veiculam suas reflexões.

Como organizador do livro, cabe-me fazer uma apresentação sucinta dos textos que aqui são reunidos.

O Professor Aquiles Cortes Guimarães mantém junto ao Programa de Pós-Graduação estrito senso em Filosofia da Universidade Federal do Rio de Janeiro um Seminário de Direito e Filosofia Política, notabilizado por seu comprometimento com a temática da fenomenologia husserliana aplicada ao Direito, em cujo âmbito já se produziu várias obras, entre as quais destaco o periódico “Fenomenologia e Direito”, fruto de uma parceria entre a UFRJ e a Escola da Magistratura Regional Federal da 2.^a Região, já na sua 13^a edição, ininterruptamente publicada ao longo dos últimos sete anos¹.

Fiel ao seu compromisso acadêmico, o Prof. Aquiles nos brinda com um estudo introdutório intitulado “Aproximação a uma concepção fenomenológica do Direito”, onde, após uma brevíssima apresentação da fenomenologia, explora alguns conceitos fundamentais envolvidos nesse método, no intuito de ajudar a compreensão da sua proposta. Assim, com base na crítica husserliana ao naturalismo, apresenta a consciência como a instância humana privilegiada, capaz de dotar o homem de uma visão absoluta. Prosseguindo em sua análise, esclarece a noção de intencionalidade e de fenômeno, que são refinadas com um breve esboço da teoria dos objetos. Já ingressando propriamente no método fenomenológico, como atitude fundante de um pensamento

1 Além da distribuição impressa, a revista também está disponível em meio eletrônico no seguinte endereço: <http://www.ifcs.ufrj.br/~sfjp/revista/>

de rigor, apresenta os conceitos de redução psicológica, eidética e transcendental, momentos necessários à evidenciação do mundo da vida (*Lebenswelt*).

A análise não se detém aí, prosseguindo na abordagem de vários outros conceitos, tão caros à filosofia de Edmund Husserl, de tal forma que o texto, por trás da sua simplicidade e fluidez, deixa mostrar a complexidade do tema e a sua concomitante riqueza para uma reflexão crítica acerca do Direito.

Segue-se o texto do **Prof. Fernando Rodrigues**, voltado à questão da ética. Como ele mesmo reconhece, a reflexão filosófica acerca da moral pressupõe dois momentos: o primeiro, voltado à explicitação das pressuposições implícitas que guiam nossa prática moral cotidiana, que revelam critérios identificadores do fenômeno moral, notadamente a evidenciação de certos sentimentos e o proferimento de certas expressões linguísticas; e o segundo, em que, na base de tais critérios, procura-se responder à questão acerca do porquê de alguém ter aflorado tais sentimentos ou de fazer tais pronunciamentos. Em seu artigo, o Professor procura apresentar duas possibilidades de respostas a esses questionamentos: uma, de viés aristotélico – a ética eudaimônica -; e outra, de perfil kantiano – a ética do dever.

O terceiro artigo que compõe este livro é de autoria do **Ministro Gilmar Ferreira Mendes**, do Supremo Tribunal Federal, que avalia a influência do pensamento do jurista alemão Peter Häberle na jurisprudência daquela Corte. Escrito em colaboração com **André Rufino do Vale**, o texto dá mostra da influência hiperbólica daquele jurista sobre o constitucionalismo brasileiro, seja no âmbito acadêmico, jurisprudencial ou mesmo legislativo. Na linha da proposta anunciada, a vertente jurisprudencial é explorada

com a delimitação do campo de influência do jurista alemão em torno dos seguintes eixos temáticos: a) a figura do *amicus curiae* e as audiências públicas; b) o pensamento de possibilidades; c) a questão da mutação constitucional; e d) a ideia de Estado constitucional cooperativo.

O tema das decisões judiciais é central para a Filosofia do Direito, e as reflexões que no seu âmbito se instauram acabam por, direta ou indiretamente, a ela remeter-se. Nesse contexto, a pertinência do texto do **Prof. João Maurício Adeodato** que, em coautoria com o **Prof. Américo Bedê Júnior**, trata da tormentosa questão da existência ou não de uma única resposta judicial correta, temática que é aqui estudada na perspectiva dos julgamentos por maioria proferidos no âmbito do processo penal.

Procura-se sustentar a impossibilidade de aplicação do princípio *in dubio pro reo* como fundamento para a absolvição criminal de acusados, diante de julgamentos colegiados não unânimes. Sustentam os autores a inexistência de uma única resposta constitucionalmente adequada como fundamento lógico para a atribuição de valores idênticos aos votos proferidos no âmbito do julgamento colegiado, de tal forma que “tanto os votos vencedores quanto os vencidos sejam respostas constitucionalmente adequadas”, a recomendar o critério majoritário como resposta oficial do Judiciário ao caso que lhe é submetido à apreciação.

O texto seguinte é de autoria do **Professor Nelson Camatta Moreira** e versa sobre a aplicação dos tratados internacionais sobre direitos humanos. A temática dos direitos fundamentais é sempre cara aos estudiosos do Direito e ganha amplitude, seja no âmbito doutrinário, seja no campo dos debates empreendidos no Supremo Tribunal Federal, sobretudo após o advento da Emenda

Constitucional n.º 45, que conferiu posição destacada aos tratados que versam sobre tal tema. O Professor Camatta aborda a questão da aplicação com o aporte da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, o que contribui para a difusão de uma reflexão crítica mais apurada na interpretação desses atos normativos.

“Hermenêutica em três momentos” é o **meu próprio texto**, fundado na palestra que proferi na segunda edição do Seminário “Filosofia e Direito”. Nele procuro evidenciar a transição do pensamento hermenêutico desde uma visão procedimental ou epistemológica até a viragem ontológica proporcionada pelo pensamento heideggeriano, e que foi desenvolvido posteriormente no âmbito da hermenêutica filosófica de Gadamer.

Os Professores **Alexandre Coura** e **Bruno Fonseca** oferecem um erudito texto, em que abordam as tendências contemporâneas voltadas à introdução de um pensamento pós-metafísico no âmbito do jurídico, basicamente a fim de justificar a conexão entre direitos fundamentais e democracia. Nesse viés, iniciam com uma ousada proposta de agregar tendências comuns nas teorias hermenêuticas de cunho filosófico, tais como a determinada pelo giro ontológico proporcionado pelas abordagens de Heidegger e Gadamer, e aquelas de cunho discursivo, presentes na filosofia de Habermas. Segue-se uma crítica dirigida aos paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social, com a proposta de visualizar no Estado Democrático de Direito o resgate da equiprimordialidade entre autonomias pública (soberania popular) e privada (liberdade e igualdade), através da via discursiva encaminhada por Habermas, onde o Direito ver-se-ia legitimado pelo aspecto procedimentalista da sua construção democrática. Os autores, entretanto, não perdem de vista as críticas que a essa teoria são direcionadas, notadamente quanto ao caráter

problemático das condições ideais do discurso em um país marcado por imensas diferenças sociais.

O tema do Direito Penal do inimigo é tratado pelo **Prof. André Fontes**. Em um texto fluido e claro, inicia por destacar a nota típica desse direito, a saber, a ideia de que “o agente não é punido de acordo com a culpabilidade, mas, sim, devido à sua periculosidade”. O potencial agente deve ser punido porque dele não se pode esperar uma atuação com fidedignidade ou boa-fé, mas tão somente criminoso. Assim vê-se justificada uma desproporcional atuação do Estado contra esse criminoso *in potentia*, já que fonte de perigo se trata. Nesse contexto, já que não se está diante de um ato consumado, cuja autoria é buscada, quem poderia ser então identificado como o inimigo? A resposta encaminhada pelo autor identifica aquele com os grupos dissidentes e minorias, aí incluídos os estrangeiros. A hipótese vem sustentada em uma linha de fundamentação convincente e vem acompanhada de uma crítica contundente a esse *modus operandi* do Estado contemporâneo, que parece tratar-se de mais um acréscimo de excentricidade derivado sobretudo dos povos cultos e amadurecidos.

O **Prof. Rodolfo Viana Pereira** traz algumas reflexões acerca do papel da hermenêutica no quadro de expansão do constitucionalismo democrático. Partindo do pressuposto de que a democracia não é um regime autoevidente, destaca a necessidade de ela afirmar-se por meio de uma estrutura, em que o Direito seria o mecanismo racional que criamos para a sua regulação. Nesse contexto, assumida como discurso normativo democrático, a Constituição acabaria por ostentar uma pujança dentro do nosso sistema normativo. Lembrando Bobbio, o autor pontua que mais importante que a declaração dos direitos humanos é a sua efetivação,

o que nos conduz ao plano do garantismo constitucional, ou seja, a Constituição deve prover mecanismos institucionais de tutela processual dos direitos fundamentais, o que nos remete, por sua vez, a um fortalecimento da jurisdição.

Esse papel destacado conferido à Constituição seria reforçado ainda pelo seu próprio expansionismo no século XX, pois, para além de suas notas típicas de regulação e organização do Estado, também acabou alcançando a autonomia privada, através do que se costumou denominar eficácia horizontal dos direitos fundamentais. De fato, agora “os atores da sociedade civil também se relacionam, produzem, negociam dentro do enquadramento constitucional”.

Finalmente, esse quadro de supremacia é incrementado ainda pela adoção do bloco de constitucionalidade, doutrina de origem francesa que hoje nos alcança, tal como comprova o nivelamento dos tratados de direitos humanos às emendas constitucionais, nos termos da EC 45.

Para o Professor, esse panorama impacta o discurso hermenêutico, que deve adaptar-se ao novo quadro, exigindo procedimentos que seriam específicos para o plano constitucional. A par de princípios próprios que orientam a compreensão da Constituição, certo é que o mito de um sujeito imparcial que se defronta com um objeto normativo dotado de sentido próprio e daquele independente acabaria sendo abalado pela ideia de pré-compreensão, condição de possibilidade de qualquer interpretação. Essa tomada de consciência para o problema acabou nos lançando ao grande desafio de identificação dos limites da sua participação no processo compreensivo, ou seja, da definição das balizas onde a afirmação da pré-compreensão estaria validada no Direito.

De fato, é uma preocupação salutar e indeclinável fixar as

fronteiras das novas possibilidades em jogo no curso da interpretação constitucional, sob pena da própria transmutação do seu texto, com risco para a segurança jurídica, tal como ocorre no manejo do que o autor denominou de “principiologia infundada”.

Finalmente, brinda-nos o **Prof. Willis Santiago Guerra Filho** com o texto “Poder Judiciário e Hermenêutica Constitucional”. Nele o autor assinala o papel de destaque do Judiciário no âmbito das suas relações com os demais poderes, o que ficaria claro pela sua atuação de caráter concretizador, notadamente no âmbito dos direitos coletivos que, a par de sua previsão constitucional, não vêm ordinariamente acompanhados da necessária regulamentação legislativa, daí derivando o papel integrador reservado àquele Poder. Daí a afirmação do autor de que “o Judiciário deve assumir, na atualidade, a posição mais destacada, dentre os demais Poderes estatais, na produção normativa”. Por isso, o Professor destaca a importância de o Judiciário Brasileiro assumir efetivamente o papel que lhe é reservado, sob pena de os conflitos sociais serem cada vez mais absorvidos por meios alternativos de pacificação, os quais, na verdade, acabam por deixar sempre um “resíduo significativo de conflituosidade”.

Nesse contexto, registra a importância de um “pensamento jurídico orientado por valores”, os quais deverão ser positivados em princípios jurídicos que lhes irão conferir a necessária objetividade para um tratamento científico que autorize a sua sistematização em torno de um escalonamento elaborado com vistas ao resultado concreto que da sua aplicação deriva. Para o Professor, essa nota característica confere ao sistema assim elaborado um matiz diferenciado das propostas orientativas de índole metafísica.

Nessa linha o autor prossegue com um amplo discurso

acerca da argumentação no Direito, notadamente quanto ao emprego dos princípios jurídicos e a sua harmonização em situações de conflito normativo, aí evidenciando a necessidade de respeito à proporcionalidade e a importância de um aparato conceitual bem estruturado, mas que não seja recepcionado com a pretensão de sobrevida eterna. Nesse ponto recomenda o Professor o espelhamento da experiência alemã, sempre marcada por uma simbiose entre a produção teórica e a elaboração jurisprudencial.

Essa proeminência do papel dos princípios naturalmente conduz o autor à distingui-los das regras jurídicas, e porque aqueles naturalmente encontram sede propícia para a sua localização na própria Constituição, vale-se também da oportunidade para demarcar as notas distintivas que assume a hermenêutica constitucional, onde confere ao princípio da proporcionalidade uma posição destacada, embora não o identifique com um “super-princípio”, pois se põe a serviço dos demais, mas o dignifica porque através dele almeja-se à realização otimizada e adequada da norma.

Com essa apresentação extremamente sucinta dos trabalhos que compõem a presente obra, pode-se alcançar a dimensão da sua importância para a proposta inicialmente anunciada, qual seja, a de que os debates que aqui se consolidam textualmente sirvam de auxílio à nossa visada reflexiva do fenômeno jurídico, para além do matiz técnico-formalista que infelizmente ainda predomina.

Ricardos Almagro Vitoriano Cunha

O que direitos fundamentais têm a ver com democracia à luz da teoria discursiva de Jürgen Habermas?¹

Alexandre de Castro Couras
Bruno Gomes Borges da Fonseca

1 INTRODUÇÃO

Em uma abordagem sobre direitos humanos e fundamentais é comum listagens sobre suas características, tais como a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a inalienabilidade, a inviolabilidade. Entretanto, a introdução desses róis, isoladamente, é insuficiente para esclarecer o efetivo papel desses direitos no paradigma do estado democrático de direito.

A pesquisa, a partir da leitura de Jürgen Habermas, adotará a premissa de que os direitos humanos e fundamentais vinculam-se à coesão interna entre democracia e estado de direito. E, também, com base nesse marco teórico, enfrentará, como problema, em que sentido dar-se-á essa ligação.

Essa proposta parece interessante por contribuir com o desvelamento da imbricação entre estado, democracia e direitos humanos e fundamentais, especialmente quando se torna lugar comum a afirmação de que a presença destes é imprescindível à

1 O presente artigo é fruto de discussões acadêmicas desenvolvidas entre os coautores, especialmente acerca do tema do seminário apresentado por Bruno Gomes Borges da Fonseca aos alunos da disciplina Teoria dos Direitos Fundamentais, no 1º semestre de 2013, sob orientação do Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura, no programa de pós-graduação em sentido estrito (doutorado) da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

adoção de um regime, sequiosamente, democrático.

A análise recairá sobre os direitos humanos e fundamentais. Essa elocução tem caráter expansionista, por englobar os direitos humanos reconhecidos internacionalmente (direitos humanos) e os elencados pela Constituição de cada país (direitos fundamentais). O conectivo *e* materializa a junção das expressões em prol de viés agregador.

O primeiro capítulo aproximará, numa perspectiva macro, eixos temáticos unificadores de marcos teóricos distintos, sem perder de vista a leitura teórica adotada para a resolução do problema deste trabalho. A seguir, pontuar-se-á acerca do paradigma do estado democrático de direito. O último capítulo, responderá à indagação propulsora deste trabalho e, sob forma ensaísta, enfrentará algumas críticas à concepção *habermasiana*.

2 PENSAMENTO PÓS-METAFÍSICO, FILOSOFIA DA LINGUAGEM, INTERSUBJETIVIDADE E TEORIZAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO: EIXOS TEMÁTICOS UNIFICADORES DE MARCOS TEÓRICOS DISTINTOS²

A proposta deste trabalho é explorar as teorizações de Jürgen Habermas. A invocação desse autor implica lembranças imediatas e muito particulares, tais como: razão e agir comunicativos, democracia, teoria discursiva do direito, *procedimentalismo*.

2 Alguns trechos e informações constantes deste artigo foram extraídos de: FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Compromisso de ajustamento de conduta*. São Paulo: LTr, 2013; FONSECA, Bruno Gomes Borges da. Direitos humanos e fundamentais: pontos e contrapontos. In: SANTOS, Élisson Miessa; CORREIA, Henrique (Coord.). *Estudos aprofundados*: Ministério Público do Trabalho. Salvador: jusPodivm. 2013 (prelo).

Todavia, é possível laborar suas concepções em esquemas mais abrangentes, com o alerta de que toda classificação (ou rotulação) gera risco de desvirtuar institutos, encolher suas características e promover indevidas generalizações. A abordagem, contudo, conscientemente, assumirá essa responsabilidade e buscará tipos ideais, por similitudes, associativismos e aproximações³.

Para refutar as ideias metafísicas, as concepções da filosofia do sujeito, os mitos do positivismo jurídico e teorizações aliadas a mecanismos autoritários e de desrespeito aos direitos humanos e fundamentais, parece possível aproximar propostas sobre as funções do paradigma, da tradição, da hermenêutica e da razão, sem, contudo, olvidar serem correntes que partem de premissas distintas e, às vezes, encontram resultados diferentes.

Essa forma de abordagem parece possível, pois o reconhecimento de paradigmas, da historicidade (tradições), da filosofia hermenêutica e da continuidade da centralidade da razão em seu grau mais avançado, têm linhas de interseção. Pautam-se no combate ao autoritarismo, na crítica à metafísica e ao positivismo jurídico, no reconhecimento da filosofia da linguagem pragmática e no abrandamento da filosofia da consciência, nas propostas de emancipação, libertação ou autonomia das pessoas, enfim, na aposta de um efetivo estado democrático de direito.

Afinados com essa proposta, far-se-á célere abordagem dessas concepções filosóficas, notadamente nos pontos de aproximação, com desiderato de propiciar pano de fundo preparador à resolução do problema desta pesquisa.

A palavra *paradigma* indica valores, crenças e técnicas partilhados por membros de uma comunidade e soluções empregadas

3 WEBER, Marx. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Tradução Vinícius Eduardo Alves. São Paulo: Centauro, 2008, p. 79 e 200.

como modelos para substituir regras e equacionar outros problemas apresentados pela ciência⁴. Age como pano de fundo⁵ interpretativo e permite explicar o desenvolvimento científico como processo de rupturas em que um paradigma antigo é substituído pelo mais novo⁶.

A ideia de paradigma, inegavelmente, padece de óbvias simplificações⁷. É válida, porém, por permitir a seleção e o delineamento de visões de mundo em determinados contextos⁸. O reconhecimento de um paradigma, existente em certo momento, parece permitir a identificação dos pressupostos manejados para alcance de decisões, inclusive às referentes aos direitos humanos e fundamentais.

Em decorrência dessa teorização, é possível distinguir paradigmas de estado, tais como o pré-moderno, o liberal, o social e o democrático de direito. Em cada tipo, vigorou um modelo distinto, adotado como pressuposto para tomada de decisões. Esse desvelamento é condição prévia para apontar em que sentido os direitos humanos e fundamentais funcionam como vetores de coesão entre estado de direito e democracia⁹.

A vida em sociedade, por sua vez, impõe obrigações associativas ou comunitárias e o Direito acaba por sufragar esses valores ao insistir que as proposições jurídicas são opiniões interpretativas, que combinam elementos volvidos tanto ao passado

4 KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 220.

5 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. Ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 131.

6 KUHN, Thomas S. *Op. cit.*, p. 125-127.

7 O paradigma materializa uma síntese de convicções comuns: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 130.

8 CARVALHO NETTO, Menelick. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*. Pós-graduação da faculdade de direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Mandamentos: Belo Horizonte, v. 3, maio 1993, p. 476.

9 É o que, ilustrativamente, fez CARVALHO NETTO, Menelick. *Op. cit.*, p. 475-486.

quanto ao futuro, como uma política em processo de desenvolvimento, porque o modo de viver gregário exige fidelidade¹⁰. A tradição, decerto, patenteia uma natureza ritual ou simbólica que almeja inculcar certos valores e normas de comportamento pela repetição e implica continuidade do passado¹¹.

Esse vínculo formador das tradições, naturalmente, gerará corolários no sentido e no papel do Direito, inclusive os humanos e fundamentais, em cada sociedade. Nesse contexto, cada decisão, às vezes involuntariamente, materializará seu propósito integrador e como etapa presente em determinado tempo histórico.

O processo interpretativo, portanto, pauta-se pela mobilidade fundamental da *pré-sença*, que se perfaz pela sua finitude e historicidade. Sempre há um projetar, uma leitura iniciada a partir de certas expectativas e na perspectiva de sentido determinado, isto é, um pré-conceito. Essa opinião prévia de conteúdo é constituinte da nossa *pré-compreensão*¹².

A ausência de neutralidade, sob outro ângulo, parece valorizar o subjetivismo, tal como apresentado, à primeira vista, por Jean-Paul Sartre ao asseverar que o subjetivismo é o ponto de partida, pois a existência precede a essência¹³. Hans-Georg Gadamer, entretanto, diferente do que a princípio possa transparecer, com base nas ideias de Martin Heidegger sobre a temporalidade do ser e de

10 DWORCKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 231, 237 e 271.

11 Eric Hobsbawm. Introdução: a invenção das tradições. In: HOBBSAWM, Eric; RANGER, Terence (Org.). *A invenção das tradições*. Tradução Celina Cardim Cavalcante. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012, p. 12.

12 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 11. ed. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes/Editora Universitária São Francisco, 2011, p. 16, 21-22, 356-357 e 360.

13 *O existencialismo é um humanismo*. Tradução João Batista Kreuch. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 18. A filosofia de Sartre repele a filosofia antiga que apostava em uma essência de natureza humana no homem: *op. cit.*, p. 18-20.

sua visão prévia¹⁴, destaca que a consciência histórica, concretizada em *pré-conceitos* e opiniões prévias, não consiste simplesmente em deduzir o que a ela se atribuiu de antemão¹⁵, mas, sim, materializa a finitude e a historicidade da nossa *pré-compreensão*, até porque a intersubjetividade é condição de possibilidade da subjetividade¹⁶.

E para escapar do circuito fechado de nossas opiniões prévias é imprescindível a abertura à opinião do outro. O reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão é que permitirá a agudeza do problema hermenêutico¹⁷. Além disso, o projetar de novo é constante e, por efeito, capaz de (novamente) compreender e interpretar¹⁸.

A linguagem passa, assim, a ser constitutiva do ser ao abarcar a consciência *pré-hermenêutica* e todas as formas de consciência hermenêutica. E pela linguagem pragmática, portanto, que algo é desvelado¹⁹, isto é, aquela que avança sobre as fases anteriores da linguagem (sintática e semântica) para incluir a relação dos sinais com os sujeitos e com o uso²⁰. Luiz Alberto Warat explicita: “Acontece que o processo de significação das palavras depende não

14 *Ser e tempo*. 6. ed. Tradução revisada Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes/Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 304 e 307.

15 *Verdade e método II: complementos e índice*. 2. ed. Tradução Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes/Editora Universitária São Francisco, 2004, p. 77.

16 GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia e a justiça será*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, 130; HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. 2. ed. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 11-13.

17 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 11. ed. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes/Editora Universitária São Francisco, 2011, p. 357-358 e 360.

18 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. 2. ed. Tradução Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes/Editora Universitária São Francisco, 2004, p. 75.

19 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 11. ed. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes/Editora Universitária São Francisco, 2011, p. 16 e 497.

20 HERRERO, F. Javier. Ética do discurso. In: OLIVEIRA, Manfredo A. de (Org.). *Correntes fundamentais da ética contemporânea*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, 166. A guinada pragmática da linguagem ocorre em: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 6. ed. Tradução Marcos G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 2009.

só das relações internas dos signos de uma língua, mas de uma série de relações evocativas provenientes dos contextos de uso. [...]”²¹.

O reconhecimento da *pré-compreensão* afasta o mito da neutralidade da interpretação do Direito. Logo, haverá uma visão prévia sobre o sentido e o papel dos direitos humanos e fundamentais. O relevante é reconhecer esse *pré-conceito* e pô-lo em xeque em um plano de inter-relação dentro da linguagem pragmática. Aos defensores da manutenção da centralidade da razão, conseqüentemente, cabem avançar para interação das idiosincrasias.

Immanuel Kant, nesse caminho, talvez involuntário, constrói um sistema filosófico em que analisara as possibilidades da razão. Assim, a inicial indagação refere-se à possibilidade de conhecimento independentemente da experiência e das impressões de sentido. Em outro dizer, é possível o conhecimento *a priori* (razão pura) ou somente *a posteriori* (razão prática)²².

Kant reconhece a existência de conhecimentos adquiridos por conceitos que não podem ser fornecidos pela experiência, em virtude da sua transcendência ao mundo sensível. A forma pura das intuições sensíveis, em geral, encontra-se *a priori* no espírito, enquanto o conhecimento *a posteriori* é responsável pelo conhecimento decorrente da experiência, sendo que um depende do outro²³. Assim, revigorou a metafísica e, de certo modo, conciliou as correntes racionalistas e empiristas, ao reconhecer uma espécie de *razão pura-prática*.

Com a introdução da razão prática, diferentemente da razão pura que se ocupa da faculdade de conhecer, há preocupação com os

21 WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, v. I, p. 126.

22 *Crítica da razão pura*. Tradução J. Rodrigues de Menez. 9. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, [19-?], p. 21.

23 KANT, Immanuel. *Op. cit.*, p. 25 e 42-43.

fundamentos determinantes da vontade e, conseqüentemente, com a liberdade. A razão *prática-pura* é regida por uma lei fundamental segundo a qual a pessoa deverá agir de tal modo que a máxima da sua vontade possa valer como princípio universal constituidor de um imperativo categórico, isto é, um dever ser em que a razão é capaz de determinar a vontade. Essa lei universal é a lei moral *kantiana* calcada na autonomia da vontade²⁴.

Essa regra *kantiana*, da faculdade de julgar sob leis da razão *prática-pura*, é sintetizada em uma indagação volvida ao perguntante se considera moralmente boa determinada ação, caso ela se aplicasse a ele como parte²⁵. Desse modo, máximas seriam aceitáveis como leis universais *sob meu ponto de vista*²⁶.

Jürgen Habermas recupera, parcialmente, a filosofia de Kant por considerá-la, de certa maneira ambígua, pois, embora labore em uma epistemologia da consciência, somente desenvolver-se-á plenamente em uma estrutura intersubjetiva²⁷. A razão comunicativa proposta por Habermas, contudo, avança, sobre as concepções da razão pura e prática. Ela centra sua racionalidade no *médium* linguístico, formador de interações e maneiras de vida. Esquiva-se, porém, como fonte de normas de agir, por não ser imediatamente informativa. Sua normatividade cinge-se aos pressupostos participativos e, como fio condutor, permite a recuperação de discursos preparatórios da decisão²⁸.

24 KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 55-56, 69, 103, 107 e 111.

25 KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 239-240.

26 *A ética da discussão e a questão da verdade*. 2. ed. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 10.

27 *A ética da discussão e a questão da verdade*. 2. ed. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 13.

28 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 20-21 e 25.

O agir comunicativo apropria-se da linguagem como meio transmissor de informações com objetivo de integração social. As forças *ilocucionárias* das ações de fala assumem papel coordenador na ação. Atores, na condição de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações por processos de entendimento²⁹. Visões de mundo distintas são entrecruzadas.

Habermas almeja institucionalizar, pelo Direito, procedimentos comunicativos de criação e aplicação de normas jurídicas. Discursos morais, éticos, políticos, pragmáticos e jurídicos, portanto, formulados por argumentos, seriam tematizados e abertos ao debate³⁰.

As ideias de paradigma, temporalidade, tradição, hermenêutica, razão comunicativa, todas em torno de um pensamento pós-metafísico, da filosofia da linguagem, da imprescindibilidade da intersubjetividade e da legitimidade do Direito, embora oxigenadas por matrizes teóricas diversas, permitem, nessa proposta, relativa associação e parecem contribuir para desvelar *mitos* presentes no discurso dos direitos humanos e fundamentais e desenvolver um processo democratizante com a emancipação das pessoas.

Todos esses apontamentos serão recuperados no decorrer dos próximos capítulos, como fios condutores, em busca de encontrar o sentido dos direitos humanos e fundamentais como vetores de coesão entre estado de direito e democracia. Naturalmente, a proposta é laborar com o marco teórico *habermasiano*, sem, porém, abster-se, como antes alertado, de associativismos e aproximações.

29 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 36.

30 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 41.

2 APONTAMENTOS SOBRE OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO³¹

Os paradigmas, naturalmente, influenciam a maneira de enxergar o papel e o sentido do Direito. Nos estados de direito, liberal e social a função desempenhada pelos direitos humanos e fundamentais parece ser distinta da requerida no paradigma do estado democrático de direito que carrega anseio inadiável de democratização radical³².

A interpretação do direito tem como ponto de partida a ordem jurídica como um todo em contato com a *pré-compreensão* dominante na sociedade. Há, pois, uma teoria social, como pano de fundo, para tomada de decisões. O paradigma tem que ser o mais apropriado à complexidade inerente à alta modernidade³³.

Os paradigmas do estado liberal e do *welfarestate* apostaram, em demasia, na autonomia privada das pessoas, mediante direitos à liberdade ou à outorga de direitos sociais para assegurar pretensa igualdade. Ambos, porém, olvidaram-se da coesão interna entre as autonomias privada e pública³⁴. O primeiro modelo estatal

31 Alguns trechos e informações constantes deste capítulo foram extraídos de: FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Compromisso de ajustamento de conduta*. São Paulo: LTr, 2013; FONSECA, Bruno Gomes Borges da; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Acesso à justiça e ações pseudoindividuais: (i)legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim(Coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 37, n. 203, jan. 2012, p. 347-365; FONSECA, Bruno Gomes Borges da. Direitos humanos e fundamentais: pontos e contrapontos. In: SANTOS, Élisson Miessa; CORREIA, Henrique (Coord.). *Estudos aprofundados*: ministério público do trabalho. Salvador: jusPodivm. 2013 (prelo).

32 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade.2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 13.

33 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*:entre facticidade e validade.2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 123 e 129.

34 *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. Tradução George Sperber e Paulo Astor

apostou na ação individual, na liberdade e no mercado, enquanto o segundo na ação sistemática, na limitação da liberdade em busca da igualdade real e na atuação interventiva³⁵. Ambos defenderam arquétipo excludente, incomunicável e arranharam a relação de equiprimordialidade entre os tipos de autonomia, o que, sob outro viés, reflete a crise e a disputa de paradigmas concorrentes na criação e aplicação do Direito³⁶.

O paradigma do estado democrático de direito surge como caminho diferente, por sustentar mote inclusivo, ao sorver, em uma mesma proposta, as bandeiras liberais e sociais, que atuam como estratégias de ação. Em outro dizer, em um discurso mais tradicional, reconhece que a história dos direitos humanos e fundamentais traz em si os postulados da acumulação e da variabilidade³⁷.

A autolegislação parece ser um elemento característico desse novo paradigma. A vida associativa de parceiros do direito, livres e iguais, exige que as pessoas sejam enxergadas e ajam como coautoras e destinatárias das normas de comunidade jurídica organizadora de si³⁸.

Ao Direito, no paradigma democrático, cabe oportunizar e fomentar o surgimento de palcos públicos debatedores com propósito de permitir aos interessados a exposição de seus pontos de vista pela linguagem. É maneira de relativizar subjetivismos

Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 295.

35 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 136-138 e 142-143.

36 COURA, Alexandre. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (IN)constitucional: para uma análise crítica da "jurisprudência de valores"* à luz da teoria discursiva de Habermas. Mandamentos: Belo Horizonte, 2009, p. 31-32.

37 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 67-68.

38 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 129 e 187-188.

(e, também, pô-los à prova), autorreferências, discricionariedades, *decisionismos* e solipsismos típicos do positivismo jurídico e da filosofia da consciência³⁹.

A teorização, nesse ponto, rompe com as concepções metafísicas clássicas e a proposta *jusnaturalista*. Os direitos humanos e fundamentais não decorrem de uma essência ou de uma razão imutável. São, na realidade, produtos culturais⁴⁰, mas no sentido de serem criados (e recriados) e interpretados (reinterpretados) pelos atingidos por suas normas.

A interpretação constitucional, todavia, cingiu-se à *sociedade fechada* e limitada a órgãos estatais. As decisões, em qualquer esfera, devem ser construídas pluralisticamente em respeito à *sociedade aberta*⁴¹. Essa proposta traz ínsito ideal democrático e participativo e esse parece ser o caminho para criação e aplicação dos direitos humanos e fundamentais.

A democracia deliberativa proposta por Jürgen Habermas é do tipo procedimental. Sua análise perpassa pela política, teoria social e filosofia da linguagem. Pressupõe contextos de liberdade e igualdade institucionalizados pelo estado de direito para assegurar participação, inclusive das minorias. Esse papel é desempenhado pelos direitos humanos e fundamentais. O adjetivo *deliberativo* representa cenário argumentativo ao propiciar aos participantes possibilidades de aduzirem pontos favoráveis e repelirem alegações contrárias, bem como isonomia participativa com diminuição de

39 Em sentido próximo: STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 103.

40 FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 48 e 68-69.

41 Em sentido próximo: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 12-13.

desequilíbrios⁴².

A força normativa da Constituição é respeitada pela democracia deliberativa. Porém, sua implementação visa (re) construir a normatividade subjacente à noção de estado de direito como núcleo da ordem constitucional. Portanto, a Constituição é, concomitantemente, fonte primacial e limite ao intérprete⁴³.

O desacordo moral, aceitável e comum em sociedade pluralista, em vez de ceticismo, ao ser filtrado pela democracia deliberativa, desenvolve mecanismos de convivência e cooperação. Engaja-se na identificação de pontos compartilhados, possivelmente, objetos de consenso. O estado democrático assegura às pessoas o poder decisório, enquanto o de direito garante mecanismos de participação⁴⁴.

A democracia por deliberação propõe simbiose entre soberania popular e estado de direito com ênfase no momento dialógico de justificação antecedente das decisões⁴⁵. Surge, então, versão *procedimentalista* da democracia, consistente em institucionalizar discursos e negociações com auxílio de formas de comunicação. Daí emanaria a racionalidade dos resultados⁴⁶.

O *procedimentalismo* reconhece a supremacia da Constituição. Respeita, portanto, o código binário: constitucional e

42 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 126-129.

43 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da constituição, democracia e igualdade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. *Teoria da Constituição*: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 50.

44 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 66.

45 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 66-67.

46 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 25 e 27.

inconstitucional. Repudia, conseqüentemente, violações a direitos humanos e fundamentais e⁴⁷ respeita, portanto, o estado de direito.

O estado democrático de direito atuará, portanto, como pano de fundo interpretativo. No Brasil, essa conclusão é facilitada por uma visão dogmatizada extraída da Constituição, que, logo em seu primeiro dispositivo, reconheceu esse novo paradigma. Por corolário, a hermenêutica jurídica caberá avançar sobre interpretações retrospectivas e caminhar em busca desse modelo oxigenado pelo Direito e pela soberania popular.

3 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS COMO VETORES NA COESÃO INTERNA ENTRE ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA: A PROPOSTA HABERMASIANA⁴⁸

É comum estudar o estado de direito e a democracia de maneira separada, como pertencentes a disciplinas diversas, até porque há ordens jurídicas em que o poder político não foi domesticado pelo Direito, enquanto há estados de direito em que o poder governamental não foi democratizado. Segundo Habermas, entretanto, isso se abstém de significar que possa haver, do ponto de vista normativo, um estado de direito sem democracia. Há uma relação interna entre eles, resultante do sentido moderno da ciência jurídica⁴⁹.

47 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 157, 172 e 179.

48 Alguns trechos e informações constantes deste artigo foram extraídos de: FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Compromisso de ajustamento de conduta*. São Paulo: LTr, 2013.

49 *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber e Paulo AstorSoethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 285-286.

Há, portanto, uma relação conceitual ou interna entre a teoria do direito e da democracia, pois se exige do Direito uma pretensão de legitimidade decorrente de procedimento legislativo suficientemente democrático⁵⁰. Em Locke, Kant e Rousseau parece ser possível enxergar essa descrição.

O homem no estado da natureza, segundo John Locke, tem liberdade, igualdade e propriedade sobre as coisas. Porém, esse estado é incerto e arriscado. Assim, é constituído o governo civil, formado pelo consenso das pessoas, com a incumbência de preservar os direitos naturais de qualquer invasão externa e assegurar a execução das leis⁵¹. As pessoas, na concepção de Locke, alinham-se em torno do governo civil com objetivo de preservarem direitos. Dessa conformação, adviria a pretensão de legitimidade.

O Direito, na versão de Kant, tem como um de seus pilares a coerção, ao apresentar *normas obrigatórias*, que deverão ser observadas voluntariamente, sob pena de serem exigidas *forçosamente*. Esse lado prescritivo visa assegurar liberdade, pautada na ideia de autorregulamentação. A ciência jurídica apresenta essa dupla face (assecuratória do livre arbítrio e divulgadora da força⁵²), em uma proposta quase paradoxal.

Jean-Jacques Rousseau, por sua vez, ressalta o papel da legitimidade no reconhecimento do Direito. O pacto social obriga observância da vontade, contudo, no fundo faz com que cada um obedeça a si. A passagem do estado da natureza ao estado civil gera no homem acentuada mudança, “[...] substituindo em sua conduta

50 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 286-287.

51 *Segundo tratado sobre o governo*. Ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 14-15, 20-21 e 84.

52 *Doutrina do direito*. Tradução Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2005, p. 47.

a justiça ao instinto e dando às suas ações a moralidade que antes lhes faltava. Foi somente então que a voz do dever substituindo ao impulso físico [...]”.

Para Rousseau, pois, a legitimidade decorre da formação do contrato social, que assegurará liberdade às pessoas, que, mesmo fora do estado da natureza, obedecerão apenas a si⁵³.

O positivismo jurídico, o direito natural, a moral e, em geral, as ideias metafísicas, por outro lado, são insuficientes para legitimar o Direito. Habermas aposta em uma saída pela regulamentação normativa de interações entre pessoas em busca de entendimento⁵⁴.

Habermas reconhece a existência de tensão entre facticidade e validade do Direito. A validade social ou fática é medida pela sua aceitação na comunidade em que é aplicada a norma, diferentemente do quadro fático artificial decorrente de ameaças de sanções jurídicas. A legitimidade, por sua vez, é verificada pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa decorrente de processo legislativo racional⁵⁵ e adviria da relação entre facticidade, da sua imposição normativa pelo estado e do processo de normatização racional⁵⁶.

Ao Direito cumpre defender a autonomia de todos os envolvidos e atingidos. De um lado, a liberdade de ação individual (autonomia privada) e de outro a relação do cidadão com o estado (autonomia pública). Esses dois aspectos precisam ser mediados para que uma autonomia abstenha-se de prejudicar a outra. E desse ponto, comum e recíproco, o Direito deverá extrair e corroborar sua

53 *Do contrato social*. Princípios do direito político. Tradução Vicente Sabino Jr. São Paulo: Editora CD, 2001, p. 20, 29 e 37.

54 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 46; *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 289.

55 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 47 e 50.

56 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Op. cit.*, p. 140.

legitimidade⁵⁷.

Haveria, em outro dizer, uma mediação entre o princípio da soberania popular e os direitos humanos e fundamentais. Aquele materializado nos direitos à participação e à comunicação, asseguradores de autonomia pública, enquanto estes pautados nos direitos clássicos garantidores de autonomia privada aos membros da sociedade civil⁵⁸. Os direitos humanos e fundamentais e a soberania popular, portanto, determinam a autocompreensão normativa do paradigma do estado democrático de direito⁵⁹.

A força do Direito, portanto, adviria da aliança entre positividade e a pretensão de legitimidade. É a tensão ideal entre validade e facticidade. Uma relação entre coerção do Direito e a ideia de autolegislação decorrente da autonomia dos cidadãos associados, que resgatam a pretensão de algo legítimo das regras, racionalmente aceitáveis⁶⁰.

O Direito, como mecanismo de integração social, tem a coerção como algo imanente. As pessoas, como membros associados livres e iguais, são destinatárias de regras e, igualmente, posicionam-se como autoras. A pretensão de legitimidade, portanto, é recuperada do Direito. Ela, em outro dizer, decorreria da legalidade e esta se apoiaria naquela em um sistema de mão dupla, reciprocamente oxigenado⁶¹.

O sistema jurídico, todavia, deixa de ser autorreferencial,

57 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 289-290.

58 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 290-291.

59 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 128.

60 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 60-61 e 132.

61 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 146.

circular, fechado, por depender de validade social, ou seja, aceitação fática do Direito, bem como pelo fato de está sujeito à resgatabilidade discursiva da pretensão de validade normativa, propiciante do seu revigoramento e permanente mudança. A liberdade comunicativa, assegurada por direitos garantidores das autonomias privada e pública, proporcionaria resultados legítimos⁶².

A posição de Habermas difere, totalmente, da concepção do positivismo jurídico que valoriza a validade formal e trabalha à luz da filosofia analítica ao esquecer-se da tensão entre ideal e real, validade e facticidade ou constitucionalismo e democracia. Hans Kelsen, por exemplo, reparte os planos do ser e do dever ser e sustenta a existência de uma norma fundamental fictícia justificante de todo o ordenamento jurídico⁶³. Hart, por seu turno, defende a existência de uma *norma* de reconhecimento como fundamento de validade do Direito⁶⁴. Ambos omitem-se quanto ao papel da soberania popular e da ideia de autolegislação decorrentes da autonomia pública.

A fonte de legitimidade do Direito estaria, conseqüentemente, no processo democrático de legiferação, manifestado pelo princípio da soberania popular. Há formação discursiva da opinião e da vontade pelo uso da linguagem para alcançar convicções nas quais as pessoas possam concordar entre si, sem coerção. A legitimidade do Direito, portanto, apoiar-se-ia em arranjo comunicativo sucedido de assentimento de todos os possíveis atingidos⁶⁵. Nesse ponto, é explicitado o papel de imprescindibilidade da teoria do discurso

62 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 168.

63 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 217-228.

64 HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.129-150.

65 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 122 e 138.

na formação desse processo democrático, pois oportunizará o pluralismo social e o compartilhamento de visões de mundo⁶⁶.

A ideia de Habermas é institucionalizar, pelo Direito, procedimentos comunicativos de criação e aplicação de normas jurídicas. Argumentos seriam tematizados e abertos ao debate. Haveria atendimento ao regime democrático e à soberania popular, em sua dimensão procedimental, por admitir sejam os cidadãos, concomitantemente, coautores e destinatários de normas jurídicas, com adoção de processo inclusivo em uma relação de complementariedade entre autonomias pública e privada⁶⁷.

A discursividade oxigenaria esse modelo procedimental. Segundo a teoria discursiva “[...] São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”⁶⁸. A teorização do Direito, estribada no discurso, enxerga o paradigma do estado democrático de direito como a institucionalização de processos e pressupostos de comunicação imprescindíveis à formação da opinião e da vontade. Esse exercício dar-se pela autonomia e seu resultado é a possibilidade de ordem jurídica legítima⁶⁹. O princípio do discurso assume, pela via da institucionalização jurídica, a figura de um princípio da democracia, portanto⁷⁰.

O discurso racional é toda tentativa sobre pretensões de validade problemáticas realizada sob condições de comunicação,

66 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 291-292.

67 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 41.

68 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 142.

69 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 181.

70 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 158.

permissivas de movimento livre de temas, contribuições, informações e argumentos *ilocucionários* no interior de um espaço público. Atingidos são todos aqueles cujos interesses serão afetados pela regulamentação⁷¹.

Pela teoria discursiva a sociedade decorre de esfera propiciante de espaços públicos para discussão e levantamento de temas. O estado, como centro da esfera pública política, encarregasse de tomar decisões ao transformar o poder comunicativo em poder administrativo⁷².

O princípio do discurso permite adoção de ideia universal, segundo a qual toda norma válida tem que preencher a condição de que as consequências previsivelmente resultantes de sua observância possam ser aceitas sem coação por todos os concernidos⁷³.

Os direitos que os cidadãos seriam compelidos a atribuir reciprocamente para regular legitimamente a convivência com os meios postos pela regra positivada são aprovados pelo princípio do discurso⁷⁴. Haveria institucionalização de direitos, que, por sua vez, assegurariam processos comunicativos pelos juízos de criação (e recriação) e aplicação das normas jurídicas.

Os direitos humanos e fundamentais expostos por Habermas e filtrados pelo princípio do discurso apresentar-se-iam como regras do jogo democrático e assegurariam o agir comunicativo. Garantiriam liberdade e igualdade de participação na formação de normas jurídicas. Permitiriam, também, mudanças por nova deliberação e à

71 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 142.

72 REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 24-31.

73 HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução Márcio Seligmann-Silva. 2. ed. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 147.

74 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 158-159.

luz de novéis argumentos. Tudo dentro de procedimento discursivo, institucionalizado, inclusivo e participativo: autonomias privada de um lado e pública de outro.

Esse complexo apanhado teórico de Habermas oportuniza retomar ao problema desta pesquisa. Temos pistas e pressupostos suficientes para tentar respondê-lo e apontar em qual sentido os direitos humanos e fundamentais funcionam como vetores de coesão interna entre estado de direito e democracia.

Segundo Habermas, os cidadãos, no processo legislativo, somente poderão agir como sujeitos do direito, quando a ideia democrática de autolegislação torna-se indisponível à livre escolha e tem validade em *si mesma* no *médium* do Direito⁷⁵.

Os direitos humanos e fundamentais, por efeito, atuariam como vetores de coesão interna entre estado de direito e democracia, por, inicialmente, cumprirem com a exigência de institucionalização jurídica do uso público das liberdades comunicativas. Em razão deles, estaria assegurada a soberania popular (autonomia pública). Por outro lado, também atenderiam ao teste de unidade lógica ao garantirem autonomia privada às pessoas, portadores de direitos e integrantes de uma associação voluntária de parceiros livres e iguais. Sem esse reconhecimento, o uso das liberdades públicas estaria comprometido⁷⁶.

A coesão é interna, pois o Direito adviria da deliberação dos destinatários das normas em um procedimento democrático⁷⁷ e, portanto, abster-se-ia de ser imposto como uma restrição externa,

75 *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 293.

76 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 292-294.

77 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 291; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Teoria da constituição*. Belo Horizonte: Initia Via Editora, 2012, p. 67.

tais como, ilustrativamente, o reconhecimento de direitos naturais ou limitações místicas.

Essas autonomias (privada e pública), na visão de Habermas, deverão se pressupor mutuamente, pois uma é dependente da outra⁷⁸. Assim, os direitos humanos e fundamentais não terão primado sobre a soberania popular, nem esta terá precedência sobre aqueles. São coprincípios originários, portanto. Os paradigmas dos estados liberal e social, diferentemente do democrático, respectivamente, valorizaram, em demasia, por ações distintas, a autonomia privada, o que encobriu o papel de coesão interna dos direitos humanos e fundamentais⁷⁹ ao desequilibrar a relação de equiprimordialidade entre essa autonomia e a pública.

Os paradigmas dos estados liberal e social, em outro dizer, mas, ainda, com Habermas, olvidaram-se do nexos interno que existe entre as autonomias privada e pública e, com isso, desprezaram o sentido democrático de auto-organização de uma comunidade jurídica com pretensão de liberdade e igualdade⁸⁰.

Ademais, nos paradigmas dos estados liberal e social as pessoas, formadoras de uma comunidade jurídica, apenas são enxergadas como destinatárias das normas jurídicas. A autonomia, baseada no auto-entendimento, e entendida como pessoas autoras do direito, é relegada, o que, por corolário, também compromete a ideia de legitimidade do Direito⁸¹.

O paradigma do estado democrático de direito, como dito,

78 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 146.

79 *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 295.

80 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 146.

81 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 146.

ao sorver as bandeiras dos estados liberal e social, visa estabelecer esse nexos de mutualidade entre as autonomias privada e pública e, para tanto, utiliza-se do Direito para institucionalizar mecanismos de equilíbrio entre os direitos da liberdade e igualdade e os processos participativos e comunicacionais. Nesse contexto, em última análise, as pessoas serão coautoras e destinatárias das normas jurídicas.

O Direito, assim, atuaria como uma ponte entre estado de direito e democracia. Concomitantemente, asseguraria autonomia privada das pessoas, pois, sem ela, inexisteriam condições ideais para deliberação e, por outro lado, institucionalizaria canais de participação e integração para admitir às pessoas no papel de autoras e destinatárias das normas jurídicas (autonomia pública).

Habermas, assim como autores como Kant, Hegel e Marx, laborou com uma ideia sistematizante, de totalidade. Sua obra colheu e analisou elementos de diversas ciências. Essa proposta, digna de grandes autores, entretantes, abre inúmeros flancos para críticas. De forma ensaísta, avaliar-se-ão três delas, talvez, as mais condizentes com o tema deste trabalho.

Em países de modernidade tardia, como o Brasil, a proposta *habermasiana* encontra resistência de conceituado setor teórico. Nesse sentido, indaga-se, por exemplo, se seria viável inserir em processo participativo pessoas que estão abaixo da linha da pobreza, sem educação, sem trabalho, sem alimentação, enfim, sem condições mínimas de vida boa⁸².

A inserção dos excluídos em processo discursivo é um grande desafio e o objetivo das propostas emancipatórias, tal qual a defendida por Habermas. Entretanto, nesse contexto precário, o

82 Essa é uma das críticas encontradas em: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 17-36.

sistema representacional, ainda, é necessário e deve ser enxergado como proposta provisória. Por outro lado, as políticas assistencialistas devem ser planejadas, ter início, meio e fim e serem constantemente avaliadas, sob pena de poderem estruturar-se como medidas de manutenção da hipossuficiência combatida e continuísmo no poder⁸³.

A proteção coletiva, porém, deve evitar apenas aliviar o indivíduo pela representação ou contentar-se com um fatalismo em torno do sistema de democracia representativa; imprescindível, progressivamente, engajá-lo na articulação de seus interesses, em prol de sua autonomia⁸⁴. Deve-se repelir a criação de macrossujeitos, detentores de uma moral prevalecente e, ao mesmo tempo, pela educação, qualificar as pessoas a argumentarem seus pontos de vista⁸⁵.

Esses argumentos, antecipando-se a precipitações, estão longe de significar a supressão de direitos sociais. A Constituição consubstancia o resultado de uma deliberação de pessoas livremente associadas. O poder constituinte estabeleceu um rol desses direitos (Capítulo II do Título II da CF/1988) e os protegeu, inclusive, contra emendas constitucionais abolitivas (CF/1988, art. 60, §4º, IV). Esse ponto de partida é um dado a ser observado, com a ressalva de que o enunciado normativo é inconfundível com a norma. Esta decorre daquele; é o seu significado, após processo interpretativo⁸⁶.

A pretensão de universalidade dos direitos humanos e fundamentais defendida por Habermas é alvo de críticas. Nesse caso,

83 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Op. cit.*, p. 89.

84 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 149 e 156.

85 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 185.

86 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53 e 54.

propostas com respostas aparentemente similares, mas adotantes de premissas teóricas distintas, apresentam-se.

Luigi Ferrajoli, por exemplo, sustenta uma definição formal de direitos humanos e fundamentais no sentido de que são todos os direitos subjetivos referentes a todos os seres humanos⁸⁷. Habermas aposta no manejo desses direitos como mecanismo de coesão entre democracia e estado de direito, pois, em sua versão universalista, garantiriam participação, livre e igual, no debate em torno da respectiva criação e aplicação do Direito em um processo de retroalimentação.

Habermas, portanto, não trabalha com dados *a priori*, com conteúdo predefinido e imodificável, mas, sim, com um discurso reconhecido como legítimo em prol da defesa da dignidade da pessoa humana. Conseqüentemente, esses direitos humanos e fundamentais atuariam na coesão interna entre democracia e estado de direito por permitir um plano ideal de fala e de audição em que os interessados, como autores e destinatários, possam deliberar sobre seus destinos em respeito há equi-primordialidade entre autonomias pública (soberania popular) e privada (liberdade e igualdade)⁸⁸.

Essa concepção universalista de direitos humanos e fundamentais, por mais paradoxal que possa transparecer, compatibiliza-se com o relativismo cultural e com a proteção de minorias eventualmente oprimidas pelas maiorias ocasionais. Cabe, porém, proporcionar à participação dos interessados, em um plano de liberdade e igualdade, com objetivo de defenderem suas visões

87 *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução Alexandre Salim *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 9.

88 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 290-292; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 138; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Op. cit.*, p. 91.

de mundo, suas autorreferências, por argumentos sustentáveis em busca de uma suposta aceitabilidade racional dos resultados. Procedimentos e razões, forma e conteúdo estão de tal modo imbricados⁸⁹.

Ferrajoli sustenta, ademais, uma teoria dos bens fundamentais. Inicialmente, aduz que na tradição do constitucionalismo democrático os interesses vitais das pessoas têm sido estipulados sob a forma de direitos fundamentais. Propõe, assim, uma redefinição do conceito de bens no sentido de incluir os *bens fundamentais*, cuja acessibilidade é garantida a todos e por isso são subtraídos à lógica do mercado⁹⁰. Essa proposta atrita-se com a concepção *habermasiana*.

O paradigma do estado social reduziu o ideal de justiça à definição de justiça distributiva e esqueceu à promessa de emancipação e de dignidade da pessoa humana. Os direitos não são bens para serem consumidos coletivamente, pois, para gozá-los, temos que exercitá-los⁹¹. Assim, na visão democrática de Habermas, inexistiria espaço para uma teoria dos bens fundamentais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho, pautado no marco teórico *habermasiano*, sem prejuízo da proposta associativa de teorizações em torno da filosofia da linguagem, da intersubjetividade, de uma teoria jurídica que se pretende democrática e do movimento filosófico pós-metafísico, analisou em qual sentido os direitos humanos e fundamentais

89 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 332.

90 *Op. cit.*, p. 49-50 e 54.

91 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 159.

funcionariam na coesão interna entre democracia e estado de direito.

O paradigma do estado de direito, segundo Habermas, absorve as estratégias dos estados liberal e social e passa a laborar em uma relação de equiprimordialidade entre autonomias privada e pública. Os direitos humanos e fundamentais, concomitantemente, asseguram a autodeterminação das pessoas e seus projetos pessoais de vida, bem como a instituição de processos comunicativos e participativos na criação e aplicação do Direito em uma associação de parceiros livres e iguais. A coesão interna estaria assegurada nesse liame mediado pelo Direito e não por fatores externos.

Em forma ensaísta, anunciou-se um contraponto, especificamente com relação à alegação da fragilidade da teorização de Habermas em países de modernidade tardia, como o Brasil, e a inadequação da sustentação de universalidade dos direitos humanos e fundamentais e sua vinculação a um sistema de bens.

Naturalmente, há muitas críticas a proposta *habermasiana*. Algumas fortes, outras mais superficiais. É sempre relevante a exposição de seus pontos de vistas, a partir de novas leituras, bem como a continuidade dessa interlocução. Em síntese, foi essa a proposta deste estudo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelik. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*. Pós-graduação da faculdade de direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Mandamentos: Belo Horizonte, v. 3, maio 1993, p. 473-486.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COURA, Alexandre. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (IN) constitucional*: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas. Mandamentos: Belo Horizonte, 2009.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução Alexandre Salim *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Compromisso de ajustamento de conduta*. São Paulo: LTr, 2013.

_____. Direitos humanos e fundamentais: pontos e contrapontos. *In*: SANTOS, Élisson Miessa; CORREIA, Henrique (Coord.). *Estudos aprofundados*: ministério público do trabalho. Salvador: Editora jusPodivm. 2013 (prelo).

_____; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Acesso à justiça e ações pseudoindividuais: (i)legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Revista de*

Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 37, n. 203, jan. 2012, p. 347-365.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 11. ed. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes/Editora Universitária São Francisco, 2011.

_____. *Verdade e método II: complementos e índice*. 2. ed. Tradução Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes/Editora Universitária São Francisco, 2004.

GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia e a justiça será*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I.

_____. _____. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II.

_____. *A ética da discussão e a questão da verdade*. 2. ed. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Pensamento pós-metafísico*. Estudos filosóficos. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução Márcio Seligmann-Silva. 2. ed. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução Gilmar Ferreira

Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 6. ed. Tradução revisada Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes/Editora Universitária São Francisco, 2012.

HERRERO, F. Javier. Ética do discurso. In: OLIVEIRA, Manfredo A. de (Org.). *Correntes fundamentais da ética contemporânea*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, 163-192.

HOBSBAWN, Eric. Introdução: a invenção das tradições. In: HOBSBAWN, Eric; RANGER, Terence (Org.). *A invenção das tradições*. Tradução Celina Cardim Cavalcante. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

KANT, Emmanuel [sic]. *Crítica da razão pura*. Tradução J. Rodrigues de Mereje. 9. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, [19- -?].

_____. *Doutrina do direito*. Tradução Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2005.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Teoria da constituição*. Belo Horizonte: Initia Via Editora, 2012.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Princípios do direito político. Tradução Vicente Sabino Jr. São Paulo: Editora CD, 2001.

SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo*. Tradução João Batista Kreuch. Petrópolis: Vozes, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Teoria da constituição, democracia e igualdade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et al. Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

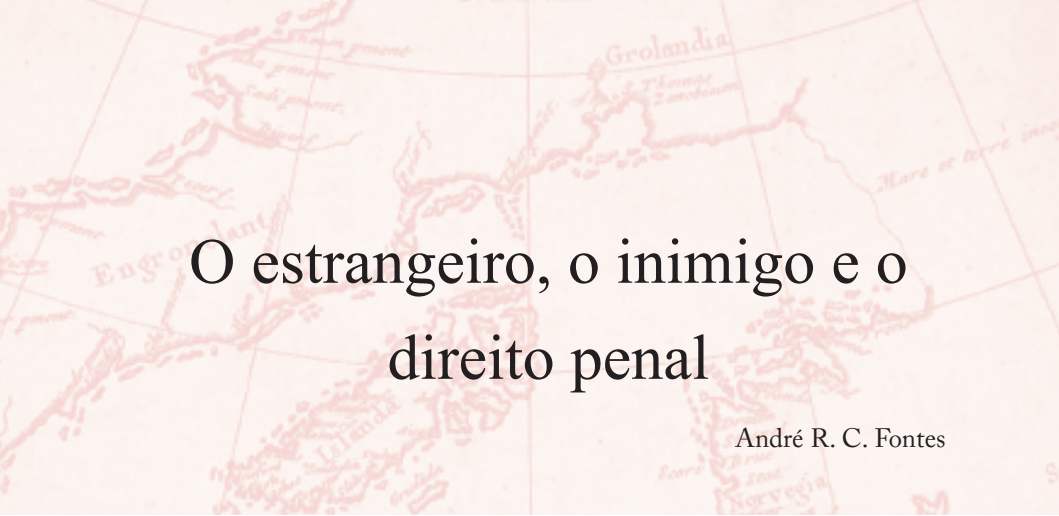
STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, v. I.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Tradução Vinícius Eduardo Alves. São Paulo: Centauro, 2008.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 6. ed.
Tradução Marcos G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 2009.



O estrangeiro, o inimigo e o direito penal

André R. C. Fontes

O curso do desenvolvimento das relações entre os povos seguiu longos caminhos. A peculiaridade de cada etapa pode ser medida de várias maneiras. Uma delas, certamente, seria pela recepção dos estrangeiros, nos respectivos territórios nacionais.

Influenciados pela ideia de grupo e, amiúde, pelo não reconhecimento de outros, como um de seus pares, as desavenças marcaram a história humana. Primeiro entre nômades, depois entre nômades e sedentários, e depois entre os sedentários. Noutra perspectiva, entre os sedentários agricultores e pastores – afinal o pasto organizado dos cultivadores seria o ambiente perfeito para os rebanhos. O certo é que as guerras eram plenamente reconhecidas e, nos mais variados períodos, não se conseguiu estabelecer qualquer diferença entre guerreiros e população civil.

Nas transformações dos acontecimentos, os estrangeiros foram passados, inicialmente, pelo fio das lanças e espadas dos soldados, para, em algum momento, tornarem-se prisioneiros convertidos em escravos. Entre um período e outro, um longo tempo correu, e igualmente um substancial aporte humanista, em favor da vida, justificou a utilidade da mão de obra dos vencidos, sob o argumento de que a morte não poderia ser o único objetivo da guerra.

Por detrás das novas ideias, aqueles que eram marcados pelos saques e violações, e que tinham muitos dos feridos, enfermos e incapazes abandonados à sua própria sorte, eram subjugados e integrados, na economia da época, ao que chamamos hoje de despojos de guerra.

O passo do homem às regras da civilidade ainda segue com sobressaltos, mas, ao emergirem as formas de reconhecimento da intangibilidade da pessoa humana, seja pelas leis dos Estados, seja pelas práticas internacionais, descobre-se, de um modo evidente, em todos nós, o sentimento de que o ser humano é o centro da racionalidade. É o que torna a liberdade, a integridade física e a dignidade da pessoa humana verdadeiros marcos, para os quais concentra-se o enorme complexo de todo o conjunto de categorias e conceitos da atualidade.

Ao estender-se o conhecimento dos direitos do homem à ética e ao direito dos Estados, as sociedades cercam-se de leis mais gerais para atender ao desenvolvimento da personalidade do homem e de sua capacidade mínima de comer, beber, vestir-se e habitar, e depois fazer política, ciência, arte, religião e todas as formas particulares de melhor atender às suas necessidades, sem que essas premissas se circunscrevam ao seu aspecto estritamente individual.

Numerosas são as escolas de pensamento, concepções e tendências para prover o homem dos meios necessários à sua sobrevivência. Os fatores sócio-econômicos serão determinantes para definirmos muitas ou todas essas questões. A linha fundamental que domina os movimentos de instinto e de solidariedade vai do direito à justiça, ou da ética à humanidade.

O tempo das garantias da inviolabilidade do homem, dos conceitos jurídicos que as acompanham e dos regimes legais que impõem a sua proteção inclui concepções que estão submetidas à

ideia de que aos Estados se impõe a exigência de tutela pelo direito. E uma das formas de atuação protetora da pessoa humana é o Direito Penal.

A ideia do Direito Penal como instrumento de conciliação dos interesses na sociedade antagônica não é nova, e nunca deixou de ser praticada. O Direito Penal concentra no seu campo de proteção aquilo que é mais caro à sociedade, seus interesses mais sensíveis, seus bens mais expressivos.

Desde os primeiros momentos da fase mais intensa e atual da globalização, afloraram certos conflitos culturais que se manifestam de maneira mais clara e direta na forma de racismo e xenofobia. A integração do estrangeiro aos países de destino resulta em embates, de um lado por numerosos problemas de convivência, mas, por outro, resultam da origem, etnia, condição física ou mental ou mesmo da fé professada.

Nas condições do fenômeno da globalização e da expansão multiculturalista, a afluência de imigrantes estrangeiros inicia uma nova versão de hostilidade, a que indagamos se não seria num retorno aos tempos da relação de inimigo.

A raiz de uma ação do Estado, fundada na condição de estrangeiro, marcado por características que venham a identificar com um grupo, de torná-lo pessoa perigosa, alguém que, presumidamente, se afasta da forma permanente de agir em consonância com o direito, ou mesmo que se comportará certamente de modo fiel à vida em sociedade é uma questão central e particularmente sensível aos povos modernos.

Encontramos na literatura especializada uma espécie de certidão de batismo de todos os acontecimentos relacionados ao chamado Direito Penal do inimigo: o ataque às torres gêmeas, em

Nova Iorque, no dia 11 de setembro de 2001. Se se configuram como manifestações de Direito Penal do inimigo uma reação prévia àquele indivíduo que não pode ver-se admitido no estado de cidadania, o marco histórico de sua aplicação se vê há muito manifestado. Seriam exemplos a morte de uigures pela República Popular da China, de adeptos da seita Baha'i na República islâmica do Irã, em regimes autoritários, e mesmo por democracias reconhecidas, como os Estados Unidos da América no assassinato preventivo de muçulmanos, e de palestinos pelo Estado de Israel.

Parte considerável dos autores estabelece critérios já bem definidos do que poderiam ser as características do Direito Penal do inimigo e, dentre as mais importantes, encontramos a ideia de que a punição não seria um *posterius* do crime, mas uma atitude preventiva, uma medida de segurança. O agente não é punido de acordo com a culpabilidade, mas, sim, devido a sua periculosidade. É que toda medida contra um inimigo é sempre preventiva, dirigida ao perigo futuro, *in potentia*, e não como *actum*. Essa prospectiva visionária talvez seja a mais marcante das características, porque ao combater o perigo, adianta-se ao que seria uma reação certa aos indiscutíveis crimes que serão praticados, e que justificam uma pronta reação, porque é o que se espera do sujeito perigoso que exteriorizará o fato punível, e que, portanto, exige uma intensa e desproporcional atitude do Estado, uma atitude preventiva, tal como se faz com o inimigo, porque de inimigo se trata!

Esses indivíduos representam um perigo para o Estado, porque certamente agirão *in actu* em algum tempo, mesmo que não tenham ainda delinquido. Espera-se que o agente aja, porque dele nenhuma garantia haverá de que outro comportamento se espera. Dessa forma, deve-se tomar a guerra como paradigma, de modo que

o agente, como um inimigo, jamais se conduzirá como pessoa que atua com fé e boa-fé, mas, sim, será fonte de perigo, a fonte de perigo suprema e que se deve evitar.

Ao examinarmos criticamente as premissas do Direito Penal do inimigo não encontramos nenhuma novidade se considerarmos a experiência autoritária em nosso país. A busca de uma legitimação política para atos violentos, a agressão, tortura e outros abusos como forma de combater o terrorismo justificou a famigerada *doutrina da segurança nacional*, que a ditadura militar utilizou como fonte de todos os atentados contra o povo brasileiro, é o melhor exemplo.

O traço característico dado a todo aquele que era contrário ao governo que os militares conspiradores criaram com o golpe militar de 1964 era o de inimigo do Estado. E eram chamados de subversivos, comunistas, vermelhos, e terroristas, dentre outros, porque se recusavam a se submeter ao governo constituído. Eram nomes ou termos que os enquadrava de forma genérica e indistintamente na qualidade de “marxistas”, como, aliás, ocorreu com Rafael Trujillo, na República Dominicana, com grupos de defesa de direitos humanos (são exemplo *As mariposas*), como também na Argentina, no Uruguai, no Chile, no Paraguai, na Nicarágua, e como o fez, igualmente, Adolf Hitler ao identificar o marxismo com toda forma de subversão e, para isso, valer-se de associações religiosas ou fraternidades, como, por exemplo, o judaísmo e a maçonaria. Os países comunistas, por sua vez, justificam as suas agressões como reação aos agentes do capitalismo. Pois bem, o tratamento dispensado a todo dissidente da ditadura militar brasileira era o de agente subversivo, similar ao que hoje lemos ser classificado pelos EUA de *combatentes inimigos*, daí mencionarmos a experiência nacional dessa forma de atuação do Estado.

A esses que discordavam da ditadura militar atribuía-se a condição de *inimigos internos*, aos quais deveriam ser submetidos a um regime de guerra, de guerra interna, porque sua condição de terroristas os qualificava como destinatários de uma estratégia de guerra. Não obstante agirem em segredo, em quartos de tortura, ignorado pela opinião pública e veementemente negado pelo governo e pelos políticos a ele ligados, os inimigos do Estado eram retirados das suas casas, do seu trabalho, das ruas e de outros locais em que viviam e submetidos às diretivas que os manuais de tortura, dentre os quais disseminados pela Agência Central de inteligência, dos EUA, que divulgados internamente, e mais tarde aos países vizinhos do Brasil, que também sofreram golpes militares. Em todos eles, o tratamento dessas pessoas como inimigos redundou em qualificá-los como não-pessoas, tal como hoje impõe o Direito Penal do inimigo.

Nas condições em que empregavam suas ações ignominiosas e violentas, não hesitavam em escolher suas vítimas, sem muita informação ou critério. São conhecidos os casos de pessoas mortas por engano, ou porque supostamente sabiam onde se encontravam aqueles que eram perseguidos pelas forças de segurança. Ainda hoje, as dificuldades de identificação do local de destino ou mesmo do próprio cadáver constituem a tônica desses acontecimentos. Sempre que questionados a respeito do uso indevido das Forças Armadas contra um nacional durante a ditadura, o argumento é de que estavam todos militarmente unidos contra o governo constituído. E nenhum parlamentar ou mesmo o Presidente da República, o Comandante-chefe das Forças Armadas do Brasil, após a Constituição de 1988, eleito democraticamente, conseguiu reverter esse estado de coisas.

Cumprе assinalar que essa oposição do bem e do mal que justifica as ações violentas do Estado são simplificações da figura

do inimigo, e que segue o que chamaríamos de modelo de oposição amigo-inimigo concebido pelo jurista, politólogo e filósofo alemão Carl Schmitt, que associava o raciocínio de guerra (amigo-inimigo) ao seu modelo político, tanto nas relações internacionais, como nas relações internas.

Deve-se ter em conta que, no presente, em nome da emergência, da dissolução do Estado de Direito, do medo que assola a população, a fórmula do tratamento criminal como inimigo seja acompanhada da privação das garantias constitucionais dos réus ou da negação das convenções de guerra, como a de Genebra. A despeito de sua manifesta inconstitucionalidade, por violar os princípios jurídicos norteadores da ação do Estado, que deve obediência às leis e à Constituição, a fórmula do Direito Penal do inimigo insere no Direito Penal figuras estranhas ao seu aperfeiçoamento, e vias que se afastam de sua essência interna e do conhecimento das suas multifacetárias propriedades e relações. A decisão complexa e difícil de identificar quem é o inimigo é uma dessas perplexidades.

O regime do Direito Penal do inimigo se vale de instrumentos mais próximos ao Direito Penal tradicionalmente reconhecido, denominado, por contraposição, de Direito Penal do cidadão, e que atua por meio de formas mais razoáveis e proporcionais, que não aparentam estar associadas à figura do Direito Penal do inimigo. São algumas delas, por exemplo, a descrição vaga dos crimes e uma flexibilização do agravamento das penas, a criminalização de condutas sem um interesse ou bem jurídico definido, a redução dos direitos dos acusados e das suas garantias processuais, bem como o abuso da tutela penal cautelar.

Ao nos referimos à redução dos direitos dos acusados e às suas garantias, são-lhe inerentes todas as formas que o Estado

empregue para impedir que o sujeito pratique crimes fora do cárcere, e estar fora do cárcere é algo que não deve ocorrer. E enquanto estiver preso, ou eliminado, haverá a prevenção dos delitos que ele poderia praticar. É dessa forma que o perigo será eliminado, pelo maior tempo possível.

O dinamismo de nosso tempo carece de precedentes na história da humanidade. E a torrente de movimentação do homem não encontra paralelo na civilização. A grandiosa transformação ocorrida em todas as esferas da vida humana, as mudanças incessantes do mapa político do mundo, fazem com que as forças sociais alterem-se extraordinária e profundamente. E as relações entre povos e pessoas chocam-se pelas mais diversas e contraditórias opiniões. Os problemas gerados por essas relações atingem particulares significados. Para se fazer uma apreciação correta e exata de todas essas considerações, e dar uma resposta a todos os complexos problemas na luta entre as diferentes pessoas, é que surge um rótulo político, ou uma instituição jurídica sensacionalista: o Direito Penal do inimigo.

A oposição manifesta e atual de vínculos multiformes e complexos que entrelaçam ideais e teorias faz com que, a essência do denominado Direito Penal do inimigo seja voltado às minorias. A despeito de vivermos num ambiente de diversidade cultural, com a afirmação das chamadas identidades coletivas, do ponto de vista penal pode-se suscitar uma única questão: a da vulnerabilidade de certas formas de identidade humana.

A complexidade das relações sociais modernas tem nos levado a concluir que um direito geral à tolerância entre os povos e culturas seria a *prima ratio* da convivência e da civilidade. Prescrições jurídicas que culminem na reação à cultura e à religião de

cada indivíduo são categorias no Direito Penal do inimigo inerentes à culpabilidade, de forma a alcançar todo aquele culturalmente estranho a certa convivência.

Uma afirmação em torno da culpabilidade é aqui feita como juízo de reprovação pessoal e individual na fórmula de um dado ordenamento jurídico contra o autor de um fato típico e ilícito. Um caráter formal, que certamente pouco nos explicará acerca dos fundamentos e das condições do juízo de reprovação.

A substituição de penas privativas de liberdade por medidas de segurança de expulsão, a proibição de entrada no território nacional ou medidas de internação constituem outras formas de atuação, estabelecidas no Estado como maneira de desencadear um poder punitivo dominante, voltado a proteger a sociedade daquele que seria o inimigo herético e incontrolável. E a única maneira aceitável num Estado democrático de Direito, de um Estado que se conduz por leis, agir contra aqueles que não são reconhecidos como cidadãos, que não vivem em regime de civilidade, é aplicar-lhes um Direito Penal diferenciado, o do inimigo.

O estrangeiro talvez seja o mais característico alvo nas democracias ocidentais desse pretensão Direito Penal, que nega e contradiz toda a evolução do pensamento repressivo. É que, uma vez radicado nesses países, agrupam-se e formam-se as conhecidas minorias, não obstante protegidas e integradas formalmente como nacionais e cidadãos. A essência do Direito Penal do inimigo nas sociedades ocidentais é o estrangeiro, especialmente aquele que, por fatores sócio-culturais ou étnico-religiosos, venham a ser considerados, grosseira e caricaturalmente, estranhos ao grupo. O uso de chapéu, solidéu, túnicas ou véu são bons exemplos disso.

Dada a heterogeneidade marcante nos países ocidentais,

encontramos neles mesmos, entre seus nacionais, figuras tradicionalmente sujeitas a um Direito Penal voltado para aniquilar o inimigo. Entretanto, nas democracias, as lutas internas entre minorias e governos converteram-se em novas formas de movimentos de transformação social, e a maneira como resolvem suas questões tornou-se cada vez mais política e civilizada. É o caso das leis raciais nos EUA, das leis contra a população aborígine da Austrália e das questões indígenas no Brasil.

Os principais campos de incidência do Direito Penal do inimigo seriam, em princípio, os países autoritários. Todavia, o papel do Direito Penal nesses países é secundário, transferindo-se das leis para as autoridades, geralmente no comando das forças de segurança, os mesmos objetivos de exclusão e eliminação dos inimigos do Estado a que se propõe o Direito Penal do inimigo. São exemplos o Sudão, a Somália e o Zimbábue.

São os países desenvolvidos os que aumentam o rol dos usuários do Direito Penal do inimigo, nas suas mais variadas formas. O acréscimo das excentricidades deriva da criatividade justamente de povos cultos e amadurecidos. A supremacia interna do poder do Estado, e a vitória das formas coercitivas sobre grupos de dissidentes e minorias constituem fórmulas que, se algum dia representaram uma expressão arcaica ou embrionária do Direito Penal do inimigo no território do país, hoje constituem a maneira suprema de agressão contra os grupos de fora. Nos EUA, a vitória nas “guerras” contra os povos indígenas e no Brasil a “guerra” contra os dissidentes no período da ditadura militar são evidências de afirmações de verdade não muito difícil de estabelecer na formação e prognósticos do Direito Penal do inimigo. A prática histórica e social de outras épocas confirma integralmente a veracidade das afirmações do Direito

Penal do inimigo. Na contemporaneidade, não é a força contra esses grupos que determina a verdade, como de fato na época ocorreu, na filosofia de agressão do Direito Penal do inimigo é a sua verdade que determina a força!

Os brasileiros não ficam de fora desse contexto, nem mesmo como vítimas. E não citaremos a morte de Jean Charles de Menezes na Inglaterra, ou de Roberto Laudísio Curti, na Austrália, que por si só, expressariam o lado externo do Direito Penal do inimigo. A estrutura de alguns dos países vizinhos ao Brasil já registra um Direito Penal voltado para os brasileiros, e que não é dirigido aos seus nacionais. Dois exemplos são marcantes: o Suriname e o Paraguai.

A prisão de brasileiros no Suriname e no Paraguai obedece a regras diferenciadas daquelas aplicadas aos seus nacionais. A Bolívia parece seguir o mesmo caminho, ao dar tratamento injusto aos agricultores brasileiros, especialmente nos departamentos fronteiriços com o Brasil. No espectro de prisioneiros com ou sem julgamento encarcerados nos dois primeiros países mencionados, ou seja, Suriname e Paraguai, figuram os brasileiros em maior número. E a intervenção do Ministério das Relações Exteriores e, também da Seção do Paraná, da Ordem dos Advogados do Brasil, relativamente aos presos no Paraguai, não têm sido suficiente para afastar os desvios aceitáveis que diferem a lei penal de um país para outro, a despeito de toda ajuda econômica e cooperação oferecida pelo Brasil.

A direção que se dá ao Direito Penal do inimigo é sempre variada, mas se consideramos a seletividade que lhe é própria, e que pretensamente visa a resguardar o *status* de cada povo, eliminam-se os indesejados e ampliam-se os campos de segurança preventiva,

por meio do Direito Penal. A infinita manifestação do Direito Penal do inimigo encontra, no nosso tempo e no espaço dito ocidental, a figura do estrangeiro; o estrangeiro como principal destinatário. É indispensável considerar o estrangeiro como o principal destinatário, porque é isso que supostamente contribui para uma espécie de coesão dos grupos dominantes, em uma só comunidade.

Tudo isso prescreve o lugar especial e o significado do problema do componente orgânico ou das partes integrantes do Direito Penal do inimigo na legislação de cada país. Precisamente a essência das suas premissas, como concepção jurídica e política do Direito Penal, a despeito, e além de atentar contra as teses, os princípios, a expressão verdadeira da natureza do homem, do Estado e de toda a civilização moderna e de suas leis de desenvolvimento, o Direito Penal do inimigo não é portador de razão, ou de verdade, mas, sim, de uma grande frustração. Não é uma solução, mas uma daquelas profecias milagrosas que mais seriam rotuladas como fábulas do que uma forma de visão ou base da correta predição do futuro.

É sobre a base dessas palavras, contrárias ao Direito Penal do inimigo, que podemos assinalar um fenômeno jurídico aparentemente novo em certa medida e falsamente característico para o estado de espírito da sociedade contemporânea. Na verdade, como toda forma de legitimar a agressão e violência, o Direito Penal do inimigo não é novo, e como tudo que viola as bases da dignidade humana não pode ser característico da sociedade moderna.

O nosso percurso histórico serviu para aperfeiçoar o Direito, e, em especial, o Direito Penal, cuja prática analisa e sintetiza toda objetividade do processo civilizatório. E nesse mesmo plano de ideias devemos lembrar que a luta contra os que atentam contra

a sociedade organizada pelo uso do terror não pode significar um medo ante a verdade a ser enfrentada, a verdade que ameaça o poder, tampouco a criação de um poder que ameace a verdade.

A verdadeira compreensão do complexo labiríntico do processo de conhecimento do mundo implica verificar as verdadeiras e efetivas vias que conduzem a revelação da essência interna das coisas, e ao descobrimento das leis do movimento e aperfeiçoamento do homem. A luz que ilumina o conhecimento das leis e a prática como um importante fator do progresso são as forças poderosas que convertem poder em ação nos objetivos mais profundos da humanidade, e no qual o ser humano encontra-se na sua parte mais central.

Medidas encaminhadas ao direito para superar a diversidade e o multiculturalismo, realizadas sobre a base de um direito repressivo, que parece retomar a ideia de controle da fé da idade média, da degeneração da raça do nazismo ou do mais puro inimigo, o estrangeiro, ou seja, o que não é do grupo ou da comunidade, e que sofre os efeitos do direito punitivo aniquilador, aproximam-se, cada vez mais, daquilo que um dia existiu, e que foi a única ordem vigente, a de que o inimigo é o estrangeiro.

REFERÊNCIAS

BLAINEY, Geoffrey. *Uma breve história do mundo*. 2. ed. Trad. de Tibério Novaes e Rodrigo Dubal. São Paulo: Fundamentos, 2011.

CENTONE, Salvatore. *Diritto penale dell'immigrazione*. Turim: Giappichelli, 2010.

COSTA, Rodrigo de Souza. Terrorismo: algumas anotações. In

Direito penal internacional estrangeiro. Rio de Janeiro: Lumen iuris, 2007.

CURI, Francesca. *Lo straniero nel diritto penale del lavoro e dell'impresa*. Bolonha: Bononia, 2011.

FERNÁNDEZ, Antonia Monge. *El extranjero frente al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 2008.

GAUDEREAULT-DESBIENS, Jean-François. *A concorrência das tradições jurídicas*. Trad. de Procópio Abreu. Curitiba: Juruá, 2011.

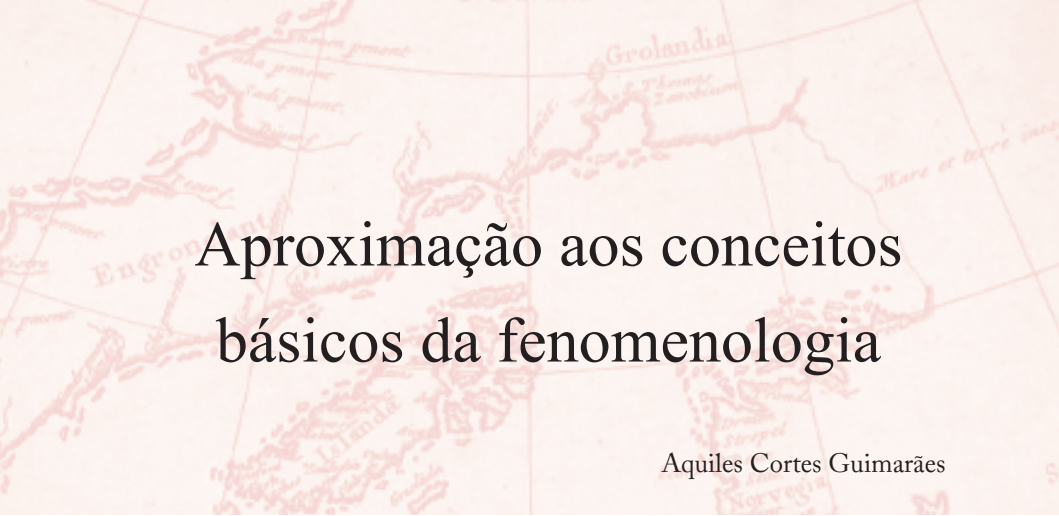
JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*. 4. ed. Trad. de André Luís Callegari e Nereu Giacomoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

JAVIER, Mariano; BALLESTEROS, Martin. *Extranjería y cooperación judicial internacional*. Madri: Wolters Kluwer, 2010.

MAIR, Lucy. *Introdução à antropologia social*. 6. ed. Trad. de Edmond Jorge. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

MARTIN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: RT, 2007.

ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.



Aproximação aos conceitos básicos da fenomenologia

Aquiles Cortes Guimarães

O termo fenomenologia designa uma nova atitude filosófica assumida por Edmundo Husserl (1859-1938), que redundou num amplo movimento de pensamento disseminado entre as mais notáveis tendências da filosofia contemporânea.

Portanto, fenomenologia não é apenas ciência ou teoria dos fenômenos como poderia sugerir o vocábulo. A fenomenologia tem sua apresentação inaugural na obra intitulada *Investigações Lógicas* de Edmundo Husserl, publicada nos anos 1900/1901. Aí começa a reflexão fenomenológica no século XX. Fenomenologia é o esforço em busca do aprofundamento da compreensão do mundo, numa tentativa de colocar em questão os supostos fundamentos das ciências naturais. A fenomenologia não é um sistema de pensamento. Ela é um método que nos leva a uma atitude radical frente às explicações científicas do mundo. Talvez por isso mesmo, a adesão ao método fenomenológico implique uma espécie de conversão a um novo modo de pensar o mundo natural e o mundo do espírito, para além das ciências naturais e das ciências do espírito, cuja tendência fundamental é reduzir a realidade do mundo à realidade dos fatos. Daí, as várias direções assumidas pelo pensamento fenomenológico que hoje deságuam no denominado “Movimento Fenomenológico”,

com uma forte tendência no sentido de privilegiar a hermenêutica na sua expressão lingüística. Em última análise, o ser é acontecimento que se revela na linguagem. O pai da fenomenologia não aprovaria essas conseqüências do seu pensamento, sempre voltado para a idéia de rigor filosófico e científico, mas também não estaria insatisfeito com a larga exploração das diretrizes do método fenomenológico, inclusive na área jurídica.

Pois bem, vejamos então alguns dos conceitos primaciais da fenomenologia, que nos ajudarão a entender a sua proposta metodológica. Em primeiro lugar, a noção de *consciência*. Saibamos que Edmundo Husserl desenvolveu a sua formação universitária numa ambiência de crise do pensamento, nas últimas décadas do século XIX. Crise de fundamentos. Onde estão os fundamentos da matemática que desde Galileu e Newton, no século XVII, vinham contribuindo, decisivamente, para a manipulação da natureza? Entra a lógica como fundamento, na afirmação de Bertrand Russel. Mas isto não satisfaz e vem Wittgenstein dizendo que os fundamentos do pensamento estão na linguagem. À pergunta de Kant sobre *o que posso saber*, se contrapõe a pergunta sobre *o que posso dizer*. Até aí, nada. Apenas afirmações que, à falta de outras mais consistentes, estão aí registradas como decisivas no pensamento contemporâneo. E são muitos os que se orientam por elas.

Essa crise do pensamento foi intensamente vivida por Husserl. O que mais o preocupava era o espírito do *naturalismo* engendrado pelas ciências naturais. O que é naturalismo? É a crença de que *a natureza é a unidade do ser no tempo e no espaço*. Portanto, tudo é natureza. Essa crença levaria à conclusão de que a consciência e a razão seriam frutos da natureza. Naturalizar a consciência, naturalizar a razão, naturalizar a vida do espírito que

constrói a história era o grande equívoco percebido por Husserl. Mas esse filósofo estava preparado para enfrentar os equívocos do naturalismo. Formado em ciências matemáticas – graduação, doutorado e livre-docência (habilitação para o ensino superior) – Husserl sabia o que estava criticando. A sua formação científica foi decisiva na crítica aos fundamentos da lógica e das ciências naturais. A consciência não pode ser passível de naturalização, uma vez que ela funda, ontologicamente, a própria natureza. Como? Na medida em que é a única instância humana capaz de ver de forma absoluta.

Antes de mais nada, é preciso ter claro que consciência é intencionalidade. Ou seja, a essência da consciência é a intencionalidade. Consciência não é fenômeno psíquico, não é psique; é *intentio*, é “dirigir-se a”. Não há consciência vagando no espaço.

Vem então a noção de *fenômeno*. O que fenômeno? Em princípio, fenômeno é o que *aparece* à consciência. Fenômeno é o manifestar-se do mundo dos objetos. Esse manifestar-se só pode acontecer na interação da consciência com o mundo. Fenômeno e consciência são termos correlatos. Os objetos só existem para a intencionalidade da consciência e esta, por sua vez, só existe para os objetos. Ou seja, intencionalidade é intencionalidade de objetos e estes são objetos da intencionalidade. Em síntese: o fenômeno só é possível em função da intencionalidade e esta é pura direcionalidade ao fenômeno. Um não existe senão em função do outro. E é essa circunstância que, antes de qualquer coisa, nos leva à compreensão do processo de interação consciência-mundo, superando clássicas dicotomias na relação sujeito-objeto. Não há sujeito sem objeto, nem objeto sem sujeito. Portanto, falar da pureza do sujeito seria admitir que a subjetividade em geral poderia prescindir da *impureza*

do mundo e submetê-la aos caprichos da linguagem matemática, na maneira procedimental cartesiana. Sujeito-mundo, sujeito-objeto, sujeito-natureza, e tantas outras dicotomias não produzem sentidos epistemológicos senão a partir da interação consciência-mundo, consciência-objeto, consciência-natureza, e vai por aí... Essa interação da consciência com o mundo é que define o fenômeno como aquilo que é dado à pessoa humana no universo da sua vivência. Ou seja, a interação consciência-mundo expressa, originariamente, o retorno às “coisas mesmas” na linguagem husserliana. Mundo e intencionalidade são indissociáveis, posto que a evidência do mundo depende da intencionalidade intuitiva da consciência e, por sua vez, a intencionalidade depende da existência do mundo, uma vez que sem este ela seria apenas intencionalidade do nada...

No mesmo plano se inscrevem as *percepções*. Perceber é perceber algo. A percepção será sempre percepção de alguma coisa, seja essa coisa real – o livro que está diante de mim – seja ela ideal ou fictícia – as linguagens lógico-matemáticas ou as criações imaginárias. Ao *perceber*, sempre percebo algo, ainda que os mecanismos da minha percepção estejam embotados por distorções fisiológicas. Mas vamos com calma. A idéia de percepção na fenomenologia é um pouco diferente daquilo que os psicólogos apreçoam como percepção. Antes de mais nada, o perceber integra a vida da pessoa humana. Vivemos orientados pela percepção. Ou seja, a percepção é o caminho da realização da nossa existência. Mas, para a fenomenologia, nós percebemos não as coisas, mas “estados de coisas”. Se a palavra de ordem da fenomenologia é o “retorno às coisas mesmas”, na pureza das suas manifestações enquanto fenômenos puros, a nossa percepção do mundo se envolve com “coisas” e não com fatos com os quais se comprometem as

ciências naturais. E as coisas se manifestam à intencionalidade perceptiva de infinitas maneiras, nos seus infinitos “estados”. é de Husserl a afirmação de que “fenomenologia é ciência do vivido”. E ciência do vivido é atividade perceptiva que se exerce sobre “estados de coisas” e não sobre coisas. Por quê? As coisas constituem a abertura dos horizontes do mundo. Convivemos com as coisas e devemos entender (evidenciar) os seus modos de ser a fim de que não nos mergulhemos no mundo dos objetos e nos naufraguemos na ingenuidade da percepção imediata. é percebendo os “estados de coisas”, os modos pelos quais as coisas se manifestam, que descortinamos os horizontes do mundo.

Tudo isso envolve outra noção revolucionária referente à idéia de objeto. O que é *objeto*? Objeto é tudo aquilo que é *intencionado*, quer sua natureza seja real, ideal ou fictícia. Temos objetos *reais* (caneta), *ideais* (linguagem lógico-matemáticas) e imaginários em geral. Tudo que é mostrado à consciência é objeto. Ao intencionar o diabo ou demônio, figura que aparece na maioria das sociedades antigas e permanece até aos nossos dias, intenciono um objeto tido, historicamente, como representante do *mal*. Tudo que ao imaginar imagino é objeto. Portanto, o mundo dos objetos é constituído de tudo aquilo que é manifestado à consciência. Isto não significa que todos os objetos sejam evidentes por si mesmos ou que tenham existência real. Somente a intuição direta confere evidência a eles. Nem por isto deixam de ser objetos para a consciência intencional.

Passemos ao conceito de *redução fenomenológica*. O que é isto? O componente fundamental do método fenomenológico instituído por Husserl é o que chamamos *redução fenomenológica*. De várias maneiras tem sido interpretada a idéia husserliana de

redução fenomenológica, tendo em vista as oscilações do próprio autor no sentido de precisá-la. Podemos sintetizá-las, afirmando que a redução compreende três momentos básicos: redução *psicológica*, redução *eidética* e redução *transcendental*, cada qual envolvendo momentos sucessivos de compreensão e interpretação do mundo. Começemos pela redução psicológica. Este é o momento inicial da nossa conversão ao modo de pensar fenomenológico, porque o esforço da reflexão se dirige à colocação do mundo “entre parênteses”, ou seja, suspendemos, provisoriamente, a nossa crença ingênua na *vigência* do mundo. Isto não significa qualquer forma de ceticismo, pelo contrário, é uma tentativa de recuperação do próprio mundo naquilo que ele é. Quando reduzimos os objetos do mundo a puros fenômenos, estamos caminhando para a sua reconstrução infinita, porque os objetos do mundo nos levam muito além dos próprios *objetos*. Como? Os objetos, tais quais *objetivados* pelas ciências, são petrificados como se tudo pudesse ser resumido na sua manifestação. Entretanto, os objetos do mundo estão carregados de *sentidos*, que se expandem nas suas inter-relações, enquanto “estados de coisas” a serem percebidos. Portanto, a redução psicológica representa o momento inicial da adesão ao método fenomenológico, uma vez que a pretensão é *re-ler* o mundo de maneira radical, “voltando às coisas mesmas”, tais quais se manifestam. Colocamos entre parênteses toda a objetividade explicativa das ciências que nada mais fizeram senão *objetificar* o mundo e voltamos aos mesmos objetos do mundo, perquirindo os infinitos sentidos da sua manifestação. Desta forma, a redução psicológica pode nos levar a compreender, antes de mais nada, que a explicação da objetividade do mundo por parte das ciências não esgota os *sentidos do mundo*. Os objetos, enquanto “coisas”, nesta primeira redução, se manifestam à consciência na

sua pureza de *fenômenos* e, ao mesmo tempo, como abertura infinita de novos horizontes como possibilidades infinitas...

O segundo momento da *redução fenomenológica*, é aquele no qual, para além do puro manifestar-se dos fenômenos, tentamos descrever as suas *essências*. Portanto, reduzimos os objetos do mundo a suas essências. é a redução eidética, de (*eidōs* = essência ou ideia).

O terceiro momento é o da *redução transcendental*. Nesta, as essências são vivenciadas e evidenciadas na ordem da consciência transcendental, ou seja, simplificada, na ordem da subjetividade do “eu penso”. Essências são sempre essências dos objetos, das “coisas”, que são levadas à instância transcendental, à instância do “eu penso”, como tribunal da *evidenciação*. Nesse tribunal funciona a reflexão em torno das *evidências* extraídas do *mundo da vida*. A pretensão é evidenciar o mundo da vida. E essa pretensão só pode ser realizada no espaço transcendental, enquanto lugar privilegiado da evidenciação – aliás o único *lugar* – tendo em vista que não existe pensamento sem sujeito, nem sujeito sem objeto, nem objeto sem sujeito.

É necessário ter claro que estes três momentos da redução fenomenológica estão intimamente articulados em torno do propósito de edificação de uma *ontologia do mundo da vida*. Pela redução *psicológica*, o mundo dos objetos, ou das coisas, se restringe a puros fenômenos; pela redução *eidética*, esse mundo se restringe às suas essências e, pela redução transcendental, o mundo se subordina ao plano da reflexão, do “eu penso”, enquanto instância evidenciadora do próprio mundo.

No fundo, poderíamos dizer que a atitude fenomenológica é a tomada de posição radical do ego que pretende constituir o

mundo a partir de si mesmo. E *constituir* significa *evidenciar*. Ele é apenas o polo ideal da consciência, a partir do qual o conhecimento do mundo se torna possível. Enquanto Descartes considerava o ego como coisa pensante, Husserl o toma não como coisa e sim como *polo da consciência*. É aí que começa a atitude fenomenológica. Essa atitude pressupõe a consciência como intencionalidade e visa a interação da subjetividade com o mundo. Aliás, a fim de evitar confusão no que diz respeito ao binômio subjetividade-objetividade, tão exposto historicamente, Husserl introduz os termos *noesis* e *noema* para significar o mesmo empreendimento do espírito. São conceitos próprios da fenomenologia que devem ser esclarecidos. *Noesis* é a atividade subjetiva da consciência, é a exploração do sol da consciência, é a origem do pensamento. Atividade *noética* é *atividade de conhecimento*. É o ponto inicial a partir do qual instauramos a nossa ação cognoscitiva pela via do pensamento. *Noema* é a unidade significativa encontrada no objeto. A novidade desses termos pode ser traduzida pela verificação do fato de que existe uma fundamental relação noético-noemática na intenção eidética, ou seja, no plano da descrição das essências. O mesmo que dizer em relação à dicotomia sujeito-objeto que agora é compreendida na interação consciência-mundo. Toda intenção descritiva das essências implica a atividade noética-noemática, ou seja, a atividade subjetivo-objetiva de interação da consciência (intencionalidade) com o mundo.

Dito isto, examinemos a ideia de intuição e de percepção. *Intuir* significa estar presente ao objeto intuído (do latim *intus* = dentro de alguma coisa). A intuição torna possível o conhecimento das coisas. Princípio primeiro é a atitude intuitiva, porque somente ela nos mostra a plenitude da presencialidade dos objetos do mundo circundante. Mundo de objetos é mundo percebido. A percepção

visualiza os horizontes de sentidos do mundo. O mundo é a totalidade dos horizontes percebidos. Portanto, a idéia ou conceito de intuição é fundamental no pensamento fenomenológico. é a intuição o momento instaurador da percepção. Intuindo, percebo. Por isso mesmo, o mundo, fenomenologicamente considerado, é o mundo percebido na multiplicidade dos seus sentidos e não a totalidade dos seus objetos. Toda percepção está carregada de intencionalidade intuitiva em direção à descoberta de novos sentidos. Mas este mundo percebido é o *mundo da vida* (*Lebenswelt*).

Já foi dito que o conjunto da crítica fenomenológica à tradição da cultura ocidental recai sobre o processo da sua idealização a partir do matematismo, do espírito quantificador. A geometria nasce na Grécia antiga como instrumento da agrimensura. Era necessário idealizar as medidas da terra, com a possível precisão dos instrumentos matemáticos. O fluxo do *mundo vivido* vai aos poucos sendo dominado pela idealização elaborada no campo da subjetividade, enquanto possibilidade de dominação da natureza pela via do *logos*, da razão fabricadora. E toda história ocidental obedece a essa *intenção idealizante*, nas suas mais variadas manifestações. O homem cada vez mais se afasta do seu *locus* natural para apegar-se à ordem das criações subjetivas. Já na linguagem fenomenológica, a intuição é o “princípio dos princípios” porque somente ela nos remete ao dado imediato, ao que está aí, diante de nós, aos objetos presentes à intencionalidade perceptiva. Intuição e percepção são termos que se complementam mutuamente, na interação consciência-mundo.

Vejam agora a questão da *essência*. O que essência para a fenomenologia? A noção de essência não está longe do *eidos*, da ideia, na formulação platônica. Essência é ideia. Mas, na fenomenologia, a ideia está irreversivelmente relacionada com *as coisas do mundo*

da vida, sem qualquer compromisso com o “mundo das ideias” de Platão. Não ocorre a separação entre o mundo das ideias e o mundo real. Em Platão, segundo o registro constante do Livro VII da obra intitulada *República*, o mundo da experiência é o lugar da impureza, da degenerescência – lugar de todos os males. Mas existiria um mundo de ideias como arquétipos eternos, como lugar de contemplação dos miseráveis humanos absolutos no desastre do movimento do mundo. Platão descende da herança de Parmênides. é necessário encontrar um ponto a partir do qual possamos continuar afirmando que o Ser é, e o não-Ser não é. Esse ponto para Platão é o mundo das ideias – o que verdadeiramente é. O bem é a ideia suprema, mas nem por isso fica excluída a ideia do mal. Em síntese, tudo o que pensamos na vida terrestre deve subordinar-se à imitação do protótipo ideal do mundo das idéias, sobretudo as nossas ações relacionadas com o justo e com o injusto. Numa dialética de ascese – contemplação das ideias – e de descese – volta ao perigoso caminho do mundo corrompido – estaremos exercitando a suprema virtude de purificação das nossas almas que, certamente, transmigrarão para outros corpos.

Todo esse preâmbulo é para dizer que a concepção de essência na fenomenologia não pode, simplesmente, ser equiparada ao *eidos* platônico, ao conceito de ideia em Platão. Não existem mundos separados. As essências são percebidas a partir do *mundo da vida* e não concebidas como fórmulas adequadas à explicitação dos objetos. É a interação consciência – mundo que propicia a visada dos objetos. E a visada intuitiva dos objetos do mundo da vida me leva à descrição das essências universais, imutáveis e irreduzíveis.

Dizemos comumente que as coisas *são*. Este objeto é um livro; aquele é uma mesma. Mas o que é *o que é*? Pois a

essência responde à pergunta sobre aquilo que é o ser das coisas. A essência diz do *ser* das *coisas* e não de uma ideia elaborada *a priori* no campo da subjetividade para adequar-se ao ser das coisas. Ou seja, toda essência será sempre essência de objetos. Essência, simplificada, é aquilo que descobrimos como invariante nos objetos. Por exemplo, quando no campo dos objetos ideais (matemáticos) dizemos que $3+2 = 5$, a ideia de *pentalidade* aí descoberta é uma *invariante* universal. Por mais que mudemos os números em busca da pentalidade chegaremos ao mesmo resultado. é o que permanece. E isto que permanece como validade universal é a essência. Aliás, a linguagem lógico–matemática constitui um universo exemplar de essências. Os seres ideais da matemática já se manifestam com as características de universalidade, imutabilidade e irreducibilidade. Da mesma forma, poderíamos exemplificar em relação aos objetos ou coisas reais que constituem o nosso mundo circundante. Num exemplo tão ao gosto de Husserl, podemos citar uma partitura musical. Por mais que mudem as orquestras e os instrumentos, por múltiplos que sejam os arranjos, uma sinfonia continuará sempre sendo ouvida como aquela produção do artista para a eternidade – a arte verdadeira nunca perece. A essência da sinfonia permanecerá para sempre.

Da mesma forma, poderíamos exemplificar com o Direito. Por mais que as leis sejam modificadas, permanece a ideia de Direito. Interessa-nos, neste momento, falar da sua *essência* como exemplificação daquilo que nele é permanente. A ideia de Direito é precedida do sentimento do Direito. Esse sentimento é fonte originária de toda organização jurídica. Sendo a destinação do Direito a realização da justiça, existe entre todos os povos uma pré-compreensão do *justo* e do *injusto*. Sendo assim, vemos que a

essência do Direito não está na lei, mas na ideia de justiça. Essa ideia é um valor inerente à pessoa humana a qual se cristaliza na tessitura de regras de conduta impostas aos povos, em direção à realização desse valor. A essência do Direito pertence ao conteúdo referencial da vivência da justiça. Enquanto valor, a justiça é um ideal que exerce uma pregnância sobre todos os povos. Descrever as essências do Direito e da justiça é intuir e perceber os modos de equilíbrio dos povos no processo civilizatório, ou seja, os modos de ser do homem enquanto lugar radical do *justo* e do *injusto*.

Por último, em relação à essência, devemos ter sempre presente que esta “representa” os *sentidos* do mundo – os seus *verdadeiros* sentidos. As ciências naturais transformam o mundo num *reino de objetos*. Neste reino não há lugar para indagações a respeito de seus sentidos, de suas essências. E é exatamente esta questão que impulsiona todo o movimento fenomenológico. O que é o que é? A resposta *do que é* se evidencia como *sentido* e não como algo objetivável. Objetificação é trabalho das ciências. Descoberta de sentidos é trabalho do pensamento. Interessa às ciências o domínio técnico dos objetos como projeto de domínio objetivo do mundo. A fenomenologia interessa os sentidos desse domínio. Daí o questionamento da dominação da técnica que impera nos nossos dias, sem qualquer observância dos contextos referenciais de sentidos que envolvem os objetos nas suas múltiplas manifestações à consciência intencional perceptiva.

Vejamos agora o conceito de *evidência* na fenomenologia. Em geral, a nossa vida cotidiana se desenvolve no plano da *doxa* (opinião) e não no campo da *episteme* (ciência), para indicar a dicotomia suscitada pelos gregos antigos. Exercitamos a nossa existência acreditando nas evidências imediatas do nosso mundo

circundante, do mundo particular que construímos como opção da nossa vivência. Cada operário tem como interesse imediato os utensílios que compõem o mundo do seu trabalho e os materiais de que necessita para realizá-lo. O mundo particular *aprisiona* os indivíduos nas suas evidências primitivas, pois as pessoas estão ligadas, fundamentalmente, àquilo que lhes interessa para solução de suas necessidades. Interesses e necessidades constituem o movimento da história, o que nos ajuda a esclarecer o apego do homem ao “seu” mundo, cuja manifestação é apreendida pela *doxa* que lhe parece de cristalina evidência. O conhecimento específico (opinião) do carpinteiro sobre a madeira conduz os seus atos para a construção dos objetos de madeira. Ciência e filosofia não fazem parte de suas preocupações porque ele está voltado para a imediatez do seu mundo, naquilo que ele representa de possibilidade de realização das urgências da vida. Com essa atitude, fragmentam o mundo em horizontes que constituem o mundo único. O mundo não é a totalidade dos objetos e sim a totalidade de horizontes. E essa totalidade de horizontes depende da nossa percepção de mundo. Mundo é mundo histórico-cultural e é neste mundo que encontramos todas as possibilidades de experiência, estética, religiosa, mística. Fica claro que o *objetivismo* científico não esgota o campo da experiência, porque existem múltiplas dimensões da experiência humana que se distendem no *mundo da vida*. Pois bem. *Evidência* é algo que se dá pela intuição imediata. A intuição, já sabemos, é o “princípio dos princípios”. Ela nos coloca na relação direta e imediata com os objetos. é como se dissessemos: “não me explique, estou vendo”. Esse ver imediato caracteriza a evidência. Como essa evidência será tratada na ordem transcendental, ou seja, na ordem da reflexão, é outro problema. O fato é que evidência será sempre

evidência de objetos, quer sejam reais ou ideais.

Outra noção que deve ficar clara é a de ego transcendental, uma vez que diz respeito à legitimação radical da atitude fenomenológica. É no *ego transcendental* que aparecem todas as evidências. É nessa ordem transcendental ou seja, no espaço do “eu penso” que as evidências se manifestam, a partir da vivência “primitiva” do mundo da vida.

O *ego transcendental* é o *eu puro*. Esse eu absolutamente disponível ao pensamento. Essa esfera subjetiva em que o mundo encontra a possibilidade última da sua evidenciação. Dessa mesma esfera transcendental se valeram os mais notáveis pensadores da modernidade, desde Descartes até aos nossos dias. É a supremacia da subjetividade em face do mundo. No caso da fenomenologia, a questão se mostra de maneira diferente. O ego transcendental é o *lugar* da evidenciação. A evidência “primitiva” se dá no mundo da vida. O ego transcendental, enquanto espaço de evidenciação, exerce, em última análise, o papel de última instância evidenciadora do mundo. Porque não há pensamento sem sujeito pensante, assim como não existe mundo verdadeiro para além da experiência “primitiva”. Estamos no mundo e frente ao mundo, frente a todos os objetos que nos circundam. E somente a subjetividade transcendental pode encarregar-se da mostração originária e evidenciadora desse mundo. é aí que encontramos a possibilidade originária de esclarecimento do mundo, ou seja, de auto-constituição e auto-evidenciação da aventura da história humana. Afinal, invocando o transcendentalismo kantiano, poderíamos afirmar que é no diálogo da razão consigo mesma que encontramos os princípios supremos de todas as coisas.



Ética do bem e ética do dever

Fernando Augusto da Rocha Rodrigues

1 OBSERVAÇÕES PRELIMINARES

É freqüente no dia a dia de nossas vidas tomarmos atitudes avaliativas quer de aprovação quer de desaprovação com relação ao que fazemos ou sentimos ou até com relação ao curso de nossa vida como um todo. Essas avaliações podem incidir tanto sobre as próprias pessoas que as fazem quanto sobre outras pessoas. Um desses tipos de avaliação pode ter como base o fato de sermos capazes ou, conforme o caso, incapazes de restringirmos nossos desejos ou interesses mais imediatos em prol de algo outro. No mais das vezes essas avaliações são de tipo negativo, isto é: trata-se de uma atitude de desaprovação. O que revela essa atitude pode ser um sentimento ou algum proferimento verbal. Sentimentos como culpa e indignação parecem indicar uma avaliação negativa sobre o que nós próprios ou outros fazem ou mesmo sobre o que nós ou outros sentem. Quando, em um primeiro momento, realizamos uma ação com base no interesse próprio e acabamos por prejudicar um outro ou a nós mesmos, por exemplo, podemos em seguida sentir culpa e nos arrepender do que fizemos. Podemos também manifestar nossa atitude avaliativa através de certos juízos. Quando dizemos de

outros ou de nós mesmos que não agimos como deveríamos tê-lo feito revelamos um tal tipo de atitude.

Deparamo-nos ordinariamente com essas atitudes. Trata-se de um fenômeno que se manifesta a nós graças a sentimentos e proferimentos. As investigações filosóficas sobre ética buscam precisamente elucidar o que está envolvido nesse fenômeno. Ainda que sentimentos e proferimentos sirvam para identificá-lo e mostrar que ele faz parte de nosso viver, essa identificação não é ainda suficiente para que tenhamos clareza sobre o que está nele envolvido. Para tanto, lança-se mão de filosofia.

No presente texto começarei por indicar os elementos identificatórios dessa atitude, que se pode chamar de fenômeno da moral. Em seguida apresentarei dois modelos filosóficos que pretendem elucidar o que organiza esse fenômeno. O ponto central da elucidação consiste em mostrar o que é aquilo em prol de que restringimos nossos desejos e interesses quando adotamos uma atitude ética. Esses modelos serão chamados de teorias morais. As duas teorias aqui apresentadas são, pelo menos a princípio, incompatíveis entre si. Trata-se do modelo da ética do bem e do modelo da ética do dever.

Antes de passar propriamente a esses passos, farei, no entanto uma observação sobre o uso das palavras “ética” e “moral”. Esses dois termos advêm, respectivamente, do termo grego ἦθος e do termo latino *mōs*. O primeiro significa *caráter*; o segundo, *costume*¹. Quando os gregos falavam de ciência ética, eles tinham em vista uma investigação sobre o caráter. É nesse sentido que as obras aristotélicas *Ethica Nicomachea* e *Ethica Eudemica* consistem sobretudo em uma investigação sobre o caráter. Há em grego uma

1 Cf. E. Tugendhat, *Vorlesungen über Ethik*, 34s; B. Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, 6.

palavra semelhante a ἦθος, a saber: ἔθος, que significa costume. Os latinos utilizaram a expressão *mōs* com a intenção de traduzir ἦθος (caráter), mas, na verdade, o que estavam traduzindo era o termo ἔθος (costume). Na literatura filosófica, encontramos os termos “ético” (do grego ἠθικός) e “moral” (do latim *mōrālis*). A rigor, o primeiro significaria “relativo ao caráter” e o segundo, “relativo aos costumes”. No entanto, muitas vezes esses termos são usados intercambiavelmente. E mesmo nos casos em que se distingue entre ambos, nem sempre essa distinção segue os sentidos que tinham nas línguas grega e latina.

Um exemplo clássico de um filósofo que diferencia a moralidade (*Moralität*) da eticidade (*Sittlichkeit*) é Hegel. Para ele, enquanto a eticidade diria respeito a obrigações que temos pelo fato de sermos membros de uma comunidade, a moralidade consistiria de obrigações baseadas apenas no fato de sermos indivíduos cuja vontade poderia ser determinada pela razão². Kant, de acordo com Hegel, desenvolveria uma teoria que considera apenas a moralidade e não a eticidade³. Um filósofo mais recente que usa diferentemente os dois termos é B. Williams. Ele utiliza ética como um termo amplo e moral como um desenvolvimento da ética peculiar à cultura ocidental moderna, um desenvolvimento que enfatiza um sentido particular de obrigação⁴.

2 A segunda e terceira partes das *Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito* chamam-se, respectivamente, moralidade e eticidade. Uma crítica à moralidade pode ser vista, por exemplo, no § 135.

3 A crítica a Kant encontra-se, por exemplo, no mencionado § 135 das *Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito, na Fenomenologia do Espírito*, seção VI, C (“O espírito certo de si mesmo”), no texto *Sobre os Tipos de Tratamento Científicos do Direito Natural, sua Posição na Filosofia Prática e suas Relações com as Ciências Positivas do Direito*, sobretudo na seção II. É importante observar que o próprio Kant usa o termo eticidade (*Sittlichkeit*), mas não no sentido hegeliano.

4 Cf.: “(...) the word ‘morality’ has by now taken on a more distinctive content, and I am going to suggest that morality should be understood as a particular development of the ethical, one that has a special significance in modern Western culture. It peculiarly emphasizes certain ethical notions rather than others, developing in particular a special notion of obligation, and

No que se segue, não diferenciarei terminologicamente entre os termos “ética” e “moral”. O que é importante que se tenha em mente é, por um lado, o fato de haver, no mundo ordinário ou pré-filosófico, um fenômeno, que se pode chamar de fenômeno da moral, e de haver uma investigação filosófica que aborda esse fenômeno, que se pode chamar de investigação ética. Nada, no entanto, impede que se chame o fenômeno de fenômeno ético e a investigação de investigação moral.

2 A IDENTIFICAÇÃO DO FENÔMENO DA MORAL

Parto aqui de uma noção de filosofia segundo a qual esta consiste em explicitar certos pressupostos que organizam nossas atitudes ordinárias, pressupostos de que, no entanto, não estamos, no mais das vezes, cientes. Todo nosso agir, pensar e mesmo sentir parecem estar estruturados a partir de certos quadros categoriais e outros pressupostos. Caberia à filosofia torná-los claros, explícitos. Esses pressupostos variam de situação para situação em que nos encontramos no mundo. Ora estamos passando o tempo, jogando cartas, por exemplo; ora estamos tentando conhecer algo; ora avaliamos as outras pessoas ou nós próprios; ora agimos para alcançarmos determinados fins; ora fruímos uma determinada peça de música que estamos ouvindo. Esse catálogo poderia ser muito mais ampliado. Nessas diversas atitudes, nossas compreensões e nosso sentir parecem ter estruturas, pressupostos, diversos. Uma

it has some peculiar presuppositions. In view of these features it is also, I believe, something we should treat with a special skepticism. From now on, therefore, I shall for the most part use ‘ethical’ as the broad term to stand for what this subject is certainly about, and ‘moral’ and ‘morality’ for the narrower system, the peculiarities of which will concern us later on” (*Ethics and the Limits of Philosophy*, 6).

dessas atitudes, como disse acima, poderia ser chamada de atitude moral ou de fenômeno da moral. O fenômeno da moral consiste, então, em uma situação em que estamos no mundo marcada por um certo tipo de compreensão e um certo tipo de sentimento⁵. Mas como identificar essa situação para, então, proceder-se a uma explicitação filosófica sobre o que está nela envolvido.

Conforme disse acima, alguns tipos de sentimentos e o proferimento de alguns tipos de juízo seriam marcas identificadoras desse fenômeno. Quais são, então, esses sentimentos e esses proferimentos?

Em seu artigo “Freedom and Resentment”, P. F. Strawson refere-se a vários sentimentos presentes em atitudes tomadas com relação a nós mesmos e com relação aos outros. O objetivo do autor nesse artigo é mostrar que, ao experimentarmos atitudes e sentimentos reativos, assumimos que nós mesmos e os outros somos livres e oferecer uma solução para a questão da liberdade da vontade que reconcilie as posições clássicas e opostas do debate, a saber: o determinismo e o libertarianismo. Para fins do presente texto, é importante apenas enfatizar que certos sentimentos acompanham atitudes que tomamos com relação a nós mesmos e aos outros. Esses sentimentos seriam, por exemplo, sentimento de culpa, de ressentimento e de indignação. A culpa ocorreria quando estamos cientes de que nós mesmos realizamos o que não deveríamos ter feito; o ressentimento, quando um outro realiza em relação a nós o que julgamos que não deveria fazer; enfim, a indignação pode

5 Que a moral esteja ligada a certos juízos e a certos sentimentos é deixado claro, por exemplo, por E. Tugendhat, sobretudo nas duas primeiras preleções de sua obra *Vorlesungen über Ethik*. Sobre a relação entre juízos morais e sentimentos morais, cf. pp. 11, 20 e 37s. Para Tugendhat, os sentimentos morais, marcadamente negativos, fundam-se em juízos morais. O fato de que nosso estar no mundo é sempre pautado por um elemento cognitivo e um elemento afetivo é evidente também para Heidegger, para quem pertence à estrutura da abertura o compreender (Verstehen) e a disposição (Befindlichkeit).

caracterizar o sentimento que temos com relação a um outro quando este faz o que não deveria com relação a um terceiro. Pode-se também admitir sentimentos positivos como gratidão ou satisfação consigo mesmo ou admiração por um outro⁶.

Esses sentimentos podem ser, e freqüentemente são, acompanhados por certas proferimentos lingüísticos, como “eu não deveria ter feito (ou mesmo pensado ou sentido) o que fiz” ou “ele não deveria ter feito isso”. Ou ainda, no caso de atitudes positivas, “ele agiu como era devido”. Não apenas os usos do verbo dever em proferimentos afirmativos e negativos, mas também o emprego dos adjetivos “bom” ou, conforme o caso, “mau” podem servir para exprimir verbalmente essas atitudes, como, por exemplo: “não foi bom ele agir como fez”.

Por mais vaga que possa ser a referência a esses sentimentos e a esses proferimentos, eles parecem indicar um modo de compreendermos, de nos posicionarmos, com relação a nós mesmos e aos outros que pode ser chamado de fenômeno da moral. Qualquer filosofia moral que não queira ser uma construção para determinar o que devemos fazer, mas que, ao contrário, busque apenas elucidar o que está envolvido em certas atitudes que tomamos, tem de partir de um fenômeno da moral.

Um exemplo desse tipo de investigação filosófica encontra-se na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* de Kant. Nessa obra, o filósofo, antes de analisar o que está pressuposto na moral, busca identificar o objeto de sua investigação a partir de um uso que fazemos do adjetivo “bom”, um uso que Kant chama de uso sem restrições e que modernamente pode chamar-se de uso não

6 Nem E. Tugendhat nem P. F. Strawson admitem, no entanto, que façam parte dos sentimentos morais sentimentos positivos.

relacional⁷. Pré-filosoficamente haveria, segundo Kant, um uso não relacional da palavra “bom” em que “bom” significaria não “bom para ...”, mas “bom simplesmente”. É nesse uso lingüístico que ele identifica nossas atitudes morais. O predicado “bom” não relacional é aplicado, segundo Kant, apenas à vontade e as investigações morais devem explicitar o que significa dizer que uma vontade é boa nesse sentido e mostrar que é possível que uma vontade seja boa nesse sentido.

Retornando, agora, ao fenômeno da moral identificado a partir de um conjunto de sentimentos e de certos tipos de proferimentos, deve-se perguntar o que é pressuposto para que tenhamos os referidos sentimentos e o que significam os termos dever / não-dever ou bom / mau nos juízos mencionados. Ao se fazer isso, elucida-se exatamente em que consiste a moral.

Se, por um lado, parece que, em geral, os filósofos concordam sobre a identificação do fenômeno da moral, por outro lado, eles parecem discordar quando buscam elucidar o que é aquilo que é pressuposto e que, quando for violado, nos leva a ter determinados sentimentos negativos e nos permite fazer certos juízos de valoração negativa ou, ao contrário, quando for seguido, nos leva a ter certos sentimentos positivos e nos possibilita fazer juízos de valoração positiva.

Além da identificação do fenômeno da moral, parece, na resposta à pergunta sobre aquilo em que consiste a moralidade também haver um ponto de convergência entre os vários modelos, a saber: o fato de que ser moral consiste, como já indicado acima, em uma restrição de interesses ou desejos imediatos em prol de algo outro. É justamente na determinação desse algo outro que, no

7 Cf. início da primeira seção da Fundamentação da Metafísica dos Costumes.

entanto, os modelos se afastarão uns dos outros.

No que se segue, eu gostaria de apresentar dois modelos de teorias sobre o que é pressuposto no fenômeno da moral e que possibilita que haja esse fenômeno. Esses modelos são constantemente chamados de éticas do bem e éticas do dever. O que está implícito no fenômeno da moral e que, portanto, constitui a moralidade será compreendido de modo muito diferenciado se se defende um ou o outro desses modelos. Além disso, esses modelos parecem ser característicos de momentos históricos diferentes. As éticas do bem seriam antes características do pensamento antigo e medieval e as do dever, do pensamento moderno. Parece que é justamente o fato de ter havido, no início da modernidade, uma mudança na compreensão do que é o homem que levou a uma mudança nos modelos das teorias éticas.

Em sua obra *The Methods of Ethics*, H. Sidgwick, ao abordar o método de ética que ele chama de intuicionismo, que, para ele, seria aquela posição segundo a qual a correção da conduta moral estaria baseada em um dever que desconsidera as conseqüências da conduta, distingue entre uma atitude fundada na correção (*rightness*) e uma fundada no bem (*goodness*)⁸. Em ambos os casos, trata-se de

8 Em *Methods of the Ethics*, Sidgwick considera o objetivo da ética o de tornar científicos os conhecimentos que a maioria dos homens possui sobre a correção e a razoabilidade das condutas (1874, 77). Ele distingue entre dois princípios que o senso comum aceitaria *prima facie* como fins racionais, a saber: a felicidade e a perfeição da vida humana, sendo que a primeira se subdivide em felicidade individual e geral (9s.). A cada um desses princípios corresponderia um método, resultando, desse modo, o intuicionismo (baseado na perfeição), o hedonismo egoísta (baseado na felicidade individual) e o hedonismo universalista ou utilitarista (baseado na felicidade geral) (11s. e 83ss.). O intuicionismo é utilizado para designar o modelo ético que considera o fim último da ação moral sua adequação a regras de um dever que prescreve incondicionalmente, sem atentar para as conseqüências (96). É no âmbito do intuicionismo que Sidgwick distingue entre uma posição baseada no dever e uma baseada no bem. No primeiro caso, tratar-se-ia de um intuicionismo fundado em mandamentos ou imperativos da razão; no segundo, de um fundado na idéia de bem, “a view of virtuous action [duty, nas primeiras edições] in which, though the validity of moral intuitions is not disputed, this notion of rule or dictate is at any rate only latent or implicit, the moral ideal being presented as attractive rather than imperative” (105).

posições baseadas no dever, mas Sidgwick já se dá conta de uma distinção entre modelos imperativos e modelos mais atrativos de ética.

3 AS ÉTICAS DO BEM

Se se lêem textos clássicos sobre ética de Platão ou de Aristóteles, observa-se que há um interesse central que parece guiar essas investigações. Esse interesse deixa-se formular na questão “como se deve viver?”. Essa questão aparece, por exemplo, repetidamente na *Politeia* de Platão⁹. No passo 344d9-e3 do livro I, quando Sócrates está dialogando com Trasímaco para determinar em que consiste a justiça e observa que este último está tentando esquivar-se e deixar o diálogo, ele afirma, com o intento de fazer com que Trasímaco continue a dialogar: “ou pensas estar-se tentando determinar uma coisa menor, e não o curso de vida de acordo com o qual, percorrendo, cada um de nós viveria a vida mais meritória”¹⁰. Essa referência à boa vida aparece em outros textos, tanto da própria *Politeia* quanto de outros diálogos da chamada primeira fase de Platão¹¹. Quando Sócrates, nesses diálogos, busca responder a

9 A questão acerca da boa vida é central nos diálogos iniciais de Platão, bem como na *Politeia*, sobretudo nos primeiros livros. No artigo “Der Grundriss der platonischen Ethik”, de P. Stemmer, bem como no livro *Die Suche nach dem guten Leben*, de U. Wolf, encontram-se excelentes discussões sobre o tema.

10 O texto grego reza: “ἢ μικρὸν οἶει ἐπιχειρεῖν πρᾶγμα διορίζεσθαι, ἀλλ’ οὐ βίου διαγωγῆν, ἢ ἂν διαγόμενος ἕκαστος ἡμῶν λυσιτελεστάτην ζωὴν ζῶῃ”. O adjetivo no superlativo “λυσιτελεστάτην”, do positivo “λυσιτελής” significa vantajoso, útil. Mas pode ser também utilizado no sentido de meritório ou de digno. Isso fica claro, quando se diz, usando-se o verbo λυσιτελέω, que é mais meritório morrer a viver (τεθνάναι λυσιτελεῖ ἢ ζῆν) expressão que ocorre, por exemplo, de acordo com A. Bailly (*Dictionnaire Grec Français*, verbete λυσιτελέω, p. 1210), no orador Andócido de Atenas, do século V a.C.

11 Cf. *Politeia*, I, 344e1-3; X, 618c4-6, e4, 619a5. Conforme mostra P. Stemmer (1988, 529), a resposta à questão sobre como se deve viver é o que move a própria investigação filosófica (*Politeia* IX, 578c6s.; *Laches*, 187e6-188a3; *Górgias*, 472c5-d1; 500c1-4). Graças ao artigo de Stemmer fui levado a reconhecer a importância da questão sobre a boa vida

questão “o que é x?”, onde x está no lugar, dependendo do diálogo, de uma determinada virtude, seu interesse, em última instância, seria o de responder em que consiste uma boa vida. O conceito de boa vida coincide, pelo menos nos primeiros livros da *Politeia*, com a noção de bem¹². Desse modo, o centro das investigações de Platão estaria em responder a questão sobre a boa vida, a melhor vida para o homem. Essa questão consiste em mostrar como o homem deve restringir certos interesses e desejos imediatos e guiar sua vida de tal forma que seja considerada uma vida digna. Hoje em dia poderíamos dizer que esse modelo de investigação moral busca dizer em que consiste uma vida com sentido ou, o que equivale ao mesmo, qual o sentido da vida.

Essa questão é retomada por Aristóteles. As primeiras linhas da *Ethica Nicomachea* (1094a1ss.) apontam para o fato de toda atividade humana dirigir-se a um fim, sejam as atividades de cunho teórico (τέχνη e μέθοδος), sejam as atividades de cunho prático (πρᾶξις e προαίρεσις). Esse fim é chamado de bem. Feitas essas observações iniciais, Aristóteles conclui que existe um bem para o qual todas as coisas, i.e. todas as atividades, tendem.

Após a introdução da questão acerca desse bem último, Aristóteles se pergunta em que consiste esse bem (1095a14). A primeira resposta dada é meramente nominal. Quanto ao nome, não há discussão: esse bem chama-se εὐδαιμονία (1095a19), e ser εὐδαίμων consiste no viver bem (τὸ εὖ ζῆν) e no bem agir (τὸ εὖ πράττειν). Deve-se observar que, nesse contexto, quando Aristóteles fala do “bem agir”, ele está usando essa expressão no sentido amplo, englobando qualquer tipo de atividade humana,

como a principal questão que moveu as investigações de Platão em uma época de seu desenvolvimento.

12 Sobre a noção de bem na *Politeia*, cf. o artigo de G. Santas “Two Theories of Good in Plato’s Republic”.

sejam as de cunho teórico, sejam as de cunho prático. O bem agir aqui é sinônimo do bem viver.

Mas dizer que o fim último é o que tem o nome de eudaimonia não é ainda oferecer uma explicitação dessa noção. Para uma explicação adequada do bem último, deve-se, agora, perguntar em que consiste a eudaimonia. Se, por um lado, todos parecem concordar que o bem último é o que é chamado de eudaimonia, grandes são, por outro lado, as discordâncias quando se tenta dizer em que consiste a eudaimonia (1095a17ss.). Para uns ela consistiria no prazer, para outros na honra, para uns terceiros na contemplação ou teoria e, enfim, para um quarto grupo, ela equivaleria ao ganhar dinheiro. Teríamos aqui quatro tipos de vida. E a questão que surge é a acerca da mais adequada para se dizer que a pessoa que a vive é um eudaimon.

A fim de melhor precisar em que consiste a eudaimonia, Aristóteles lançará mão do que ficou conhecido na literatura secundária como argumento do ἔργον ou argumento baseado na função do homem (1097b24ss.). A plausibilidade do argumento do ergon para a determinação da eudaimonia pode ser mostrada do seguinte modo: (1) εὐδαιμονεῖν (ser εὐδαίμων) = viver bem e agir bem; (2) viver bem ou agir bem = realizar bem sua função; (3) a determinação da função do homem indicará em que consiste o bem viver e o bem agir e, portanto, em que consiste a eudaimonia.

Mas como se desenvolve o argumento do ergon?

Inicialmente, Aristóteles se pergunta *se* o homem tem uma função (1097b28ss.). Não é oferecida uma prova forte de que o homem tem uma função, mas indicado, ao se comparar o homem com artesãos como o carpinteiro e o sapateiro e com órgãos do corpo, como o olho, a mão e o pé, que seria implausível supor que o

homem não possui uma função própria.

Em seguida, são descartados como sendo a função própria do homem desempenhos que ele compartilha com seres de outras espécies (1097b35ss.). Sendo assim, o viver (τὸ ζῆν) (1097b5) não pode formar a função do homem, pois também as plantas participam da atividade vital (ζωή) de alimentação (θρεπτική) e de crescimento (αὐξητική) (1098a2) e o que se busca não é o que há de comum (κοινόν) (1097b5) entre o homem e os outros seres vivos, mas o que é lhe é próprio (ἴδιον) (1098a1). Tampouco a atividade sensitiva (αἰσθητική) pode coincidir com a função do homem, pois dela compartilham os demais animais. O que resta e é próprio ao homem é, antes, um certo agir da (parte) (daquilo) que possui logos (πρακτική τις ὁ σχ. ζωῆ τοῦ λόγου ἔχουτος) (1098a3s.).

Sendo a função do homem a atividade em acordo com o logos, todos os homens têm essa função como própria. No entanto, nem todos os homens realizam bem essa função. Apenas o bom homem o faz. O que distingue o bom homem dos homens em geral é o fato de nele a função estar sendo desempenhada com a superioridade em acordo com a virtude (ἡ κατ' ἀρετὴν ὑπεροχή) (1098a11s).

É importante observar que, nesse contexto argumentativo, o termo “bom” não possui de antemão um sentido moral. Não apenas os homens, mas todos os seres naturais e mesmo os artefatos têm uma função e podem, desse modo, ser ou não bons ao realizarem bem ou, conforme o caso, mal a função que lhes cabe. Uma árvore, por exemplo, também pode ser considerada boa se realizar sua função, digamos: dando frutos.

Outra observação relevante é o fato de o termo “bom”, nesse contexto, poder ser graduado, de tal modo que alguns serão melhores

ou piores do que outros dependendo de quão mais adequadamente realizem sua função.

Dada a função do homem (de que participam todos os homens) e dada a característica que distingue o bom homem dos demais, Aristóteles chega agora a uma definição do bem humano ou da eudaimonia. Esta mostra-se como a atividade da alma em acordo com a virtude (ψυχῆς ἐνέργεια (...) κατ' ἀρετὴν) (1098a17s). Essa definição necessita alguns esclarecimentos. Em primeiro lugar, o termo “atividade” é relevante, pois os entes em geral têm uma função a realizar, um telos a atingir, e essa função equivale a uma atividade, a um agir. Cabe aos entes uma atividade, um trabalho em direção a um fim. Em segundo lugar, no caso do homem que recebe o atributo de eudaimon, essa atividade é desempenhada da melhor maneira, daí Aristóteles usar a expressão “em acordo com a virtude”. O termo “virtude” (ἀρετή) é um substantivo grego que funciona como o abstrato do adjetivo “bom”. Não há, na época clássica grega um substantivo cunhado a partir do adjetivo “bom” (ἀγαθός), sendo, antes, usado o termo “ἀρετή”, cunhado, muito possivelmente, a partir de um dos termos usados como superlativos de “ἀγαθός”, a saber: ἄριστος¹³. “Αρετή está para o atributivo ἀγαθός como, por exemplo, δικαιοσύνη (justiça) está para δίκαιος (justo) e σοφία (sabedoria), para σοφός (sábio). Por isso, daquilo que é um bom X, pode-se também dizer que ele tem a virtude típica a um X. Dizer de um homem que ele tem virtude não significa conseqüentemente outra coisa senão dizer que ele é bom” (Stemmer: 1998, 1532). Nesse sentido, a expressão “em acordo com a virtude” deve ser entendida como “em acordo com o melhor desempenho de sua função”. E,

13 Conforme mostra P. Stemmer (1998, 1532), os termos que poderiam funcionar como superlativo de bom, a saber: ἀγαθία, ἀγαθωσύνη e ἀγαθότης, não ocorrem na época clássica, os dois últimos “encontram-se, aqui e ali, na ‘Septuaginta’ e, ocasionalmente, mais tarde” (idem: ibidem).

como fica claro a partir dessas considerações, não apenas o homem, mas quaisquer tipos de seres podem ter virtude. Enfim, deve-se, em terceiro lugar, explicitar por que essa atividade é uma atividade da alma. Para tanto, é preciso notar que alma, para Aristóteles, designa a fonte de movimento e alteração que um ente traz em si próprio. Alguns entes podem mover-se no espaço ou alterar sua forma por causas a eles externas. Quando se empurra uma mesa ou se aumenta o tamanho de um muro, se provoca um deslocamento no espaço ou uma alteração na forma desses entes sem que a causa eficiente dessas mudanças esteja no interior desses próprios entes. Ao contrário, quando uma planta cresce ou um animal se move no espaço, eles o fazem a partir de si mesmos. A essa fonte interna de movimento e alteração, Aristóteles chama alma. Sendo assim, “atividade da alma” significa a atividade realizada por um ente a partir de si mesmo.

Essa primeira definição de eudaimonia necessita, no entanto, uma precisão. Conforme visto acima, a atividade do homem que consiste na realização de sua função e que é relevante para que se seja um eudaimon não é qualquer atividade da alma, mas apenas aquela atividade que é própria ao homem. Portanto, não se trata apenas de realizar qualquer atividade da alma de acordo com a virtude, mas sim de realizar a atividade da alma, *no que toca a seu elemento racional*, em acordo com a virtude. Essa precisão será realizada no passo posterior da argumentação aristotélica quando serão tematizadas as partes da alma. Um indício de que a referida precisão é necessária pode ser visto na observação feita por Aristóteles de que, se há várias virtudes, a atividade em questão será de acordo com a virtude melhor e mais completa (εἰ δὲ πλείους αἱ ἀρεταί, κατὰ τὴν ἀρίστην καὶ τελειοτάτην) (1098a18s.). Isso significa que, havendo vários tipos de virtude correspondentes a várias partes

ou desempenhos da alma, a eudaimonia será a atividade da alma de acordo com a virtude afeta a sua parte mais eminente.

Não vou continuar desenvolvendo aqui a apresentação da estrutura argumentativa da *Ethica Nicomachea*. Gostaria apenas de chamar a atenção para o fato de que todo o objetivo das investigações éticas aristotélicas consiste exatamente em determinar o bem último ou a εὐδαιμονία ou o sentido da vida. E será exatamente guiando-se pela εὐδαιμονία que os homens devem restringir seus interesses e desejos imediatos para viver uma vida com sentido.

Antes de passar à apresentação de modelos de ética baseados na noção de dever, são importantes algumas observações. Inicialmente pode parecer estranho que se fale de ética sem que o outro esteja envolvido. Em geral quando se pensa em ética pensa-se em restrições de interesses próprios em função dos interesses de um outro. É verdade que a questão central sobre em que consiste a εὐδαιμονία parece, à primeira vista, não envolver o outro. No entanto, tanto as investigações éticas de Platão quanto as de Aristóteles mostram que não se pode viver uma boa vida sem que se seja justo. Justiça é uma virtude constitutiva da boa vida e essa virtude leva em consideração interesses dos outros. Essa importância da justiça e da conseqüente concernência pelos interesses do outro parece ser essencial aos filósofos antigos e medievais, pois o homem era compreendido por eles como pertencendo essencialmente a uma comunidade.

Uma segunda observação diz respeito à própria concepção de homem envolta nas investigações morais das éticas do bem. Como ficou claro a partir do argumento do ἔργον mencionado acima, supõe-se, nesse tipo de investigação, que o homem tenha uma função. De resto, não apenas o homem teria uma função, mas

todos os seres. Há aqui uma visão teleológica de natureza, em que os seres naturais são compreendidos a partir do desempenho que devem realizar. Essa visão teleológica, qualitativa, de natureza desaparece na época moderna. A natureza em geral e o homem em particular não são vistos mais como seres que têm um fim a realizar. As determinações do homem com base em algum traço teleológico passaram a ser rejeitadas como se estivessem comprometidas com uma metafísica infundada.

Se as éticas do bem floresceram na Antigüidade e na Idade Média, como demonstram as investigações éticas de Tomás de Aquino, elas caíram em descrédito na filosofia de vários autores modernos. Passo agora, então, à discussão de um outro modelo ético, chamado de ética do dever.

4 AS ÉTICAS DO DEVER

Pode-se identificar na visão moderna de homem um conjunto de marcas que, ainda que recebam ênfase diferenciada em autores variados, parecem estar presentes na maioria dos autores considerados modernos.

Inicialmente o homem é concebido como um indivíduo, como um ser que, por essência, não precisa pertencer a uma comunidade. É verdade que, de fato, os homens vivem e mesmo precisam viver, por questões de proteção, com outros homens, mas esse conviver não faria parte do que é o homem. À noção de indivíduo acresce-se uma outra característica, a saber: a de igualdade. Também por princípio os homens são todos iguais. Isso significa que não mais se assume que o ser humano possua um papel na cadeia de seres, na estrutura da natureza, nem que se possa, no interior do grupo humano, falar de

diferentes funções de homens, como afirmava Platão na *Politeia*¹⁴. Um terceiro ponto característico do homem moderno consiste no fato de ele ser concebido como livre. Ele é, também por princípio, tanto *livre de* restrições impostas a ele por instâncias externas, quanto *livre para* seguir o curso de vida que melhor lhe aprouver. A esse aspecto da liberdade, associa-se a autonomia, i.e. a capacidade do homem de atribuir-se, ele próprio a si próprio, as regras por que pautará sua vida e suas ações.

Diante de uma tal visão de homem, não cabe mais falar de uma teleologia que determine qual o fim a ser realizado pelo homem. É cada homem, cada indivíduo, que determina para si mesmo o curso de vida que quer seguir. Não há mais uma objetividade nas investigações sobre o fim do homem. As idéias de bem, de boa vida, ficam legadas à determinação privada de cada um¹⁵.

O homem é, sobretudo em algumas teorias clássicas modernas, determinado a partir de características mecânicas, como um ser que possui certos desejos e interesses que busca realizar ao longo de sua vida. A visão hobbesiana de homem, presente, por exemplo, na Primeira Parte do *Leviathan* ilustra essa posição.

Essa visão de homem produz um problema para a convivência dos indivíduos. Se os indivíduos são iguais, livres e autônomos e buscam, cada um, realizar seus interesses, acabarão entrando em conflito uns com os outros, já que é muito provável que a realização

14 Tendo mostrado no livro II que a justiça está presente tanto nas almas das pessoas quanto na pólis (368e3ss.), Sócrates passa a examiná-la no âmbito da pólis, construindo uma polis que seria justa. Para tanto, parte da idéia de que os homens estão, por natureza, dispostos para realizar diferentes tarefas, o que é ilustrado pela alegoria dos metais, no livro III, 415a1ss. É na realização por parte de cada um da tarefa própria a sua natureza que consistiria a justiça. Para uma história do conceito de natureza organizada hierarquicamente, de tal modo que os seres dessa hierarquia teriam cada tipo uma função própria, cf. A. O. Lovejoy, *The Great Chain of Being*.

15 Mesmo hoje em dia, as posições liberais enfatizam, de modo mais ou menos nuançado, a independência das idéias de bem com relação a valores objetivos. A determinação da noção de bem, de boa vida, fica a critério de cada indivíduo.

dos interesses de um impeça a realização dos interesses do outro. A questão que então surge é: Como coordenar a convivência humana de modo a evitar esses conflitos?

Não se pode mais, para tanto, recorrer aos modelos morais do bem, como haviam sido propostos na Antigüidade e na Idade Média, pois eles comprometem-se com uma visão qualitativa, teleológica, de homem, uma visão que caiu em descrédito. O que aparecia mais evidente a pensadores modernos seria recorrer à formação de uma estrutura estatal fundada, não mais em uma essência dos homens como seres, por natureza, sociais, mas antes em uma adesão voluntária, uma adesão que, embora produzisse restrição à realização dos interesses dos indivíduos, acabaria, a médio prazo, por ser-lhes favorável, pois evitaria uma situação de constante conflito. Essa parece ser a motivação para as teorias do contrato social¹⁶.

Se, do ponto de vista político, tenta-se explicar as restrições de interesses através das teorias contratuais do estado, com relação à defesa de uma posição moral, parece que a modernidade fica em uma situação difícil. Se moral foi entendida, como sugeri no início deste texto, como dizendo respeito à restrição de interesses e desejos imediatos em prol de alguma outra coisa, o que parece, na modernidade ocupar esse lugar é uma teoria contratual do estado, uma teoria que não mais recorre a uma noção teleológica de bem, mas a uma adesão voluntária de indivíduos para, em restringindo a perseguição de alguns de seus interesses e desejos imediatos, obter uma vantagem a médio prazo.

No entanto, a modernidade propõe algumas teorias morais que não são simplesmente teorias contratuais do estado. Os exemplos

16 É conhecida a posição de Hobbes segundo a qual a situação do homem, antes de realizar o pacto e instituir o estado, consistiria em uma guerra generalizada. Cf. *De Cive*, cap. I, XII; *Leviathan*, cap. 13.

mais conhecidos são o kantismo e o utilitarismo. Em ambos os casos, serão apresentadas regras que restringem os interesses individuais em prol de interesses de outros. É comum referir-se ao modelo kantiano como uma ética do dever, uma ética deontológica, ainda que o modelo consequencialista, utilitarista, não seja considerado como uma moral do dever. Chamei este item de meu texto de éticas do dever porque exemplificarei o modelo moderno sobretudo a partir da moral kantiana. Um contraposto ao modelo das éticas do bem poderia igualmente ser feito com base em uma proposta utilitarista, abordagem que, no entanto, não será seguida aqui.

Na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant, como já indiquei acima, começa por observar que há um uso do termo “bom” não relacional (1785, BA, 1). Esse uso, que faria parte do nosso vocabulário ordinário, significa “moralmente bom”. A partir desse emprego da palavra “bom”, Kant vai determinar o que significa moral e como se justificam as exigências morais.

O objeto a que se aplica o predicado “bom” é a vontade (1785, BA, 1). Ao se dizer que uma pessoa é boa, no sentido moral, o que se tem em vista é que a vontade dessa pessoa é determinada de um modo peculiar. Para explicitar o que significa dizer de uma vontade que ela é boa, Kant recorre ao conceito de dever (1785, BA, 8). Três momentos são aqui considerados. Inicialmente, todas as ações que estão em desacordo com o dever (*pflichtwidrig*) devem ser excluídas como não morais (1785, BA, 8). É importante observar que, apesar de Kant referir-se, nesse passo, a ações, o que a ele importa é a vontade que produz essas ações. Um segundo momento consiste em excluir as ações que, ainda que conformes ao dever (*pflichtmäßig*), não foram realizadas pelo dever (*aus Pflicht*) (1785, BA, 8). Sobram, então, como moralmente válidas aquelas ações que

não são apenas conforme ao dever, mas também realizadas pelo dever (1785, BA, 9).

Alguns exemplos podem elucidar o que Kant tem em vista. Se um comerciante agir de modo a cobrar um preço acima do adequado a um cliente, ele estará agindo em desacordo com o dever e, portanto, sua ação não será moral. Quando ele, por sua vez, cobra o justo preço, mas apenas com vistas a aumentar a clientela, ele estará agindo conforme o dever, mas não pelo dever e sim, no vocabulário de Kant, por uma inclinação (*Neigung*). Nesse segundo caso, sua ação tampouco será moral. Se, enfim, em uma terceira hipótese, ele cobra o justo preço, mas não porque terá alguma vantagem com essa ação, mas apenas porque é isso que o dever exige dele, ele estará agindo não apenas de acordo com o dever, mas também pelo dever. É apenas nesse caso que sua ação pode ser considerada moral.

Kant estabelece três proposições que caracterizariam a ação moral¹⁷: (1) uma ação, para ser moral, deve ser realizada em conformidade e pelo dever; (2) uma ação por dever tem seu valor moral não no objetivo a ser alcançado pela ação, mas pela máxima de acordo com a qual essa ação é determinada; e (3) o dever consiste na necessidade de uma ação a partir do respeito (*Achtung*) pela lei.

Algumas observações devem ser feitas aqui sobre essas afirmações. Inicialmente, o que Kant chama de *máxima* é uma representação que determina a vontade humana. Uma máxima pode ser ilustrada pela formulação “eu quero p”, onde p é uma proposição geral que, no caso da moralidade, significa agir de acordo com o dever¹⁸. É com base na máxima que determina o que se quer e não

17 Na verdade, o texto de Kant menciona explicitamente a segunda proposição em BA 13 (der zweite Satz) e a terceira proposição em BA 14 (der dritte Satz). O texto não indica explicitamente uma primeira proposição (der erste Satz), mas pode-se inferir o que Kant, no texto, considera como a primeira proposição.

18 O conceito de máxima em Kant não é totalmente claro. Na *Fundamentação da*

nas conseqüências que a ação pode ter que se determina se ela é ou não moral.

Em segundo lugar, o conceito de *lei* consiste em um preceito de ação que vale para todos os seres racionais, dentre os quais está o homem. Os seres racionais não humanos seguem diretamente essa lei. No caso dos homens, eles podem segui-la, quando a máxima que determina sua vontade consistir em querer agir de acordo com o dever, ou não segui-la, quando a determinação de sua vontade se der pelas inclinações. Por essa explicação observa-se que há duas possibilidades de determinação da vontade humana: a lei, que tem sua origem na razão, e as inclinações, que seriam desejos sensíveis.

Um terceiro ponto a ser elucidado consiste em dizer em que consiste a lei. A lei é um princípio da ação que vale para todos os seres racionais, mas o que diz exatamente esse princípio? Como os homens não são seres racionais que determinam sua vontade e agem diretamente a partir do que a lei determina, podendo também agir pela determinação das inclinações, a lei é representada pelos homens como um imperativo e um imperativo que comanda categoricamente¹⁹. As formulações do imperativo categórico são apresentadas na segunda seção da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Vou limitar-me aqui a mencionar a primeira formulação, que reza: “age apenas de acordo com aquela máxima a partir da qual

Metafísica dos Costumes, em duas notas (1785, BA 15 e BA 51), máxima é definida ora como “o princípio (*Prinzip*) subjetivo do querer” (BA 15), por oposição à lei prática, que seria “o princípio objetivo”, i.e. válido para todos os seres racionais, ora é definida como “o princípio (*Prinzip*) subjetivo do agir” (BA 51). Já na *Crítica da Razão Prática*, a máxima é definida como o princípio (*Grundsatz*) subjetivo que contém uma determinação geral da vontade, determinação esta que possui sob si várias regras práticas (1788, A35). Não vou aprofundar-me no conceito de máxima neste texto, limitando-me à explicação que apresentei.

¹⁹ Kant diferencia, como se sabe, entre dois tipos de imperativos: os hipotéticos e os categóricos (1785, BA 39ss.). Os primeiros exigem que se realize uma ação para que se alcance um dado fim; os segundos exigem a realização de uma ação sem consideração dos fins. Os imperativos que apresentam, para nós homens, o que exige a lei moral só podem ser categóricos.

tu possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal” (BA 52)²⁰.

Kant tem uma concepção de pessoa humana de acordo com a qual o homem é um ser que participa de dois mundos, um mundo sensível, em que somos movidos por inclinações, i.e. por desejos e interesses, e um mundo racional, graças ao qual podemos ser movidos pela razão. É só quando nossa vontade é determinada pela razão que seremos seres com valor moral. Kant considera, de resto, que o que é próprio do homem é a razão, sendo o elemento sensível algo que, ainda que conectado a ele, é, de certo modo, externo a sua natureza ou, pelo menos, a sua natureza mais elevada. Quando, então, a vontade é determinada pelas inclinações sensíveis, há uma determinação heterônoma, de algo estranho ao homem; quando, ao contrário, for a razão que determinar a vontade, haverá uma determinação autônoma, uma determinação do homem por ele mesmo, por algo que lhe é mais próprio. Determinar a vontade pela razão e agir em conformidade com ela é, portanto, um caso de moralidade e autonomia.

Cabe, enfim, perguntar como é possível que a vontade humana possa não ser determinada pelas inclinações sensíveis, mas sim pela razão. Parece não ser problemático afirmarmos que somos movidos por interesses, mas não é, pelo menos à primeira vista, plausível afirmarmos que a razão determina o que queremos. Kant

20 As formulações do imperativo categórico apresentadas na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* são: (I) “age apenas de acordo com aquela máxima a partir da qual tu possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal” (BA 52) (fórmula da lei universal); (Ia) “age como se a máxima de tua ação devesse tornar-se, pela tua vontade, uma lei universal da natureza” (BA 52) (fórmula da lei da natureza); (II) “age de tal modo que tu consideres (*brauchtest*) a humanidade, tanto em tua pessoa, quanto na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim e nunca meramente como um meio” (BA 66s.) (fórmula do fim em si mesmo); (III) “Que a vontade possa, por meio de sua máxima, considerar a si mesma ao mesmo tempo como legisladora universal” (BA 76) (fórmula da autonomia); e (IIIa) “age segundo máximas que possam ter por objeto a si mesmas como leis universais da natureza” (BA 81s.) (fórmula do reino dos fins).

tenta solucionar esse problema apelando para a liberdade (1785, AB 97ss.), mostrando que, graças à liberdade, somos capazes de deixar de lado as inclinações e ser determinados pela razão.

O modelo kantiano busca fundamentar as restrições de nossos desejos e interesses com base em um conceito de razão que o homem compartilharia com os demais seres racionais. A lei racional é aquilo em que, em última instância, se fundaria a moral. Trata-se aqui de um fundamento formal que nada tem a ver com a noção de boa vida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Passo agora a algumas considerações com o objetivo de comparar os dois modelos de teorias morais, i.e., os dois modelos que buscam legitimar por que se devem restringir interesses e desejos imediatos em prol de algo outro.

Nos modelos da ética do bem, o que serve como fundamento para tal restrição é uma concepção de boa vida do ser humano. De acordo com esse modelo, é uma concepção de vida com sentido que deverá servir para direcionar nossas vidas e o curso de nossas ações. A posição kantiana, ao contrário, por exemplo, da de Aristóteles, busca determinar a moral, i.e. a restrição de nossas inclinações com base em uma concepção de lei racional que serviria para a determinação de nossa vontade. Essa lei aparecia a nós como um dever.

A posição aristotélica parece buscar restringir nossos interesses imediatos em nome de um interesse que, ainda que não imediato, parece concernir a todos os humanos, a saber: o interesse em viver uma vida com sentido. Parece um dado antropológico que todos nós tenhamos um interesse em nossas vidas, em que

nossas vidas sejam dignas de ser vividas. Nesse sentido, as éticas do bem talvez tenham alguma plausibilidade. O modelo kantiano, no entanto, só faz sentido para quem admite um conceito de razão que não sirva apenas para nos dizer quais os melhores meios para obtermos certos fins, fins esses dados independentemente da razão, mas para dizer que fins devemos perseguir independentemente de nossos interesses.

Diante disso, se as investigações que buscam justificar a moral ou melhor as restrições exigidas pela moral pretendem ainda ser relevantes a nós hoje em dia, não sendo meramente uma investigação marcada por erudição histórica, creio que seria a partir de uma retomada antes de um modelo da ética do bem do que de um modelo da ética do dever.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ethica Nicomachea*. Org. L. Bywater, Oxford Classical Texts. Oxford: Oxford University Press, 1986.

HEGEL, G. W. F. (1802/03). Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften. In: *Werke 2*, org. p. E. Moldenhauer e K. M. Michel. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1986.

HEGEL, G. W. F. (1807). *Phänomenologie des Geistes*, in: *Werke 3*, org. p. E. Moldenhauer e K. M. Michel. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1986.

HEGEL, G. W. F. (1821). *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, in: *Werke 7*, org. p. E. Moldenhauer e K. M. Michel. Frankfurt a.M.:

Suhrkamp, 1986

HOBBS, T. (1642). *De Cive*, de acordo com a tradução de R. Tuck e M. Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

HOBBS, T. (1651). *Leviathan*, de acordo com a edição de R. Tuck. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

KANT, I. (1785). *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, in: *Werkausgabe*, VII, org. p. W. Weischedel. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1974.

KANT, I. (1788). *Kritik der praktischen Vernunft*, in: *Werkausgabe*, VII, org. p. W. Weischedel, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1974.

PLATÃO: *Politeia*, in: *Platonis Opera*, vol. IV, org. p. J. Burnet, Oxford Classical Texts, Oxford: Oxford University Press, 1989.

SANTAS, G. (1985). Two Theories of Good in Plato's Republic. In: *Archiv für Geschichte der Philosophie*, 67, 1985, 223-245.

SIDGWICK, H. (1874). *The Methods of Ethics*, 7. ed. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1984.

STEMMER, P. (1988). Der Grundriss der platonischen Ethik. In: *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 42, 1988.

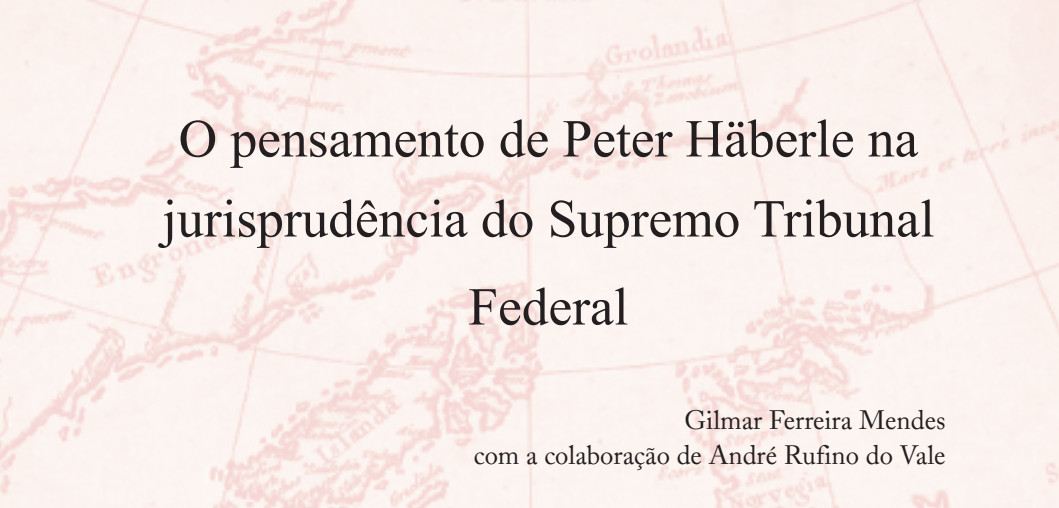
STEMMER, P. (1998). Tugend. In: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, org. p. J. Ritter e K. Gründer, vol. 10. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1998.

STRAWSON, P. F. (1962). Freedom and Resentment. In: *Freedom and Resentment and other Essays*. Londres: Routledge, 2008.

TUGENDHAT, E. (1993). *Vorlesungen über Ethik*; Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1993.

WILLIAMS, B. (1985). *Ethics and the Limits of Philosophy*. Londres: Routledge, 2006.

WOLF, U. (1996). *Die Suche nach dem guten Leben*. Rowohlt Taschenbuch Verlag, Reinbeck bei Hamburg, 1996.



O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Gilmar Ferreira Mendes
com a colaboração de André Rufino do Vale

1 INTRODUÇÃO

Peter Häberle é certamente um dos maiores constitucionalistas de nosso tempo e, não seria demais considerar, um dos grandes nomes da história do constitucionalismo ocidental. Essa não é, de nenhuma maneira, uma afirmação vaga ou imprecisa, e muito menos hiperbólica. A difusão transnacional de seu pensamento, quase sempre acompanhada de processos formais de institucionalização de estruturas, organismos e procedimentos voltados à implementação prática dos institutos por ele concebidos em nível doutrinário, é capaz de revelar os sólidos fundamentos que suas criações fornecem para o desenvolvimento do Estado constitucional em tempos hodiernos¹.

1 O Prof. Dr. h.c.mult. Peter Häberle é professor titular aposentado de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade de Bayreuth, na República Federal da Alemanha, e, atualmente, desempenha as funções de diretor do Instituto de Direito Europeu e Cultura Jurídica Europeia, do mesmo centro universitário. Nascido em Göppingen, Alemanha, em 1934, o Professor Peter Häberle estudou nas Universidades de Tübingen, Bonn, Montpellier (França) e Freiburg. Em sua tese de doutoramento, tratou, com brilhantismo, sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais na Lei Fundamental de Bonn. Seu trabalho como pesquisador foi objeto de numerosas distinções honrosas, entre as quais os títulos de doutor *Honoris Causa* pelas Universidades de Atenas, em 1994, pela Universidade de Granada, em 2002, e pela Pontifícia Universidade Católica do Peru, em 2004. Em 1998, foi contemplado com o prêmio de pesquisa por cooperação internacional do Max Planck Institut (Max-Planck-Forschungspreis für Internationale Kooperation). Sua obra é extensa, comendo-se de centenas de artigos e mais de vinte monografias, com aportes fundamentais para a doutrina constitucional europeia e mundial, em diversas obras, como *Die Wesensgehaltgarantie des*

As duas últimas décadas têm sido marcadas pela difusão dos sistemas de jurisdição constitucional em novas democracias, principalmente na Europa oriental, Ásia e América Latina², assim como pelo fortalecimento e consolidação do arcabouço institucional do Estado constitucional em diversos países, processos nos quais o pensamento de Peter Häberle tem contribuído de forma decisiva, como é possível observar em países como Peru, México e Argentina³. Nesse aspecto, seu especial interesse pela América Latina resultou na ideia de construção de um direito constitucional comum latinoamericano, por meio da identificação dos elementos culturais das Constituições do continente, o que contribui para o processo de integração constitucional e, dessa forma, para o fortalecimento da região como comunidade política e cultural.

No Brasil, desde a primeira tradução, para o português, da obra “Hermenêutica Constitucional: Sociedade Aberta dos

Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz (1962) (A garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais na Lei Fundamental), *Öffentliches Interesse als juristisches Problem* (1970) (Interesse Público como problema jurídico), *Verfassungsgerichtsbarkeit* (1976) (Jurisdição Constitucional), *Verfassung als öffentlicher Prozess* (1978) (Constituição como Processo Público), *Die Verfassung des Pluralismus* (1980) (A Constituição do pluralismo), *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (1982) (Teoria da Constituição como ciência da cultura), *Das Menschenbild im Verfassungsstaat* (1988) (O Homem no Estado Constitucional), dentre outras. Em setembro de 2005, a Universidade de Brasília – UnB concedeu-lhe o título de Doutor *Honoris Causa*, reconhecendo sua inestimável contribuição ao desenvolvimento da ciência jurídica e sua crescente influência no Brasil.

2 Cfr. GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies. Constitutional Courts in Asian cases*. New York: Cambridge University Press, 2003. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

3 Sobre a influência da doutrina de Peter Häberle no Peru, vide: LANDA ARROYO, Cesar. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra; 2007. No México, vide: HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. Na Argentina, vide: HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Buenos Aires: Astrea; 2007. No contexto iberoamericano há diversas traduções das obras de Peter Häberle: *Retos actuales del Estado constitucional*, IVAP, Önati, 1996. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997. *Libertad, igualdad y fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trotta, 1998. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos, 2000. *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001. *Pluralismo y Constitución: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002.

Intérpretes da Constituição - contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição²⁴, a doutrina de Peter Häberle tem sido incorporada com evidente vivacidade, seja no âmbito acadêmico, por meio da vertiginosa produção bibliográfica ou da prática docente e discente nas faculdades de direito, seja pelos poderes constituídos, na forma de produção legislativa e na jurisprudência dos tribunais.

No âmbito legislativo, a Lei nº 9.868/99, ao institucionalizar a figura do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira, representa um eloquente exemplo da forte influência da doutrina de Häberle que propugna por uma interpretação aberta e pluralista da Constituição.

Na jurisprudência, decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em tempos recentes demonstram a inestimável contribuição de Peter Häberle ao desenvolvimento do direito constitucional no Brasil, o que será objeto das considerações a seguir, divididas em quatro tópicos temáticos centrais de seu pensamento: 1) *amicus curiae* e audiências públicas; 2) pensamento de possibilidades; 3) tempo e constituição: a mutação constitucional; 4) Estado constitucional cooperativo.

2 AMICUS CURIAE E AUDIÊNCIA PÚBLICAS

O Supremo Tribunal Federal tem aperfeiçoado os mecanismos de abertura do processo constitucional a uma cada vez maior pluralidade de sujeitos. A Lei nº 9.868/99, em seu art. 7º, § 2º,

4 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

permite que a Corte Constitucional admita a intervenção no processo de órgãos ou entidades, denominados *amici curiae*, para que estes possam se manifestar sobre a questão constitucional em debate.

Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros interessados.

Os denominados *amici curiae* possuem, atualmente, ampla participação nas ações do controle abstrato de constitucionalidade e constituem peças fundamentais do processo de interpretação da Constituição por parte do Supremo Tribunal Federal.

Assim, é possível afirmar que a Jurisdição Constitucional no Brasil adota, hoje, um modelo procedimental que oferece alternativas e condições as quais tornam possível, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional.

Além da intervenção de *amicus curiae*, a Lei nº 9.868/99 (art. 9º) permite que o Supremo Tribunal Federal, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, requisite informações adicionais, designe peritos ou comissão de peritos para que emitam parecer sobre a questão constitucional em debate, e realize audiências públicas destinadas a colher o depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

O Tribunal tem utilizado amplamente esses novos mecanismos de abertura procedimental, com destaque para as audiências públicas recentemente realizadas no âmbito das ações do controle abstrato de constitucionalidade.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF⁵, na

5 STF, Pleno, ADI nº 3.510/DF, Rel. Min. Carlos Britto, julg. 29.5.2008.

qual se discutiu a constitucionalidade da pesquisa científica com células-tronco embrionárias, a audiência pública realizada no dia 20 de abril de 2007 contou com a participação de especialistas na matéria (pesquisadores, acadêmicos e médicos), além de diversas entidades da sociedade civil⁶, e produziu uma impressionante gama de informações e dados que permitiram ao Tribunal, no julgamento definitivo da ação (em 29.5.2008), realizar um efetivo controle e revisão de fatos e prognoses legislativos e apreciar o tema em suas diversas conotações jurídicas, científicas e éticas. O resultado foi a declaração de constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/2005, mas por uma maioria de 6 votos contra outros 5 votos que continham dispositivos diversificados fundados em distintos aspectos dessa complexa questão constitucional, alguns deles representando verdadeiras sentenças aditivas com conteúdo manipulativo dos sentidos normativos da lei impugnada⁷. O que ficou marcado nesse julgamento, de toda forma, foi a ampla participação de múltiplos segmentos da sociedade, o que fez da Corte um foro de argumentação e de reflexão com eco na coletividade e nas instituições democráticas.

Outras audiências públicas foram realizadas pelo Supremo Tribunal Federal em ações cujo julgamento ainda não foi concluído. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101, a audiência pública realizada no dia 27 de junho de 2008 debateu o tema da importação de pneus usados e sua problemática em face dos princípios constitucionais que protegem o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, foram realizadas audiências públicas

6 Cfr. MARTINS, Tahinah Albuquerque. *Audiência Pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF*: Breves Considerações. Observatório da Jurisdição Constitucional, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, ano 1, out. 2007.

7 Confirmam-se os votos dos Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes (Presidente).

nos dias 26 e 28 de agosto e 4 de setembro de 2008 para discutir o complexo tema do aborto de fetos anencéfalos. Em ambas as ações esperam-se julgamentos repletos de discussões que reflitam os argumentos levantados por diversos segmentos da sociedade civil, o que certamente propiciará maior legitimidade democrática para as decisões que serão proferidas.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal já conta com normas que preveem as competências e o procedimento de convocação e realização das audiências públicas (Emenda Regimental nº 29, de 18 de fevereiro de 2009).

Em 5 de março de 2009, a Presidência da Corte, com fundamento nas referidas regras regimentais, convocou audiência pública para discussão de diversas questões relacionadas à saúde pública no Brasil⁸. As informações e os dados produzidos nessa audiência podem ser utilizados para a instrução de qualquer processo no âmbito do Tribunal que discuta matéria relativa à aplicação de normas constitucionais em tema de saúde pública.

Importante ressaltar que o art. 154 do Regimento prescreve que as audiências públicas devem ser transmitidas pela TV Justiça e pela Rádio Justiça, o que torna possível o conhecimento geral, irrestrito e imediato, por parte de toda a população, dos debates produzidos nas audiências. Assim, não há dúvida de que o STF conta, atualmente, com eficientes canais de comunicação e de participação

8 Despacho de Convocação de Audiência Pública, de 5 de março de 2009, do Presidente do Supremo Tribunal Federal. Entre outras, a Audiência Pública – Saúde se destina a debater as seguintes questões: 1) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; 2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do Sistema Único de Saúde ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; 3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; 4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; 5) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não lícito e não previsto nas listas do SUS; 6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde.

democráticas em relação às suas atividades⁹.

No caso dos *amici curiae*, a Corte já reconheceu, inclusive, o direito desses órgãos ou entidades de fazer sustentação oral nos julgamentos (ADI-QO 2.777, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 26.11.2003; art. 131, § 3º, do Regimento Interno do STF), o que antes ficava restrito ao advogado da parte requerente, ao Advogado-

9 O Supremo Tribunal Federal conta com diversos mecanismos de aproximação com a sociedade, dentre os quais sobressaem a TV Justiça, a Rádio Justiça e a Central do Cidadão. A TV Justiça é um canal de televisão público de caráter institucional administrado pelo Supremo Tribunal Federal e tem como propósito ser um espaço de comunicação e aproximação entre os cidadãos e o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia. Além de preencher uma lacuna deixada pelas emissoras comerciais em relação às notícias ligadas às questões judiciais, o trabalho da emissora é desenvolvido na perspectiva de informar, esclarecer e ampliar o acesso à Justiça, buscando tornar transparentes suas ações e decisões. A emissora tem como principal objetivo conscientizar a sociedade brasileira em favor da independência do Judiciário, da justiça, da ética, da democracia e do desenvolvimento social e proporcionar às pessoas o conhecimento sobre seus direitos e deveres.

A Rádio Justiça é uma emissora pública de caráter institucional administrada pelo Supremo Tribunal Federal. As transmissões em FM começaram em 5 de maio de 2004. Além da frequência 104,7 MHz, a emissora também é sintonizada via satélite e pela internet. Ao tratar os temas jurídicos em profundidade, a Rádio Justiça busca evitar que assuntos importantes e complexos sejam abordados superficialmente. Além da produção de notícias por equipe própria, jornalistas de outros tribunais e de entidades ligadas ao Poder Judiciário são correspondentes da Rádio Justiça em todos os estados.

Atualmente, um dos principais canais de comunicação entre a sociedade e o Tribunal é a Central do Cidadão. Na forma do art. 2º da Resolução nº 361, de 21 de maio de 2008, a missão da Central do Cidadão é servir de canal de comunicação direta entre o cidadão e o Supremo Tribunal Federal, com vistas a orientar e transmitir informações sobre o funcionamento do Tribunal, promover ações que visem à melhoria contínua do atendimento das demandas, colaborar na tomada de decisão destinada a simplificar e modernizar os processos de entrega da Justiça, ampliando seu alcance, bem como elevar os padrões de transparência, presteza e segurança das atividades desenvolvidas no Tribunal. Nessa linha de atuação, compete à Central do Cidadão, de acordo com o art. 3º da referida Resolução: I – receber consultas, diligenciar junto aos setores administrativos competentes e prestar as informações e os esclarecimentos sobre atos praticados no Tribunal ou de sua responsabilidade; II – receber informações, sugestões, reclamações, denúncias, críticas e elogios sobre as atividades do Tribunal e encaminhar tais manifestações aos setores administrativos competentes, mantendo o interessado sempre informado sobre as providências adotadas; III – intermediar a interação entre as unidades internas para solução dos questionamentos recebidos; IV – sugerir ao Presidente políticas administrativas tendentes à melhoria e ao aperfeiçoamento das atividades desenvolvidas pelas unidades administrativas, com base nas informações, sugestões, reclamações, denúncias críticas e elogios recebidos; V – realizar, em parceria com outros setores do Tribunal, eventos destinados ao esclarecimento dos direitos do cidadão, incentivando a participação popular e promovendo internamente a cultura da instituição voltada para os interesses e as necessidades do cidadão; VI – manter e garantir, a pedido ou sempre que a situação exigir, o sigilo da fonte das sugestões, reclamações, denúncias, críticas e elogios; VII – encaminhar ao Presidente do Supremo Tribunal Federal relatório trimestral das atividades desenvolvidas pela Central do Cidadão.

Geral da União e ao Ministério Público.

Essa nova realidade enseja, além do amplo acesso e participação de sujeitos interessados no sistema de controle de constitucionalidade de normas, a possibilidade efetiva de o Tribunal Constitucional contemplar as diversas perspectivas na apreciação da legitimidade de um determinado ato questionado.

É inegável que essa abertura do processo constitucional foi fortemente influenciada, no Brasil, pela doutrina de Peter Häberle¹⁰.

A propósito, observe-se que Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às “intervenções de eventuais interessados”, assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas como intérpretes em sentido amplo da Constituição.

Destarte, não há como negar a “comunicação entre norma e fato” (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*), a qual constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos¹¹.

Se no processo de controle de constitucionalidade é inevitável a verificação de fatos e prognoses legislativos, é possível constatar a necessidade de adoção de um modelo procedimental que outorgue ao Tribunal as condições suficientes para proceder a essa aferição.

Assim, é certo que, ao cumprir as funções de Corte

10 Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

11 MARENHOLZ, Ernst Gottfried. *Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht*. In *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse, Heidelberg, 1990, p. 53 (54).

Constitucional, o Tribunal não pode deixar de exercer a sua competência, especialmente no que se refere à defesa dos direitos fundamentais em face de uma decisão legislativa, sob a alegação de que não dispõe dos mecanismos probatórios adequados para examinar a matéria.

Evidente, assim, que essa fórmula procedimental aberta constitui um excelente instrumento de informação para a Corte Suprema.

Não há dúvida de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito.

Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, o Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos “amigos da Corte”.

Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição.

Enfim, a admissão de *amicus curiae* confere ao processo constitucional um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais no Estado Democrático de Direito.

3 O PENSAMENTO DE POSSIBILIDADES

A Constituição não é uma norma fechada, mas sim um projeto em contínuo desenvolvimento, representativo de conquistas e experiências e ao mesmo tempo aberto à evolução e à utopia. No Estado Constitucional, a interpretação da Constituição, portanto, não deve ser realizada segundo a lógica do “um ou outro” (*Entweder-oder*), mas de acordo com um pensamento permanentemente aberto a múltiplas alternativas e possibilidades.

Peter Häberle é o mais expressivo defensor dessa forma de pensar o direito constitucional nos tempos hodiernos, entendendo ser o “pensamento jurídico do possível” expressão, consequência, pressuposto e limite de uma interpretação constitucional aberta¹².

Nessa medida, e essa parece ser uma das importantes consequências da orientação perfilhada por Häberle, “uma teoria constitucional das alternativas” pode converter-se numa “teoria constitucional da tolerância”¹³. Daí perceber-se também que a “alternativa como pensamento possível afigura-se relevante, especialmente no evento interpretativo: na escolha do método, tal como verificado na controvérsia sobre a tópica como força produtiva de interpretação”¹⁴.

A propósito, anota Häberle:

O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (*fragendes Denken*). Na res publica existe um ethos jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade,

12 Häberle, Peter. *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken*. In: *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/TS, 1980, p. 9.

13 Häberle, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6.

14 Häberle, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 7.

sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para “novas” realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor¹⁵.

Nessa linha, observa Häberle que “para o estado de liberdade da *res publica* afigura-se decisivo que a liberdade de alternativa seja reconhecida por aqueles que defendem determinadas alternativas”. Daí ensinar que “não existem apenas alternativas em relação à realidade, existem também alternativas em relação a essas alternativas”¹⁶.

O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: “o pensamento do possível” indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. “O pensamento do possível” depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro (*Möglich ist nur was in Zukunft wirklich sein kann*). É a perspectiva da realidade (futura) que permite separar o impossível do possível¹⁷.

Segundo a lição de Scheuner, citada por Häberle, a Constituição, para ter preservada sua força regulatória em uma sociedade pluralista, não pode ser vista como texto acabado ou definitivo, mas sim como “projeto” (“*Entwurf*”) em desenvolvimento contínuo¹⁸.

O pensamento de possibilidades como pressuposto e

15 Häberle, Peter. Die Verfassung des Pluralismus, cit., p. 3.

16 Häberle, Peter. Die Verfassung des Pluralismus, cit., p. 6.

17 Häberle, Peter. Die Verfassung des Pluralismus, cit., p. 10.

18 Häberle, Peter. Die Verfassung des Pluralismus, cit., p. 4.

expressão de uma interpretação constitucional aberta tem sido adotado pelo Supremo Tribunal Federal na solução de questões constitucionais diversas.

A análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1.289¹⁹ mostra, de forma evidente, a adoção, na espécie, de um “pensamento do possível”, tal como concebido no pensamento de Peter Häberle. A ementa do julgado assim deixou consignado o resumo da decisão do Tribunal:

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Embargos Infringentes. Cabimento, na hipótese de recurso interposto antes da vigência da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. 3. Cargos vagos de juizes do TRT. Composição de lista. 4. Requisitos dos arts. 94 e 115 da Constituição: quinto constitucional e lista sêxtupla. 5. Ato normativo que menos se distancia do sistema constitucional, ao assegurar aos órgãos participantes do processo a margem de escolha necessária. 6. Salvaguarda simultânea de princípios constitucionais em lugar da prevalência de um sobre outro. 7. Interpretação constitucional aberta que tem como pressuposto e limite o chamado “pensamento jurídico do possível”. 8. Lacuna constitucional. 9. Embargos acolhidos para que seja reformado o acórdão e julgada improcedente a ADI 1.289, declarando-se a constitucionalidade da norma impugnada. (grifado)

A Constituição brasileira, em seu art. 94, prescreve que um quinto dos lugares nos Tribunais Regionais e Estaduais será composto de membros do Ministério Público e de advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. No caso, o Supremo Tribunal enfrentou a questão de saber se,

19 STF, Pleno, ADI-EI nº 1.289-4/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 3.4.2003.

ante a inexistência temporária de membros do Ministério Público com mais de dez anos de carreira, poderiam concorrer a vagas em Tribunal Regional do Trabalho outros membros que não cumprissem o mencionado requisito constitucional.

O Tribunal procurou adotar solução que propiciasse, na maior medida possível, a realização dos princípios constitucionais em questão, permitindo a participação de membros do Ministério Público na composição do Tribunal trabalhista. Ao assentar que um dos valores constitucionais para a composição de órgãos judiciais era a observância do denominado “quinto constitucional”, o Tribunal chamou a atenção para um elemento que assume valor ímpar nas sociedades pluralistas: a composição plural dos órgãos judiciais.

No Brasil, o princípio do quinto constitucional rende notória homenagem a esse valor, permitindo que as Cortes tenham, necessariamente, uma composição diversificada. A não-satisfação do princípio do quinto constitucional configura, portanto, um desvalor que, certamente, não encontra respaldo na estrutura constitucional brasileira, tal como anotado na decisão do STF.

Ademais, cumpre observar que, ao consagrar o critério da lista sêxtupla composta por procuradores que ainda não preenchiam o requisito temporal, no caso de falta de membros habilitados, atendeu-se a outro valor, igualmente importante para o texto constitucional: o respeito à liberdade de escolha por parte do Tribunal e do próprio Poder Executivo. Do contrário, restaria prejudicado o equilíbrio que o texto constitucional pretendeu formular para o sistema de escolha: participação da classe na formação da lista sêxtupla; participação do Tribunal na escolha da lista tríplice e participação do Executivo na escolha de um dos nomes. A formação incompleta da lista sêxtupla ou até mesmo o envio de um ou dois nomes que preenchessem todos

os requisitos constitucionais acabaria por afetar o modelo original concebido pelo constituinte, reduzindo ou eliminando a participação do Tribunal e do Executivo no processo de escolha.

Portanto, entre as interpretações cogitáveis, aquela que mais se aproxima desse “pensamento do possível”, na espécie, é exatamente a perfilhada na decisão do STF, que, como se vê, logra realizar os princípios em eventual tensão dialética sem comprometer aspectos fundamentais da complexa decisão constitucional, ou seja, respeita-se o princípio do quinto constitucional e a cláusula da lista sêxtupla, que, menos do que a revelação de um número cabalístico, contém uma definição em favor da liberdade relativa de escolha por parte do Tribunal e do Poder Executivo.

Muito mais distante da vontade constitucional seria a composição do Tribunal sem a participação dos integrantes do Ministério Público, significa dizer, sem a observância do princípio do quinto constitucional. Da mesma forma, haveria de revelar-se distante do texto constitucional a composição da lista com número inferior ao estabelecido constitucionalmente, afetando o modelo já restrito de liberdade de escolha. Não há dúvida, pois, de que, entre os caminhos possíveis de serem trilhados, adotou-se aquele que mais se aproximava da integridade da decisão constitucional, respeitando o princípio do quinto constitucional e a liberdade de escolha dos órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo.

Não é difícil encontrar outros exemplos do pensamento do possível na rica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não raras vezes assentada na eventual configuração de uma omissão ou lacuna constitucional. São exemplos notórios desse pensamento as decisões do Tribunal que reconheceram a existência de uma “situação jurídica ainda constitucional” relativamente a algumas

normas aplicáveis às defensorias públicas.

De certa forma, o precedente firmado no Recurso Extraordinário nº 135.328²⁰ e consolidado no Recurso Extraordinário no 147.776²¹ parece aquele que melhor expressa a ideia de omissão ou lacuna constitucional apta a justificar a interpretação compreensiva do texto constitucional e das situações jurídicas pré-constitucionais.

A ementa do acórdão no RE nº 147.776 revela, por si só, o significado da decisão para a versão brasileira do “pensamento constitucional do possível”:

Ementa: Ministério Público: Legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135.328): processo de inconstitucionalização das leis.

1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia extunc faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da constituição — ainda quanto teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada — subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.

2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68, C. Pr. Penal — constituindo modalidade de assistência judiciária — deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que — na União ou em cada Estado considerado —, se implemente

20 STF, Pleno, RE nº 135.328-7/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 29.6.1994.

21 STF, Pleno, RE nº 147.776-8/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 19.5.1998.

essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68, C. Pr. Pen será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135.328 (RECrIm 147.776-8, Rel. Sepúlveda Pertence, Lex-JSTF, 238, p. 390).

Também aqui se identificou uma lacuna no texto constitucional, que, ao outorgar a atribuição de assistência judiciária às defensorias públicas, não ressaltou as situações jurídicas reguladas de maneira diversa no direito pré-constitucional – ausência de cláusula transitória –, especialmente naquelas unidades federadas que ainda não haviam instituído os órgãos próprios de defensoria. Destarte, a justificativa para a manutenção do direito pré-constitucional fez-se com base numa disposição transitória implícita, que autorizava a aplicação do modelo legal pré-constitucional até a completa implementação do novo sistema previsto na Constituição.

Assim, também na citada decisão na ADI 1.289, pareceu legítimo ao Tribunal admitir que a regra constitucional continha uma lacuna: a não-regulação das situações excepcionais existentes na fase inicial de implementação do novo modelo constitucional. Não tendo a matéria sido regulada em disposição transitória, parece adequado que o próprio intérprete possa fazê-lo em consonância com o sistema constitucional. E, tal como demonstrado, a aplicação que menos se distancia do sistema formulado pelo constituinte parece ser aquela que admite a composição da lista com procuradores do trabalho que ainda não preenchiam o requisito concernente ao tempo de serviço. Assegurou-se aos órgãos participantes do processo a margem de escolha necessária dentre procuradores com tempo de serviço inferior a 10 anos, na hipótese de inexistência de candidatos que preenchessem o requisito temporal fixado.

Outros exemplos de aplicação do pensamento do possível são encontrados na jurisprudência do STF.

Na Suspensão de Segurança n° 3.154²², entendeu-se que, num quadro fático extraordinário, em que as finanças do Estado-membro estejam em colapso, a interpretação da garantia do pagamento em dia da remuneração dos servidores públicos estaduais, segundo um pensamento de possibilidades, enseja a alternativa de prorrogação excepcional e momentânea, por alguns dias, de parte do efetivo pagamento da remuneração. Isso porque a eficácia plena da norma constitucional dependeria de um estado de normalidade das finanças estaduais. Entendeu-se, assim, que, sem desbordar dos parâmetros constitucionais de razoabilidade e proporcionalidade, pode o Estado, sem reduzir o valor específico da remuneração, prorrogar por alguns dias parte do pagamento, ante absoluta impossibilidade financeira.

No Mandado de Segurança n° 26.690²³, o Tribunal mais uma vez se deparou com a ausência de regras de transição destinadas a solucionar situações não abrangidas por novos preceitos constitucionais. No caso, questionava-se a possibilidade de que membro do Ministério Público estadual pudesse participar de concurso público para cargo no Ministério Público Federal, sem preencher o requisito constitucional de três anos de atividade jurídica. Na hipótese, o novo requisito constitucional de três anos de atividade jurídica havia sido implementado pela Emenda Constitucional n° 45/2004, após a aprovação da candidata no concurso de Promotor de Justiça do Ministério Público Estadual. No entanto, quando a mesma candidata pretendeu realizar concurso público para o Ministério Público Federal, já estava vigente o novo requisito constitucional. O Tribunal encontrou-se então diante

22 STF, Presidência, SS n° 3.154-6/RS, Rel. Min. Presidente, julg. 28.3.2007.

23 STF, Pleno, MS n° 26.690/DF, Rel. Min. Eros Grau, julg. 3.9.2008.

de situação singular, em que um membro do Ministério Público Estadual não poderia, em princípio, participar de certame público para preencher vaga no Ministério Público Federal. A solução encontrada foi interpretar a nova norma constitucional levando em conta a excepcionalidade da situação, ocorrida em momento de transição constitucional, o que requereria a aplicação de um típico pensamento do possível, tal como já feito pelo Tribunal no citado julgamento da ADI 1.289. Assim, entendeu o Tribunal que, diante da notória contradição fática surgida em momento de transição de regimes jurídicos, e tendo em vista o princípio da isonomia aplicável, na espécie, para igualar a situação dos membros dos Ministérios Públicos Federal e Estadual, submetidos que estão a um mesmo regime constitucional (art. 128 da Constituição), a solução mais consentânea com a ordem constitucional seria a permissão excepcional para que a candidata participasse do concurso mesmo sem preencher o requisito constitucional dos três anos de atividade jurídica.

A análise desses julgados faz transparecer a constatação de que o pensamento do possível, na medida em que permite a interpretação constitucional aberta a novas alternativas e incentiva a adaptabilidade do texto à evolução social constante de uma sociedade complexa e plural, constitui também um modo de pensar sobre a relação entre tempo e Constituição (*Zeit und Verfassung*) e, desse modo, sobre o fenômeno da mutação constitucional, cujo tratamento pela obra de Peter Häberle também tem sido incorporado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil.

4 TEMPO E CONSTITUIÇÃO: A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Talvez um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional seja aquele relativo à evolução jurisprudencial e, especialmente, a possível mutação constitucional. Se a sua repercussão no plano material é inegável, são inúmeros os desafios no plano do processo em geral e, em especial, do processo constitucional.

Retira-se da obra de Peter Häberle a observação segundo a qual não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*). Interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública (*Einen Rechssatz “auslegen” bedeutet, ihn in die Zeit, d.h. in die öffentliche Wirklichkeit stellen – um seiner Wirksamkeit willen*). Por isso, Häberle introduz o conceito de pós-compreensão (*Nachverständnis*), entendido como o conjunto de fatores temporalmente condicionados com base nos quais se compreende “supervenientemente” uma dada norma. A pós-compreensão nada mais seria, para Häberle, do que a pré-compreensão do futuro, isto é, o elemento dialético correspondente da ideia de pré-compreensão²⁴.

Tal concepção permite a Häberle afirmar que, em sentido amplo, toda lei interpretada – não apenas as chamadas leis temporárias – é uma lei com duração temporal limitada (*In einem weiteren Sinne sind alle – interpretierten – Gesetzen “Zeitgesetze” – nicht nur die zeitlich befristeten*). Em outras palavras, a norma, confrontada com novas experiências, transforma-se necessariamente em uma outra

24 HÄBERLE, Peter. *Zeit und Verfassung*. in DREIER, Ralf; SCHWEGMANN, Friedrich. *Probleme der Verfassungsinterpretation*. Nomos, Baden-Baden, 1976, p.312-313.

norma.

Essa reflexão e a ideia segundo a qual a atividade hermenêutica nada mais é do que um procedimento historicamente situado autorizam Häberle a realçar que uma interpretação constitucional aberta prescinde do conceito de mutação constitucional (*Verfassungswandel*) como categoria autônoma.

Nesses casos, fica evidente que o Tribunal não poderá fingir que sempre pensara dessa forma. Daí a necessidade de, em tais casos, fazer-se o ajuste do resultado, adotando-se técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduza a mudança de valoração. No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma mutação normativa ou a evolução na interpretação, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas. A orientação doutrinária tradicional, marcada por uma alternativa rigorosa entre atos legítimos ou ilegítimos (*entweder als rechtmässig oder als rechtswidrig*), encontra dificuldade para identificar a consolidação de um processo de inconstitucionalização (*Prozess des Verfassungswidrigwerdens*). Prefere-se admitir que, embora não tivesse sido identificada, a ilegitimidade sempre existira.

Daí afirmar Häberle:

O Direito Constitucional vive, *prima facie*, uma problemática temporal. De um lado, a dificuldade de alteração e a conseqüente duração e continuidade, confiabilidade e segurança; de outro, o tempo envolve o agora mesmo, especificamente o Direito Constitucional. É que o processo de reforma constitucional deverá ser feito de forma flexível e a partir de uma interpretação constitucional aberta. A continuidade da Constituição somente será possível se passado e futuro estiverem nela

associados.”²⁵

Häberle então indaga: “O que significa tempo? Objetivamente, tempo é a possibilidade de se introduzir mudança, ainda que não haja a necessidade de produzi-la”²⁶.

Tal como anota Häberle, “o tempo sinaliza ou indica uma reunião (ensemble) de forças sociais e ideias. [...] A ênfase ao ‘fator tempo’ não deve levar ao entendimento de que o tempo há de ser utilizado como ‘sujeito’ de transformação ou de movimento [...] A história (da comunidade) tem muitos sujeitos. O tempo nada mais é do que a dimensão na qual as mudanças se tornam possíveis e necessárias [...]”²⁷.

Não é raro que essas alterações de concepções se verifiquem, dentre outros campos, exatamente em matéria de defesa dos direitos fundamentais. Aqui talvez se mesquem as mais diversas concepções existentes na própria sociedade e o processo dialético que as envolve. E os diversos entendimentos de mundo convivem, sem que, muitas vezes, o “novo” tenha condições de superar o “velho”.

É natural também que esse tipo de situação se coloque de forma bastante evidente no quadro de uma nova ordem constitucional. Aqui, entendimentos na jurisprudência, doutrina e legislação tornam, às vezes, inevitável que a interpretação da Constituição se realize, em um primeiro momento, com base na situação jurídica pré-existente. Assim, até mesmo institutos novos poderão ser interpretados segundo entendimento consolidado na jurisprudência e na legislação pré-constitucionais. Nesse caso, é igualmente compreensível que uma nova orientação hermenêutica

25 Häberle, Peter. *Zeit und Verfassung*, cit., p. 295-296.

26 Häberle, Peter. *Zeit und Verfassung*, cit., p. 300.

27 Häberle, Peter. *Zeit und Verfassung*, cit., p. 300.

reclame cuidados especiais.

Alguns exemplos de mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revelam que o abandono de precedentes e a adoção de nova interpretação de textos normativos, especialmente de disposições constitucionais, devem estar baseadas em cuidadosas e bem fundamentadas razões de decidir. No Recurso Extraordinário nº 165.438²⁸, por exemplo, o Tribunal reviu posicionamento anterior – fixado nos RE nº 140.616²⁹, RE nº 141.290³⁰ e RE 141.367³¹ – que consolidava o entendimento no sentido de que o art. 8º do ADCT da Constituição de 1988 (anistia) não se aplicaria às promoções por merecimento de militares. Após longo julgamento e ampla discussão, o Tribunal passou a então interpretar, de forma mais ampla, o art. 8º do ADCT da CF/88, no sentido de que, para a concessão de promoções, inclusive por merecimento, na aposentadoria ou na reserva, deve ser considerado, tão-somente, o decurso de tempo necessário para alcançar o posto na hierarquia militar, de acordo com a legislação vigente.

Na prática do Supremo Tribunal Federal, as citadas concepções têm sido utilizadas nos casos em que a Corte produz um câmbio substancial em entendimentos jurisprudenciais anteriormente consolidados. Em hipóteses típicas de mutação constitucional ou de evolução na interpretação, em que se altera jurisprudência consolidada, a Corte tem adotado a técnica da modulação dos efeitos da decisão, com base em razões de segurança jurídica.

Assim ocorreu na decisão proferida na Questão de Ordem no Inquérito nº 687³², em que o Tribunal cancelou o enunciado da

28 STF, Pleno, RE nº 165.438-4/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 5.5.2006.

29 STF, Pleno, RE nº 140.616, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 2.4.1993.

30 STF, Pleno, RE nº 141.290, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 2.4.1993.

31 STF, Pleno, RE nº 141.367, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 6.11.1992.

32 STF, Pleno, INQ nº 687, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 9.11.2001.

Súmula n° 394 – que consolidava entendimento jurisprudencial no sentido de que a competência da Corte para julgar agentes públicos com prerrogativa de foro prevaleceria ainda que o inquérito ou a ação penal fossem iniciados após o agente ter deixado o cargo³³ – ressaltando os atos praticados e as decisões já proferidas que nela se basearam.

No Conflito de Competência n° 7.204³⁴, fixou-se o entendimento no sentido de que “o Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência ex ratione materiae. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto”.

No julgamento do HC n° 82.959, o Tribunal declarou, com efeitos prospectivos, a inconstitucionalidade da vedação legal absoluta da progressão de regime penal para os crimes hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei n° 8.072/90), com radical modificação de antiga jurisprudência.

Um dos casos mais interessantes de mudança jurisprudencial está representado no julgamento dos Mandados de Segurança n° 26.602, 26.603 e 26.604³⁵. Discutiu-se, nesses casos, se os partidos políticos possuem direito a manter as vagas por eles conquistadas em eleições regidas pelas regras do sistema proporcional, em caso

33 STF, Súmula 394: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

34 STF, Pleno, CC n° 7.204/MG, Rel. Min. Carlos Britto, julg. em 29.6.2005.

35 STF, Pleno, MS n° 26.602, Rel. Min. Eros Grau; MS n° 26.603, Rel. Min. Celso de Mello; MS n° 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 4.10.2007.

de desfiliação dos parlamentares que as preenchem.

Após a Constituição de 1988, o tema da fidelidade partidária e a questão específica quanto à extinção do mandato do parlamentar que deixar a legenda sob a qual tenha sido eleito encontraram resposta na jurisprudência do STF, desde o julgamento do MS nº 20.927³⁶. Com base no entendimento de que a vinculação do candidato ao partido seria apenas condição de elegibilidade (art. 14, § 3º, da Constituição de 1988), o Tribunal mantinha firme posição no sentido de que, no sistema constitucional brasileiro, apesar da valorização dada à representação parlamentar dos partidos, não se exigiria qualquer modalidade de fidelidade partidária para os candidatos eleitos.

Em Sessão de 4 de outubro de 2007, a Corte reviu esse entendimento e, baseando-se em renovada interpretação dos princípios da democracia partidária, da representação proporcional, do pluralismo político e da fidelidade partidária, produziu mudança radical em sua jurisprudência e passou a considerar que o mandato parlamentar pertence ao partido. Assim, no novo entendimento da Corte, ressalvadas situações específicas decorrentes de ruptura de compromissos programáticos por parte da agremiação, perseguição política ou outra situação de igual significado, o abandono do partido deve dar ensejo à extinção do mandato.

Na ocasião, diante da mudança que se operou em antiga jurisprudência, e com base em razões de segurança jurídica, o Tribunal entendeu que os efeitos da decisão deveriam ser modulados no tempo. Fixou então um marco temporal desde o qual tais efeitos poderiam ser efetivamente produzidos, o que deveria coincidir com a decisão do Tribunal Superior Eleitoral na Consulta nº 1.398/2007³⁷,

36 MS nº 20.927/DF, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 11.10.1989, DJ 15.4.1994.

37 TSE, Consulta nº 1.398/2007, Rel. Min. César Asfor Rocha.

Rel. Min. César Asfor Rocha, que ocorrera na Sessão do dia 27 de março de 2007, na qual a Corte eleitoral já havia adotado tal entendimento.

Outro interessante caso de mutação constitucional verificada na jurisprudência do STF está no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 349.703 e 466.343, nos quais a Corte modificou antigo entendimento a respeito do status normativo dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna. Como o caso também envolve considerações a respeito das lições de Peter Häberle sobre o Estado constitucional cooperativo, destinamos um tópico específico (a seguir) para analisar essa importante decisão.

Deixe-se acentuado, por fim, que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional. A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo.

5 ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

O Supremo Tribunal Federal por muito tempo adotou a ideia de que os tratados de direitos humanos, como quaisquer outros instrumentos convencionais de caráter internacional, poderiam ser concebidos como equivalentes às leis ordinárias. Segundo essa tese, denominada de “tese da legalidade ordinária” dos tratados internacionais, tais acordos não possuiriam a devida legitimidade

para confrontar, nem para complementar, o preceituado pela Constituição Federal em matéria de direitos fundamentais.

O Tribunal passou a adotar essa tese no julgamento do RE nº 80.004, julgado em 1.6.1977³⁸. Na ocasião, os Ministros integrantes do Tribunal discutiram amplamente o tema das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno. O Relator, Ministro Xavier de Albuquerque, calcado na jurisprudência anterior, votou no sentido do primado dos tratados e convenções internacionais em relação à legislação infraconstitucional. A maioria, porém, após voto-vista do Min. Cunha Peixoto, entendeu que ato normativo internacional – no caso, a Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias – poderia ser modificado por lei nacional posterior, ficando consignado que os conflitos entre duas disposições normativas, uma de direito interno e outra de direito internacional, devem ser resolvidos pela mesma regra geral destinada a solucionar antinomias normativas num mesmo grau hierárquico: *lex posterior derogat legi priori*.

Sob a égide da Constituição de 1988, exatamente em 22 de novembro de 1995, o Plenário do STF voltou a discutir a matéria no HC nº 72.131, Red. p/ o acórdão Ministro Moreira Alves, porém agora tendo como foco o problema específico da prisão civil do devedor como depositário infiel na alienação fiduciária em garantia. Na ocasião, reafirmou-se o entendimento no sentido de que os diplomas normativos de caráter internacional adentrariam o ordenamento jurídico interno no patamar da legislação ordinária e eventuais conflitos normativos seriam resolvidos pela regra *lex posterior derogat legi priori*. Preconizaram esse entendimento

38 STF, Pleno, RE nº 80.004/SE, Rel. p/ o acórdão Min. Cunha Peixoto, julgado em 1º.6.1977.

também os votos vencidos dos Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek e Carlos Velloso. Deixou-se assentado, não obstante, seguindo-se o entendimento esposado no voto do Ministro Moreira Alves, que o art. 7º (7) do Pacto de San José da Costa Rica, por ser norma geral, não revogaria a legislação ordinária de caráter especial, como o Decreto-Lei nº 911/69, que equipara o devedor-fiduciante ao depositário infiel para fins de prisão civil.

Posteriormente, no importante julgamento da medida cautelar na ADI nº 1.480-3/DF, Rel. Min. Celso de Mello (em 4.9.1997), o Tribunal voltou a afirmar que entre os tratados internacionais e as leis internas brasileiras existiria mera relação de paridade normativa, entendendo-se as “leis internas” no sentido de simples leis ordinárias e não de leis complementares.

A tese da legalidade ordinária dos tratados internacionais foi reafirmada em julgados posteriores³⁹ e manteve-se firme na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até o ano de 2008, quando a Corte, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 349.703⁴⁰ e 466.343⁴¹, constatou que, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência havia se tornado completamente defasada.

Não se pode perder de vista que, hoje, vivemos em um “Estado Constitucional Cooperativo”, identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado

39 RE nº 206.482-3/SP, Rel. Min. Mauricio Corrêa, julgado em 27.5.1998, DJ 5.9.2003; HC nº 81.319-4/GO, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 24.4.2002, DJ 19.8.2005; HC n 77.053-1/SP, Rel. Min. Mauricio Corrêa, julgado em 23.6.1998, DJ 4.9.1998; HC nº 79.870-5/SP, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 16.5.2000, DJ 20.10.2000; RE nº 282.644-8/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, julgado em 13.2.2001, DJ 20.9.2002.

40 STF, Pleno, RE nº 349.703, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. em 3.12.2008.

41 STF, Pleno, RE nº 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. em 3.12.2008.

Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais⁴².

Para Häberle, ainda que, numa perspectiva internacional, muitas vezes a cooperação entre os Estados ocupe o lugar de mera coordenação e de simples ordenamento para a coexistência pacífica (ou seja, de mera delimitação dos âmbitos das soberanias nacionais), no campo do direito constitucional nacional, tal fenômeno, por si só, pode induzir ao menos a tendências que apontem para um enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo, gerando uma concepção que faz prevalecer o direito comunitário sobre o direito interno⁴³.

Nesse contexto, mesmo conscientes de que os motivos que conduzem à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos, é preciso reconhecer os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral⁴⁴ como os mais evidentes. E no que se refere ao aspecto ideal-moral, não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas constitucionais que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais⁴⁵ e a proteção dos direitos humanos como corolário da

42 HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 75-77.

43 HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 74.

44 HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 68.

45 HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 67.

própria garantia da dignidade da pessoa humana.

Na realidade europeia, é importante mencionar a abertura institucional a ordens supranacionais consagrada em diversos textos constitucionais [cf. v.g. Preâmbulo da Lei Fundamental de Bonn e art. 24, (I); o art. 11 da Constituição italiana⁴⁶; os arts. 8^o⁴⁷ e 16⁴⁸ da Constituição portuguesa; e, por fim, os arts. 9^o (2) e 96 (1) da Constituição espanhola⁴⁹; dentre outros]⁵⁰.

Ressalte-se, nesse sentido, que há disposições da Constituição brasileira de 1988 que remetem o intérprete para realidades normativas relativamente diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público. Refiro-me, especificamente, a quatro disposições que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional.

A primeira cláusula consta do parágrafo único do art. 4^o,

46 O art. 11 da Constituição italiana preceitua que a Itália “consente, em condições de reciprocidade com outros Estados, nas limitações de soberania necessárias a uma ordem asseguradora da paz e da justiça entre as Nações”.

47 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, 1999, p. 725-727. Dispõe o atual art. 8.º da Constituição da República Portuguesa (Quarta Revisão/1997): “Art. 8.º (direito internacional). 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internamente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos”.

48 O art. 16, n.º 1 da Constituição Portuguesa preceitua que: “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”. Ademais, o art. 16, n.º 2 aduz que: “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”

49 A Constituição espanhola, em seu art. 9 n.º 2, afirma que: “As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretarão de conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificados pela Espanha”. Ademais, no art. 96, n.º 1, dita a regra de que: “os tratados internacionais, logo que publicados oficialmente na Espanha farão parte da ordem interna espanhola”.

50 Cf. FROWEIN, Jochen Abr. *Die Europäisierung des Verfassungsrechts*. In: BADURA, Peter e DREIER, Horst. *Festschrift des Bundesverfassungsgerichts*. Bd. I, 2001. pp. 209-210.

que estabelece que a “República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Em comentário a este artigo, o saudoso Professor Celso Bastos ensinava que tal dispositivo constitucional representa uma clara opção do constituinte pela integração do Brasil em organismos supranacionais⁵¹.

A segunda cláusula é aquela constante do § 2º do art. 5º, a qual estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição brasileira “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A terceira e quarta cláusulas foram acrescentadas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, constantes dos §§ 3º e 4º do art. 5º, que rezam, respectivamente, que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, e “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”

Lembre-se, também, que vários países latino-americanos já avançaram no sentido de sua inserção em contextos supranacionais, reservando aos tratados internacionais de direitos humanos lugar especial no ordenamento jurídico, algumas vezes concedendo-lhes valor normativo constitucional.

Assim, Paraguai (art. 9º da Constituição)⁵² e Argentina (art.

51 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; 1988, p. 466.

52 Constituição do Paraguai, de 20.06.1992, artigo 9º: “A República do Paraguai, em condições de igualdade com outros Estados, admite uma ordem jurídica supranacional

75 inc. 24)⁵³, provavelmente influenciados pela institucionalização da União Europeia, inseriram conceitos de supranacionalidade em suas Constituições. A Constituição uruguaia, por sua vez, promulgada em fevereiro de 1967, inseriu novo inciso em seu artigo 6º, em 1994, porém mais tímido que seus vizinhos argentinos e paraguaios, ao prever que “A República procurará a integração social e econômica dos Estados latino-americanos, especialmente no que se refere à defesa comum de seus produtos e matérias primas. Assim mesmo, propenderá à efetiva complementação de seus serviços públicos.”

Esses dados revelam uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano. Por conseguinte, a partir desse universo jurídico voltado aos direitos e garantias fundamentais, as constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional.

No continente americano, o regime de responsabilidade do Estado pela violação de tratados internacionais vem apresentando uma considerável evolução desde a criação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, adotada por conferência interamericana especializada sobre direitos humanos, em 21 de novembro de 1969. Entretanto, na prática, a mudança da forma pela qual tais direitos são tratados pelo Estado brasileiro ainda ocorre de maneira lenta e gradual. E

que garanta a vigência dos direitos humanos, da paz, da justiça, da cooperação e do desenvolvimento político, econômico, social e cultural”.

53 A Constituição da Argentina, no inciso 24 do Artigo 75, estabelece que “Corresponde ao Congresso: aprovar tratados de integração que deleguem competências e jurisdição a organizações supraestatais em condições de reciprocidade e igualdade, e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos. As normas ditadas em sua consequência têm hierarquia superior às leis”.

um dos fatores primordiais desse fato está no modo como se vinha concebendo o processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna.

O Supremo Tribunal Federal, levando em consideração essa tendência hodierna de inserção do Estado constitucional brasileiro em contextos supranacionais, promoveu uma vigorosa renovação de sua jurisprudência e passou a adotar a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, no histórico julgamento dos Recursos Extraordinários nº 349.703 (Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes) e nº 466.343 (Relator Ministro Cezar Peluso)⁵⁴.

Não há dúvida de que, no Estado constitucional cooperativo, é mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não podem afrontar a supremacia da Constituição, mas têm lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária significa subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Assim, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, entende-se que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina

54 STF, Pleno, RE nº 349.703, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. em 3.12.2008. STF, Pleno, RE nº 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. em 3.12.2008.

normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Nesse sentido, concluiu o Supremo Tribunal Federal que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969⁵⁵.

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916⁵⁶.

Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

Com a decisão do Tribunal, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos –

55 STF, Pleno, RE nº 349.703, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. em 3.12.2008. STF, Pleno, RE nº 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. em 3.12.2008.

56 STF, Pleno, RE nº 349.703, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. em 3.12.2008. STF, Pleno, RE nº 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. em 3.12.2008.

Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes status de emenda constitucional.

Na experiência do direito comparado, é válido mencionar que essa mesma qualificação dos tratados internacionais (supralegalidade) é expressamente consagrada na Constituição da Alemanha que, em seu art. 25, dispõe que “as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional”.

O mesmo tratamento hierárquico-normativo é dado aos tratados e convenções internacionais pela Constituição da França de 1958 (art. 55)⁵⁷ e pela Constituição da Grécia de 1975 (art. 28)⁵⁸.

No caso argentino, a Constituição traz expressa a supremacia das normas supranacionais na ordem jurídica interna (art. 75 inc. 24)⁵⁹.

A jurisprudência das Cortes vem reconhecendo a superioridade normativa da ordem jurídica internacional. O Prof. Malcolm Shaw anota os seguintes ordenamentos que preveem a prevalência dos tratados internacionais sobre as leis internas: França (caso *Café Jacques Fabre, Cour de Cassation*, 16 *Common Market*

57 Art. 55 da Constituição da França de 1958: “Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie.”

58 Art. 28 da Constituição da Grécia de 1975: “The generally recognized rules of international law and the international conventions after their ratification by law and their having been put into effect in accordance with their respective terms, shall constitute an integral part of Greek law and override any law provision to the contrary.”

59 A Constituição da Argentina, no inciso 24 do Artigo 75, estabelece que “Corresponde ao Congresso: aprovar tratados de integração que deleguem competências e jurisdição a organizações supraestatais em condições de reciprocidade e igualdade, e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos. As normas ditadas em sua consequência têm hierarquia superior às leis.”

Law Reviwe, 1975); Holanda (*Nordstern Allgemeine Versicherung AG v. Vereinigte Stinees Rheinreedereien* 74, *International Law Review - ILR*); Itália (*Canadá v. Cargnello*, Corte de Cassação Italiana, 114 ILR); Chipre (*Malachtou v. Armefti and Armefti*, 88 ILR); e Rússia (art. 5º da Lei Federal Russa sobre Tratados Internacionais, adotada em 16 de Junho de 1995)⁶⁰.

Ressalte-se que no Reino Unido, desde 1972, assentou-se a prevalência não só das normas comunitárias, como da própria Convenção Européia sobre Direitos Humanos sobre o ordenamento interno ordinário, confirmado pela House of Lords no famoso caso *Factortame Ltd. V. Secretary of State for Transport* (93 ILR, p. 652).

Assim, também o Reino Unido vem dando mostras de uma verdadeira revisão de conceitos. O Parlamento já não mais se mostra um soberano absoluto. O “European Communities Act”, de 1972, atribuiu ao direito comunitário europeu hierarquia superior em face de leis formais aprovadas pelo Parlamento⁶¹.

Nos Estados Unidos Mexicanos, apesar de a Constituição não trazer norma expressa nesse sentido, a Suprema Corte de Justicia de la Nación vem interpretando o art. 133 do texto constitucional no sentido de que os tratados internacionais se situam abaixo da Constituição, porém acima das leis federais e locais⁶².

60 SHAW, Malcolm N. *International Law*. 5ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. pp. 151-162.

61 TOMUSCHAT, Christian. Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte. In BADURA, Peter e DREIER, Horst (org.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2001, Tübingen: Mohr-Siebeck, v. 1, p. 249.

62 “Localización: Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, Abril de 2007, p. 6, tesis P. IX/2007, aislada, Constitucional.

Rubro: TRATADOS INTERNACIONALES SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERAES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios

Ressalte-se, ainda, que em diversos países os tratados internacionais são utilizados como parâmetro de controle de leis internas. Nesse sentido, o Prof. Christian Tomuschat relata a experiência singular da Bélgica, Luxemburgo e Holanda que admitiam o controle de leis ordinárias internas pelo disposto na Convenção Europeia de Direito Humanos (CEDH) antes de possibilitar o próprio controle de constitucionalidade.

Interessante notar que, até hoje, a Finlândia não possui uma Corte Constitucional, nem os juízes estão autorizados a realizar o controle de constitucionalidade das leis, mas a CEDH pode obstar a aplicação das leis internas⁶³.

Na Grécia e na Áustria, a Convenção Europeia de Direito Humanos tem status constitucional, enquanto na Alemanha esse tratado possui, na prática, prioridade em face do direito interno (*faktischen Vorrang der EMRK vor deutschen Recht*)⁶⁴.

Enfim, o Supremo Tribunal Federal proferiu uma decisão histórica⁶⁵. O Brasil adere agora ao entendimento já adotado em diversos países no sentido da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna.

derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente debajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario ‘pacta sunt servanda’, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, un responsabilidad de carácter internacional”.

63 TOMUSCHAT, Christian. Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte. In BADURA, Peter e DREIER, Horst (org.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2001, Tübingen: Mohr-Siebeck, v. 1, p. 247-249.

64 STREINZ, Rudolf. *Europarecht*. 7ª ed. Heidelberg: Muller Verlag, 2005. Rn 73-75, p. 29-30.

65 STF, Pleno, RE n° 349.703, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, jul. em 3.12.2008. STF, Pleno, RE n° 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, jul. em 3.12.2008.

Se tivermos em mente que o Estado constitucional contemporâneo é também um Estado cooperativo – identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais⁶⁶ –, se levarmos isso em consideração, podemos concluir que acabamos de dar um importante passo na proteção dos direitos humanos em nosso país e em nossa comunidade latinoamericana.

Não podemos nos esquecer que o Brasil está inserido nesse contexto latinoamericano, no qual estamos todos submetidos a uma ordem comunitária em matéria de direitos humanos; uma ordem positiva expressada na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), cuja proteção jurídica segue avançando a passos largos pelo profícuo trabalho realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁶⁷.

Devemos caminhar juntos na construção de um direito constitucional latinoamericano, no qual a proteção dos direitos seja um dever indeclinável de todos e cada um dos Estados. São as lições que podemos retirar da obra desse magnífico constitucionalista que é Peter Häberle⁶⁸.

66 HÄBERLE, Peter. El estado constitucional. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 75-77.

67 Cfr. LANDA ARROYO, César (comp.). Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lima: Palestra, 2005.

68 HÄBERLE, Peter. México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un ius commune americanum. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, pp. 21-23.

6 CONCLUSÕES

Ao término dessas análises, pode-se constatar a forte presença do pensamento de Peter Häberle na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal.

A citação de doutrina e de precedentes estrangeiros pelos Tribunais Supremos e Cortes Constitucionais constitui um dos principais focos do debate atual em tema de jurisdição constitucional⁶⁹.

O Supremo Tribunal Federal tem utilizado o direito comparado como parâmetro para suas decisões, ainda que isso não seja decisivo na formação de sua jurisprudência. Não há um regramento legal ou regimental para o exercício dessa atividade pelo Tribunal, fato que não tem representado qualquer obstáculo a uma ordenada utilização de precedentes desenvolvidos em outros países.

Tanto a doutrina como a jurisprudência do direito comparado são invocadas nos votos proferidos pelos Ministros da Corte, que o fazem como forma de qualificação do debate e de aprofundamento das análises e argumentações desenvolvidas nos julgamentos. O resultado pode ser observado em decisões extremamente bem fundamentadas, com o conseqüente aperfeiçoamento da jurisprudência do Tribunal.

É inegável que o direito comparado exerce forte influência na jurisprudência dos Tribunais Constitucionais na atualidade. Há que se levar em conta, nesse sentido, que a comparação de direitos fundamentais pode ser qualificada, como assim o faz Peter Häberle, como o quinto método da interpretação constitucional, ao lado dos

69 Cfr. SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. In: HeinOnline -- 29 U. Rich. L. Rev. 138 1994-1995. Idem. Judicial globalization. In: HeinOnline -- 40 Va. J. Int'l L. 1103 1999-2000. Idem. A global community of Courts. In: HeinOnline -- 44 Harv. Int'l L.J. 191 2003.

clássicos métodos desenvolvidos por Savigny⁷⁰.

Seguindo essa tendência, o Supremo Tribunal Federal permanece aberto à produção doutrinária e jurisprudencial desenvolvida no direito comparado. Esse processo se intensifica diante da perspectiva de um crescimento cada vez maior dos processos de intercâmbio entre as Cortes, Tribunais e Salas Constitucionais dos diversos países. A cooperação entre órgãos de jurisdição constitucional inegavelmente favorece o intercâmbio de informações entre os Tribunais⁷¹.

É nesse contexto que a doutrina de Peter Häberle vem sendo incorporada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Não se pode negar, dessa forma, que há uma tendência atual de que o intercâmbio de conhecimentos entre os diversos órgãos de jurisdição constitucional, principalmente em nosso ambiente latino-americano, seja decisivo na construção, ainda que paulatina, de um direito constitucional comum na região. A difusão do pensamento de Häberle em países latino-americanos certamente pode constituir a causa, e ao mesmo tempo ser a consequência, desse importante processo de formação de um direito constitucional comum latino-americano.

70 HÄBERLE, Peter. El concepto de los derechos fundamentales. In: Problemas actuales de los derechos fundamentales. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado - B.O.E., 1994, p. 109.

71 Cfr. VALE, André Rufino do. Intercâmbio e cooperação internacional entre órgãos de Jurisdição Constitucional. Observatório da Jurisdição Constitucional Ano 2008/2009 – IDP – ISSN 1982-4564, www.idp.edu.br.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

FROWEIN, Jochen Abr. Die Europäisierung des Verfassungsrechts. In: BADURA, Peter e DREIER, Horst. *Festschrift des Bundesverfassungsgerichts*. Bd. I, 2001. pp. 209-210.

GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies*. Constitutional Courts in Asian cases. New York: Cambridge University Press, 2003.

HÄBERLE, Peter. Zeit und Verfassung. in DREIER, Ralf; SCHWEGMANN, Friedrich. *Probleme der Verfassungsinterpretation*. Baden-Baden: Nomos, 1976.

_____. Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken. In: *Die Verfassung des Pluralismus*. Königstein: TS, 1980.

_____. El concepto de los derechos fundamentales. In: *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado - B.O.E., 1994.

_____. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

_____. *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

_____. México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*. In: HABERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

LANDA ARROYO, César (comp.). *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Palestra, 2005.

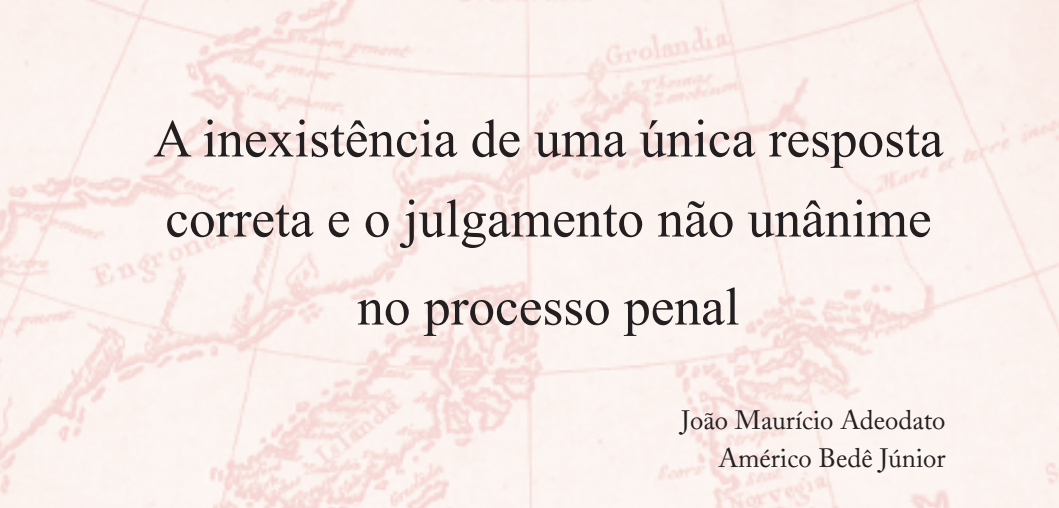
MARENHOLZ, Ernst Gottfried. Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht. In *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse, Heidelberg, 1990.

MARTINS, Tahinah Albuquerque. *Audiência pública na ação direta de inconstitucionalidade 3510/DF: Breves Considerações*. Observatório da Jurisdição Constitucional, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, ano 1, out. 2007.

SHAW, Malcolm N. *International law*. 5ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

STREINZ, Rudolf. *Europarecht*. 7ª ed. Heidelberg: Muller Verlag, 2005.

TOMUSCHAT, Christian. Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte. In BADURA, Peter e DREIER, Horst (org.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2001, Tübingen: Mohr-Siebeck, v. 1.



A inexistência de uma única resposta correta e o julgamento não unânime no processo penal

João Maurício Adeodato
Américo Bedê Júnior

Os quatro pontos cardeais são três: o Sul e o Norte.
(Vicente Huidobro)

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é demonstrar que a inexistência de uma única resposta correta justifica a adoção do julgamento por maioria, mesmo no processo penal, sendo inconveniente a exigência de o julgamento colegiado ser unânime.

Recentemente, voltou à tona a discussão acadêmica no sentido de que julgamento colegiado não unânime significaria que o órgão colegiado ficou em dúvida e, portanto, haveria a necessidade de absolver o réu pela aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

De fato, no direito comparado, encontram-se países que exigem a decisão penal tomada por unanimidade, como, por exemplo, o júri norte-americano (com exceções de Estados que aceitam julgamento por maioria como, por exemplo, Oregon e Louisiana).

Tal fato não pode significar que esse modelo seja o único adequado de julgamento penal, nem que tal modelo se justifique no *in dubio pro reo*.

No modelo norte-americano, deve ser obtida a unanimidade para qualquer decisão condenatória ou absolutória e, não sendo encontrada a unanimidade, haverá o *hung jury* e outro júri será marcado. Constata-se, portanto, não ser o princípio do *in dubio pro reo* o fundamento da exigência de unanimidade no júri americano.

Será analisada a teoria da inexistência de uma única resposta constitucionalmente adequada para, depois, ser verificado que o julgamento por maioria é uma aplicação importante dessa lógica, pois prestigia e dá igual valor a cada voto proferido. É possível que tanto os votos vencedores quanto os vencidos sejam respostas constitucionalmente adequadas, devendo o critério majoritário ser adotado para funcionar como resposta oficial da Corte àquele caso.

Será demonstrado que o *in dubio pro reo* deve ser adotado apenas como forma de interpretação dos fatos e não como critério de valoração para definir o resultado de um julgamento colegiado.

São esses os principais objetivos deste breve trabalho.

2 HÁ UMA ÚNICA RESPOSTA CORRETA?

O que poderia ser considerado um truísmo, por ser enganosamente fácil pretender explicar em abstrato o que seja a resposta correta, logo se revela um tema deveras tormentoso.

Deve-se lembrar que Álvaro Cruz (2011) apontou a existência de nove possibilidades de interpretação sobre a ideia da existência de uma resposta correta. Desde uma concepção forte até uma concepção fraca do significado de uma resposta correta.

Existem posicionamentos respeitosos que acreditam ainda na única resposta válida. Dworkin talvez seja o autor de maior expressão a acreditar na única resposta correta e o faz lembrando que a noção de integridade do direito, o juiz Hércules e sua analogia

com o romance em cadeia demonstrarão a existência de uma única resposta correta.

A tese da única resposta correta em relação ao seu conteúdo é um mito, um Santo Graal de igualdade, um sonho infantil de que se pode reduzir a complexidade do mundo da vida a fórmulas pré-concebidas, uma ideia analógica num mundo digital.

Afirma-se hoje um direito constitucional em que as partes tenham uma resposta correta. Nessa linha, Lenio Streck (2012, p.619) vai pontuar que:

É possível afirmar que, do mesmo modo que há o dever fundamental de justificar/motivar as decisões, existe também o direito fundamental à obtenção de respostas corretas/adequadas à Constituição. Há uma ligação umbilical entre esse dever fundamental e esse direito fundamental. A complementaridade entre ambos representa uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais. Trata-se de substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica.... a resposta não é a única nem a melhor.

Compreende-se uma resposta como válida e a partir daí, inconscientemente, considera-se que as demais estão erradas. Contudo, é importante deixar claro que isso não significa capricho ou arbítrio nessa escolha, pois há outras respostas que podem não ter sido desveladas naquele momento, até porque se conhece das dificuldades em definir o que é a verdade, um objeto indefinível.

A partir da retórica material, Adeodato (2011, p. 144) vai

sustentar que:

[...] dentre os infinitos relatos concorrentes, os (temporariamente) vencedores são os fatos, a realidade [...] não existem a rigor atos, mas apenas relatos sobre atos, ou seja, mais palavras. Os atos não podem ser conhecidos, só os relatos sobre os atos [...] o que interessa é o relato dominante [...] fatos são relatos sobre relatos, repita-se, pois o próprio sujeito individual produz seu mundo a partir dos relatos que elabora para si mesmo.

Ou seja, não existe uma única resposta correta e nada existe de modo ontológico ou verdadeiro, tudo é fruto da linguagem e, portanto, o que existe são apenas relatos.

Os relatos vencedores não podem ser equivocadamente considerados verdadeiros.

Nem mesmo a realidade pode ser considerada verdadeira? Se o que se conhece do mundo é feito a partir da linguagem e no limite dessa linguagem, é natural a coexistência de várias respostas corretas. A vencedora de hoje é vencida amanhã e não se pode ter certeza se a verdade está no hoje ou se foi encontrada no amanhã ou se, na aparente contradição, foi encontrada a melhor resposta para cada momento, pois, como defende Lenio Streck (2012, p. 620):

O direito fundamental a uma resposta correta (constitucionalmente adequada a constituição) não implica a elaboração sistêmica de respostas definitivas. Como já referido à saciedade, a hermenêutica filosófica não admite respostas definitivas, pois isso provocaria um congelamento de sentidos. Respostas definitivas pressupõem o sequestro da temporalidade. E a hermenêutica é fundamentalmente dependente da temporalidade. O tempo é o nome do ser. Ou seja, a pretensão a respostas definitivas (ou verdades apodíticas) sequer teria condição de ser garantida.

Deve-se lembrar que a decisão final penal contra o réu é sempre relativa, pois a revisão criminal pode ser proposta a qualquer tempo.

É um reconhecimento do sistema em relação à impossibilidade de se assegurar que a última resposta judicial transitada em julgada foi a resposta correta, mas, por uma questão de racionalidade e duração razoável do processo, é indispensável que o número de recursos tenha um fim e que alguém tenha a última palavra, mesmo que essa última autoridade do sistema erre até de modo grosseiro, mas, se não fosse assim, cair-se-ia no falso dilema de quem controla os controladores, regressando ao infinitivo e com o idêntico risco de que o último controlador não consiga a melhor resposta.

A divergência é o reconhecimento da existência de mais de uma resposta válida, contudo não se pode esquecer que muitas vezes a divergência não é propriamente sobre a decisão. Adeodato (2011, p.122) diz que:

O leitor poderia agora pensar que, diante de uma lide, cada parte envolvida no discurso dogmático escolhe fontes diversas e daí as interpreta e argumenta diferentemente, para daí sugerir cada qual uma decisão. Isso acontece muito, mas nem sempre é assim. Para isso é ilustrativo observar os votos dos magistrados do Supremo Tribunal Federal, por exemplo. Pode haver coincidência de algumas ou até de todas as fontes alegadas e a divergência começar na interpretação; e pode haver coincidência nas fontes e na interpretação, com divergência na argumentação. E pode haver acordo quanto aos três constrangimentos, mas na fase da decisão surgir a divergência.

O importante é a divergência da decisão. Alguns julgadores

consideram provado que o réu é culpado e um, isoladamente, ou acompanhado pela minoria de votos, considera o réu inocente. Haverá os dois relatos dentro da corte, mas o relato vencedor da maioria será, para todos os fins, o julgamento e o direito, mesmo que depois se comprove que a maioria errou ou que a resposta correta era uma terceira corrente que sequer foi debatida no tribunal e que, somente anos depois, com o descobrimento de uma nova prova, ficou esclarecida.

A decisão transitada em julgado é apenas a última decisão prevista no sistema, mas pode sofrer de vários vícios e não há nenhuma teoria que explique ser ela a melhor decisão.

É preciso ter cuidado, uma vez que o instituto da coisa julgada prestigia o valor segurança em detrimento do valor justiça, de onde se extraem as clássicas afirmações de que a coisa julgada transforma o branco no preto e o quadrado no círculo.

Hoje, deve-se, talvez reconhecer a quadratura do círculo ou tentar resolver o círculo-quadrado de Tarski, não sendo mais possível a ilusão da ideia de uma única resposta correta e definitiva.

3 O JULGAMENTO POR MAIORIA E *O IN DUBIO PRO REO*.

Aury Lopes (2013, p. 1064), comentando sobre o júri no Brasil, sustenta que:

Interessante, ainda, como um dos principais pilares em comum do direito penal e processo penal cai por terra, sem que ninguém o proteja. O *in dubio pro reo* é premissa hermenêutica inafastável do Direito Penal e, no campo processual, juntamente com a presunção de inocência,

norteador da axiologia probatória. Ao mesmo tempo informa a interpretação da norma penal e a valoração da prova no campo processual. Quando os jurados decidem pela condenação do réu por 4x3, está evidenciada a dúvida em sentido processual. Significa dizer que existe apenas 57,14% de consenso, de convencimento. Questiona-se: alguém admite ir para a cadeia com 57,14% de convencimento? Elementar que não.

O princípio *in dubio pro reo* é importantíssimo no processo penal brasileiro, pois diante da impossibilidade do *non liquet* o julgador precisava ter um critério para a resolução da causa ao deparar-se com um processo em que os fatos não estavam adequadamente esclarecidos.

Era preciso decidir, e, assim, havendo dúvida, e tendo em conta dois possíveis erros, o menos grave para o sistema é a absolvição de um culpado.

Importantíssimo frisar que o alcance do princípio é a matéria fática e não a de direito. O jurista pode e deve conhecer as diversas correntes sobre o direito, mas tem a obrigação de se filiar a uma delas, inclusive, se for o caso, a que é mais gravosa para o réu.

Do ponto de vista do dever-ser, do critério de julgar, as várias posições sobre as fontes, interpretação, argumentação e decisão em abstrato não provocam, necessariamente, dúvida fática, logo não há que se falar em *in dubio pro reo*.

Interessante observar, por exemplo, a questão se o *nemo tenetur se detegere* implica o direito de não submissão à coleta compulsória de material biológico para fins de DNA ou se é possível ao Estado obrigar o suspeito a submeter-se a essa colheita.

Existem duas respostas constitucionalmente válidas e contraditórias, destacando-se, aqui, a total não aplicação do *in dubio*

pro reo para justificar a adoção de uma ou outra corrente.

Não se defende a ideia da criação indefinida de *topoi* em abstrato, a fim de, magicamente, enquadrarem-se como a justa solução do problema.

É claro que nunca se podem perder, para a análise das teorias, as peculiaridades do caso concreto. Por exemplo, havendo risco de morte para o suspeito na colheita compulsória, já não há mais, necessariamente, aquelas duas correntes.

Os fatos vão interferir na aplicação do direito, mas não deve haver dúvida em abstrato sobre qual resposta o julgador compreende como a mais correta, por isso não é o princípio do *in dubio pro reo* critério válido para orientar a escolha de uma corrente jurídica.

Nesse diapasão, Jorge Figueiredo Dias (2004, p. 215) aponta:

Com o sentido e conteúdo referido o princípio *in dubio pro reo* vale só, evidentemente, em relação à prova da questão de facto e já não a qualquer dúvida suscitada dentro da questão de direito: aqui a única solução correcta residirá em escolher, não o entendimento mais favorável ao arguido, mas sim aquele que juridicamente se reputar mais exacto.

Equivocado, portanto, o entendimento de utilizar o *in dubio pro reo* como critério de definição do resultado da votação. Trata-se de questão jurídica e não fática.

Quando há uma condenação por 4 a 3, não existe, na verdade, apenas 57,14% de culpa. Cada um dos julgadores que votaram pela condenação condenaram o réu por entenderem ser o mesmo 100 % culpado. O que existe é a decisão final do colegiado.

Os votos vencidos, por mais que se encontrem bem

fundamentados e dotados de argumentos relevantes, não são utilizados para retirar legitimidade do relato vencedor, mas, ao contrário, ratificam a ideia da não existência de uma única resposta constitucionalmente adequada.

Essa alegação de percentagem de consenso entre os julgadores é tão equivocada que um Presidente da República eleito com 51% votos será o presidente de todos, não podendo prevalecer a pretensão dos vencidos em reconhecer apenas 51% de legitimidade.

Definitivamente, não é possível essa análise matemática. Há que se respeitar o relato vencido, porém o respeito à minoria não é fundamento constitucional para criar empecilhos à decisão da maioria.

O voto isolado de cada julgador deve levar em consideração o *in dubio pro reo* nas matérias fáticas, mas, após a prolação de cada voto, a regra da maioria deve prevalecer.

É tecnicamente errado falar em dúvida quando há uma maioria, podendo existir apenas um inconformismo do perdedor, potencializado pelo fato do placar da votação ser apertado. Não se pode fracionar, pois seria entender que a decisão só é legítima no percentual de sua maioria.

Frise-se: cada julgador pode sim ter dúvida, mas o colegiado não.

Necessário, pois, definir um critério para desempate em órgãos colegiados, podendo ser o voto do presidente, o voto do decano da corte, o voto mais favorável ao réu, o voto do julgador mais idoso, o voto no sentido da prevalência da decisão recorrida, a prevalência de um voto médio, ou qualquer outro critério, mas essas escolhas não têm relação com o princípio do *in dubio pro reo*. Há pura discricionariedade legal ou regimental para essa definição.

É de se destacar que o fundamento para que o empate no julgamento favoreça à defesa não é a regra do *in dubio pro reo*, mas simplesmente uma opção legislativa que, em face da igualdade de votos, para condenar ou absolver, adotou o entendimento de que era mais adequada a absolvição, o que não significa, no entanto, dúvida.

Entre os possíveis critérios, parece que a absolvição quando houver um empate é o critério mais justo em relação ao Estado Democrático de direito e a idéia de presunção de não culpabilidade. Condenação sem ser obtida pela maioria numérica, e não fictícia, dos Ministros, parece ser uma opção radical.

O STF, por 9 votos a 1, adotou esse entendimento favorável à defesa no julgamento do “mensalão”, mas no julgamento da “lei de ficha limpa” optou por esperar o décimo primeiro ministro.

É de se destacar que a lei de ficha limpa tinha como questão principal a extensão do princípio processual da presunção de inocência, envolvendo, portanto, questão penal relevante.

Questão diversa ocorre quando há prevalência quantitativa de votos para a condenação. Nessa hipótese, seria inconstitucional admitir a preponderância do voto vencido só pelo fato de ter sido favorável ao réu.

Não se deve interpretar a cláusula pétrea que determina que cada indivíduo tem um voto de igual valor apenas nas eleições de cargos do Executivo ou do Legislativo. O Judiciário é um dos Poderes do Estado. É salutar que cada julgador tenha no seu voto o mesmo peso dos demais julgadores. É a regra democrática da vontade da maioria.

Há um risco enorme em começar a admitir pesos diferenciados para votos de cada julgador a depender do seu conteúdo. Hoje, seria para fins penais, amanhã, em uma questão

tributária importante contra o governo ou em outra matéria sensível, como benefícios previdenciários que tratam de direitos fundamentais importantíssimos, a exemplo da aposentadoria. Bastaria também um voto vencido para obrigar o Estado a reconhecer ou negar esse direito?

Não se deve enveredar por esse caminho. Quando há maioria, o órgão não ficou em dúvida e, portanto, deve prevalecer o voto da maioria. O *in dubio pro reo* é analisado individualmente por cada julgador, não funciona como um critério de desempate ou, ainda mais grave, como um trunfo, um coringa com peso diferenciado a impor que a corrente minoritária se torne a vencedora.

A maioria pode errar, não existe nenhuma segurança quanto ao fato de o voto da maioria ser qualitativamente mais adequado do que o(s) voto(s) vencido(s). Entretanto, como técnica de contagem de votos em uma corte, a adoção de outro critério fere a republicana ideia de que um homem corresponde a um voto e abre margens para que o Legislador possa começar a criar critérios de votação no Judiciário, distorcendo a noção de igualdade e interferindo diretamente no resultado do processo.

4 ARGUMENTOS UTILIZADOS NO “MENSALÃO” E NO CASO DA “FICHA LIMPA” PARA RESOLVER A QUESTÃO DE ORDEM SOBRE O EMPATE NAS VOTAÇÕES

Tribunal existe para decidir e não para empatar.

Gilmar Mendes (AP470/MG, p. 6265)

Recentemente, foi publicado o acórdão relativo ao julgamento do “mensalão”. A posição majoritária foi na linha de que o empate favoreceria a defesa. O Ministro Marco Aurélio foi voto vencido entendendo que o desempate deveria ser efetuado pelo Presidente do STF.

Em importante passagem, o Ministro Ayres Britto afirmou (pg. 6263 e 6264 do referido acórdão AP470/MG STF):

No caso, entendo que o princípio constitucional, em si, da não culpabilidade, como que pré-exclui a aplicabilidade do dispositivo regimental, porque ele exige que, para a condenação, num Colegiado de onze pessoas, haja o voto convergente de seis Ministros, pois assim teremos, cumulativamente, para dar segurança à decisão, seis experiências de vida, seis reflexões, seis imperativos de consciência. E um Ministro sozinho votando por duas pessoas, por dois Ministros, parece-me que é contraindicado.

Interessante a argumentação, que foi acompanhada majoritariamente no STF, principalmente porque o Ministro Ayres Britto, em vários empates durante esse julgamento, votou pela condenação dos réus, ou seja, decidiu o desempate contra sua convicção de julgador solitário o que demonstra uma grande noção do papel de Presidente do STF e do significado de fazer parte de um órgão colegiado, o que é totalmente diferente de pretender impor a sua vontade como se fosse a vontade do colegiado.

Cabe destacar que, em outro processo de repercussão, no ano de 2010, ao julgar o caso conhecido como “lei da ficha limpa”, o STF esteve diante de outro empate em 5 a 5, com a 11ª cadeira vaga. Nessa ocasião, após a suspensão do julgamento em virtude

do empate¹, o STF aplicou o artigo 205 do Regimento Interno, que determina: “Havendo votado todos os ministros, salvo os impedidos ou licenciados por período remanescente superior a três meses, prevalecerá o ato impugnado” e decidiu aguardar o voto do 11º ministro para resolver a questão².

Cabe destacar que, logo após o desempate, o Presidente do

1 Cabe rememorar com Leandro Stein, antes de decidir o segundo empate o STF: “Depois de quase 10 horas de votação, chegando-se a um empate de 5 x 5 na votação do recurso do candidato Joaquim Roriz, já na madrugada de sexta-feira, dia 24, o Presidente colocou em votação a fórmula legal e regimental de solução desse empate. Todavia, aqui as divergências foram ainda mais elevadas do que em relação ao mérito (que aqui não pretendo adentrar, eis que o foco do presente é tentar solucionar o impasse/empate na votação). De um lado, aqueles que entendiam que prevaleceria a decisão de TSE em face da necessidade de maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade, apoiados numa exegese muito específica sobre o art. 97 da Constituição Federal (‘Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público’). Além disso, sustentam que se aplicaria ao caso o art. 173 do Regimento Interno do STF que prevê que: ‘Efetuado o julgamento, com o *quorum* do art. 143, parágrafo único, proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros’. Em síntese, entendiam esses cinco ministros que somente com quórum qualificado (maioria absoluta, ou seja, maioria de todos os onze ministros e não apenas dos presentes, lembrando que o quórum mínimo de deliberação é de 8 ministros, conforme art. 143 do RISTF) se poderia declarar inconstitucional a Lei da Ficha Limpa. Sustentam, assim, que em caso de empate, prevaleceria a “presunção de constitucionalidade da lei”, na forma do art. 146 do RISTF: ‘Havendo, por ausência ou falta de um Ministro, nos termos do art. 13, IX, empate na votação de matéria cuja solução dependa de maioria absoluta, considerar-se-á julgada a questão proclamando-se a solução contrária à pretendida ou à proposta’. De outro, aqueles que achavam que o Presidente da Corte, Min. Peluso, deveria, utilizando o voto de qualidade, na forma do art. 13, IX, do Regimento Interno do STF, desempatar a questão. (‘Art. 13. São atribuições do Presidente: [...] IX – preferir voto de qualidade nas decisões do Plenário, para as quais o Regimento Interno não preveja solução diversa, quando o empate na votação decorra de ausência de Ministro em virtude de: a) impedimento ou suspeição; b) vaga ou licença médica superior a 30 (trinta) dias, quando seja urgente a matéria e não se possa convocar o Ministro licenciado’). Todavia, por questões de assento (literalmente), o primeiro a votar sobre a forma de desempate foi o novato Ministro Dias Toffoli que surgiu com um *tertius*, ou seja, apregou a necessidade de esperar-se um novo Ministro, a ser indicado pelo Presidente da República. Após isso, os outros ministros que votaram pela reforma da decisão da Justiça Eleitoral, no sentido da ineficácia da Lei Ficha Limpa para o Caso Roriz nas eleições 2010, tiveram que segui-lo (embora o presidente, como se verá, decidiu por terminar a sessão antes dessa votação sobre o desempate), sob pena de, com três opções de voto (presunção de validade da decisão do TSE, voto de Minerva do Presidente e espera pelo décimo primeiro elemento), perderem para o “bloco da manutenção da decisão do TSE” que vota unido” (STEIN, 2010).

2 O que também é problemático, sem falar do caso concreto e do ministro indicado, uma vez que, em certa medida, transfere o poder decisório ao Executivo, pois ao escolher o ministro - e sem tecer qualquer crítica à indiscutível imparcialidade do julgador - escolhe-se, a partir do conhecimento das teses sustentadas ao longo de sua carreira, o resultado.

STF à época declarou:

Tenho para mim que qualquer que seja a alternativa adotada para solucionar este caso, é sempre uma solução ficta”, é uma decisão artificial, e de fato o é. [...] E é simplesmente pelo fato óbvio que não há maioria que decidiu. A solução aqui é recorrer à ficção. É como se houvesse uma maioria que decidiu. Mas não a há. Estamos num conjunto de impasses sucessivos. [...] Me parece que o prestígio da Corte está sendo posto em xeque. [...] A história nos julgará.³

No caso, o ato impugnado do TSE determinava a restrição ao direito fundamental político de ser eleito, mas discutindo o alcance do princípio penal da presunção de inocência. Ao contrário do que possa parecer, a questão “ficha limpa” também tinha conteúdo penal, pois a *ratio decidendi* era delimitar o alcance do princípio da presunção de inocência e o seu reflexo no direito fundamental de ser votado.

Constata-se a complexidade da questão. Como afirmado pelo Ministro Gilmar Mendes Tribunal não foi feito para empatar, é preciso ter critérios claros para resolver o problema do empate.

É de se notar que, em pouco tempo, o STF adotou decisões diferentes para resolver o problema do empate⁴. Do ponto de vista da integridade e da coerência do sistema, independentemente de qual decisão o STF vai adotar, é preciso observar um compromisso com o passado, até para que, da mesma maneira, o futuro respeite o presente.

3 <http://eleicoes.uol.com.br/2010/ultimas-noticias/2010/10/27/empate-no-supremo-mantem-lei-da-ficha-limpa-em-vigor.jhtm>

4 É certo que um processo foi de competência originária e outro foi decidido em competência recursal, mas as premissas adotadas para solucionar o empate são ontologicamente diferentes, o que demonstra não ser o tipo de competência o fator determinante para a adoção de critérios diversos para a solução do empate.

Existe o risco de enfraquecimento da Corte se, em todo caso de repercussão que terminar empatado, o STF for rediscutir os critérios para resolução do empate. O fato é que é impossível eliminar, do ponto de vista do valor justiça, uma certa discricionariedade na definição de qual critério é o melhor para solucionar o problema do empate.

Tal constatação não legitima o STF a modificar, em tão curto espaço de tempo, em dois casos emblemáticos e de grande repercussão jurídica e social, os critérios para solucionar a questão do empate.

5 CONCLUSÕES

Ante o exposto, é de se destacar que:

- a) não existe, no ordenamento jurídico, uma única resposta correta no que se refere ao conteúdo da resposta;
- b) o julgamento por maioria materializa o reconhecimento de que o voto vencedor e o vencido podem, ao mesmo tempo, ser constitucionalmente adequados, devendo o critério de escolha para a prevalência do que é o direito naquele caso concreto ser o critério majoritário;
- c) não há dúvida do órgão colegiado quando, quantitativamente, há um número maior de votos para condenar do que para absolver;
- d) a prevalência pura e simples de voto minoritário favorável ao réu quebra a paridade entre os julgadores (um julgador terá um peso maior do que

- outro) e não significa que estará sendo realizada a justiça;
- e) o STF deve ter preocupação com a integridade do ordenamento, de modo que deve adotar critérios uniformes e estáveis para solucionar o problema do empate no julgamento de processos;
 - f) entre os possíveis critérios, parece que a absolvição quando houver um empate é o critério mais justo com o Estado Democrático de Direito e a ideia de presunção de não culpabilidade.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo. São Paulo: Noeses, 2011

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *A resposta correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

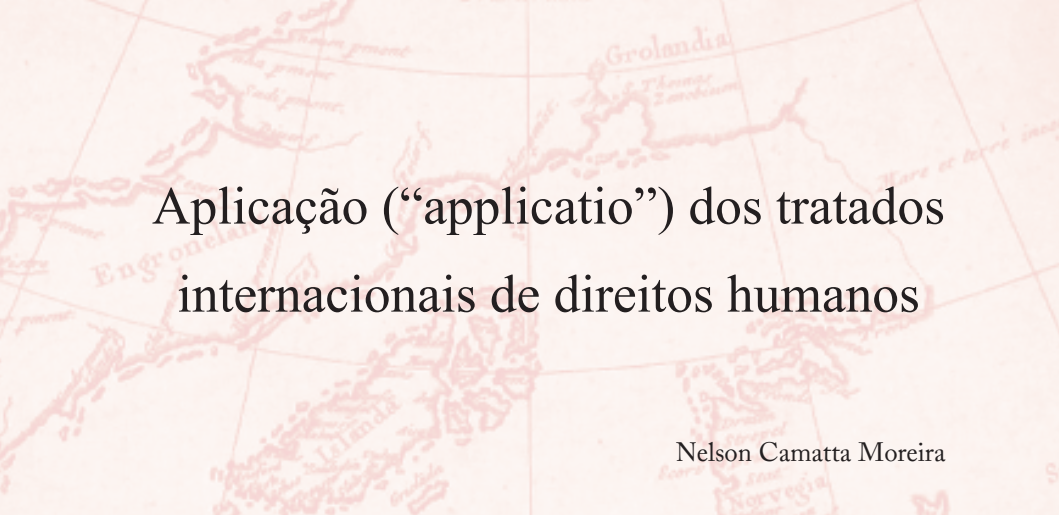
_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *O Império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STEIN, Leandro Konzen. O empate do empate no julgamento do Ficha Limpa no Supremo Tribunal Federal. O décimo segundo camelo jurídico. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2644, 27set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17492>>. Acesso em: 4 jun. 2013.

STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. São Paulo: Saraiva, 2012.



Aplicação (“applicatio”) dos tratados internacionais de direitos humanos

Nelson Camatta Moreira

PARTE I – DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA AO PAPEL DA NOVA CRÍTICA DO DIREITO

1 INTRODUÇÃO

Como matriz privilegiada para uma breve análise crítica da aplicação do tratados internacionais de direitos humanos pelo Supremo Tribunal Federal (STF), sugere-se, a seguir, um breve estudo da Hermenêutica Filosófica heideggeriana/gadameriana e o seu desdobramento específico – direcionado ao campo jurídico brasileiro –, a Nova Crítica do Direito (NCD), trabalhada por Lenio Luiz Streck (2011).

O ponto de partida, portanto, para se desenvolver a pesquisa está na aproximação entre Filosofia e Direito, mais especificamente nas condições (im)postas pela filosofia para o pensar (questionar) as condições de um modelo de um “Direito Constitucional Internacional” (PIOVESAN, 2006).

Nesse sentido, conforme afirma Stein (2004, p. 156-161), quando se escolhe uma Filosofia para pensar o Direito, é preciso

ter presente a natureza do *standard* de racionalidade que se elege. Por *standards* de racionalidade, entenda-se o estado de coisas que se designa como uma espécie de encontro entre Direito e Filosofia, que nasce num determinado contexto paradigmático. Dentro deste raciocínio, ainda segundo Stein, Heidegger faz uma classificação dos *princípios epocais* que, por sua vez, permitem uma compreensão dos standards. Assim, o autor alemão afirma que a tradição da metafísica ocidental é marcada por certos modos de *entificação do ser* (este conceito será desenvolvido no item subsequente), isto é, confundiu o ser com o ente. E isso se deu ao longo da história em Platão e em Aristóteles, com o conceito de *substância*; na Idade Média, com o conceito de *Deus* como *ser supremo*; em Descartes, no começo da modernidade, com o *cogito*; em Kant, com o *eu penso*; em Hegel, com a exposição do *saber absoluto*; e, como último *standard*, segundo Heidegger, com a *vontade de poder*, em Nietzsche.

Para Heidegger, todos os *princípios epocais*, e para Stein, todos os *standards* de racionalidade, apresentados ao longo da história, são entificadores. Daí a necessidade da desconstrução da filosofia da consciência e a (re)construção de uma filosofia fenomenológica e valorizadora do *ser*.

Esse novo *standard* de racionalidade baseado na fenomenologia hermenêutica tem como função não apresentar-se simplesmente como um princípio epocal, mas como aquilo que desde sempre era encoberto pelo princípio epocal: o *ser*, em sua mundanidade, em sua finitude.

O que se pretende proporcionar, a partir desta construção filosófica, que ora se desenvolve, é a possibilidade de um compromisso intersubjetivo escondido numa determinada forma de descrição de mundo (STEIN, 2004, p. 155), valorizando-se

a diferença e as possibilidades construtivas da compreensão do mundo. Transpondo-se esta perspectiva para o direito – com ênfase na interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos -, em especial para os direitos humanos, entende-se ser possível, juntamente com a NCD, ofertar contributos para o reconhecimento de uma visão hermenêutica mais adequada às transformações sociais e espaciais que seguem impactando neste novo século.

Antes de se prosseguir, é de suma importância advertir que a matriz teórica filosófica, escolhida para se empreender a crítica de um paradigma (prê)dominante e a leitura da questão da aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da dogmática jurídica brasileira, requer, impreterivelmente, a abordagem de algumas categorias da *fenomenologia heideggeriana* e da *filosofia hermenêutica gadameriana*, que são fundamentais, inclusive, para a proposta trazida pela NCD. Assim, sem a menor pretensão de se esgotar a vasta construção teórica dos referidos filósofos, segue-se com as análises das principais categorias para tal empreendimento que embasarão tanto as críticas quanto as possíveis soluções apresentadas daqui em diante.

2 A ONTOLOGIA FUNDAMENTAL E OS TEOREMAS HEIDEGGERIANOS: O CÍRCULO HERMENÊUTICO E A DIFERENÇA ONTOLÓGICA

A *ontologia fundamental* é proposta por como crítica à ontologia tradicional, que pode ser entendida como baseada na metafísica clássica, cujos paradigmas “Heidegger pretende desconstruir. Nesse sentido, Kant, Descartes e Aristóteles são os

autores escolhidos para fazer a desconstrução” (STEIN, 2000, p. 48). Nas palavras de Ernildo Stein, *Ser e Tempo* visa a “destruição da ontologia do puramente subsistente” (STEIN, 1988, p. 9-10), de extração greco-cristã-moderna, da ontologia da coisa. A estratégia de formação dos conceitos da ontologia fundamental, segundo Stein, servia a um desígnio radical de mudança de paradigma na filosofia (STEIN, 1993, p. 73).

A busca de Heidegger se dá em direção àquilo que seja o fundamento de tudo, o conceito mais fundamental, algo que, segundo assinala, permanece sendo olvidado desde a Antigüidade clássica: *o ser*. Assim, o caminho escolhido em *Ser e Tempo* para aproximar-se do *ser* segue a indicação fenomenológica com influências do pensamento de Husserl. Para Heidegger (1998, p. 66), “a fenomenologia é a via de acesso e o modo de verificação para se determinar o que deve constituir o tema da ontologia. *A ontologia só é possível como fenomenologia*”.

Se o homem é um *ente* que se caracteriza pela compreensão do seu próprio *ser*, a busca pelo *ser* deve partir dessa compreensão, que ocorre no *mundo*. Ela antecipa a consciência humana e a sustenta. Assim, ir às coisas nelas mesmas significa considerar como ponto de partida o homem em sua faticidade (SILVA FILHO, 2003, p. 171-172).

Surge, então, a análise do *ser-aí* (*Dasein*), em que o *Da* (o *aí*) é como as coisas que, ao aparecerem, chegam ao *ser*, não sendo desse modo uma “propriedade do *ser*, mas sim, o próprio *ser*”. De acordo com Streck (2001, p. 188), Heidegger situa a questão da ontologia fundamental no sentido do *ser*; a clarificação desta questão somente pode resultar do recurso ao único *ente* que compreende o *ser*, que é o homem (*Dasein*), o *estar-aí*, que é o *ser-no-mundo*, que é *cuidado*

(*Sorge*); *cuidado* é temporal. Assim, Heidegger (1998, p. 70) vai afirmar que é no *Dasein* (na *pre-sença*) que se há de encontrar o horizonte para compreensão e possível interpretação do *ser*.

Escreve Heidegger que a grande deficiência das abordagens filosóficas da tradição ocidental, que se desenham desde o idealismo platônico, está em procurar o *ser* do *ente* a partir do próprio *ente* em seu sentido imediato, sem passar pela necessária instância da compreensão que o *Dasein* (*ser-aí*) possui do ser enquanto é, desde sempre, *ser-no-mundo*. É como se os *entes* tivessem em si, independentemente de serem manifestações fundadas no *ser-em*, uma essência a ser captada pelo homem desde um ponto neutro. O resultado dessa abordagem revela uma *entificação* do *ser* ou *objetivação* do *ser* na manifestação do *ente*. Para Heidegger, a história da metafísica ocidental é a história do encobrimento do *ser*, isto é, da busca de um sentido fixo para o *ser* que, ao invés de manter sempre aberta a porta (melhor seria dizer *clareira*) para a revelação do *ser* enquanto acontecimento, não permite sequer que se tenha a consciência da existência de uma tal dimensão, tomando-se o efeito pela causa (SILVA FILHO, p. 173-174).

O *Dasein* e o *ser-no-mundo*, conforme Stein, representam o rompimento, o corte, com a tradição metafísica (STEIN, 2000, p. 48-66). A ruptura com a ideia de *ser* e *ente*, de objeto e coisa, de representação e representado é, entretanto, realizada pelo conceito de *afecção* (sentimento de situação) *que acompanha a compreensão e que o filósofo expressa de maneira sintética no conceito de cuidado*. Essa palavra tem um sentido ontológico, pois ela pretende romper com a idéia metafísica de que todos os enigmas da filosofia estariam resolvidos por uma resposta objetiva sobre a origem e o fim do *ser* e dos *entes*. O *cuidado se constitui como o ser do Dasein*, porque

nele se estabelece uma relação circular de afecção e compreensão, na medida em que é eliminada a idéia de representação e substituída por um modo de *ser-em*, de *ser-no-mundo* e de relação do *Dasein* consigo mesmo como *ter-que-ser* e *ser-para-a-morte* (*faticidade* e *existência*). O cuidado é o sentimento de situação e remete a uma relação temporal entre o *ser-aí* e o seu próprio *ser*, entre a compreensão que funda as possibilidades do *ser-aí* (*Dasein*) e a interpretação que as recolhe. O cuidado é o *ser* do *Dasein* porque este tem naquele o horizonte de seu sentido: a *temporalidade* (STEIN, 1988, p. 10-11). *Dasein* compreende o ser em virtude da sua temporalidade e em função do tempo (INWOOD, 2002).

O *Dasein* se comporta compreendendo. A compreensão do *ser* pertence ao modo de ser deste *ente*. Quanto mais originária e adequadamente se conseguir explicar esse *ente*, maior a segurança do alcance na caminhada rumo à elaboração do problema ontológico fundamental. O conceito de *ser* é o mais universal e o mais vazio, resistindo a toda tentativa de definição. Por ser o mais universal dos conceitos, prescinde de definição. Não se pode derivar o *ser* no sentido de uma definição a partir dos conceitos superiores nem explicá-lo por meio de conceitos inferiores. Por outro lado, visualizar, compreender, escolher são atitudes constitutivas do questionamento e, ao mesmo tempo, modos de ser de um determinado *ente*, *daquele ente que nós mesmos sempre somos*. Elaborar a questão do *ser* significa tornar transparente um *ente* em seu *ser*. Este *ente* que cada um de nós somos e que, dentre outras possibilidades possui, em seu *ser*, a de questionar, é designado como *Dasein* (*pré-sença*, *ser-aí*). O *ser* não pode ser concebido como *ente*; logo, o *ser* não é um *ente*. (STRECK, 2001, p. 189).

O homem é definido em sua *existência* como *poder-ser* e,

conforme Streck (2001, p. 190), interpretando Heidegger, é aí que entra a noção de *ser-no-mundo*. Se o *estar-aí* é *ser-no-mundo*, o resultado da análise da mundanidade deverá refletir-se também na determinação das estruturas existenciais do *Dasein*. Vattimo (1996, p. 27) diz que *existência*, *Dasein* e *ser-no-mundo* são sinônimos. Assim, há que se definir precisamente a noção de mundo. Dessa forma, pode-se dizer que mundo não é, de modo algum, uma determinação do *ente* oposto ao *estar-aí*, mas que, pelo contrário, é uma característica do próprio *estar-aí*, isto é, o mundo é um *existencial*.

Nessa perspectiva, segue Vattimo (1996, p. 30), o mundo não é a soma das coisas, mas condição para que apareçam as coisas individuais, para que estas *sejam*. Por isso, pode-se afirmar que não há mundo, se não existe *Dasein*. Também é verdade que, por sua vez, o *estar-aí* não é senão enquanto *ser-no-mundo*; mas a mundanidade do mundo funda-se apenas na base do *ser-aí*, e não, vice-versa. Por isso, como se viu, o mundo é uma característica própria do *ser-aí*.

O *Dasein*, explica Streck (2001, p. 190), na sua intimidade com a significatividade, é condição ôntica *da possibilidade de descobrir o ente que se encontra no mundo, no modo de ser da prestabilidade*. Daí que, para o *estar-aí*, ser no mundo equivale a ter originariamente intimidade com uma totalidade de significados. *O mundo não lhe é dado primariamente como um conjunto de “objetos” com os quais, num segundo momento, se relacionaria, ao atribuir-lhe os seus significados e funções*. As coisas já vêm dotadas de uma função, isto é, de um significado e podem manifestar-se-lhe como coisas, unicamente enquanto se inserem numa totalidade de significados de que o *Dasein* já dispõe.

O mundo só se nos dá na medida em que já temos

sempre certo patrimônio de idéias, é dizer, certos **pré-juízos** que nos guiam na descoberta das coisas. O ser-no-mundo nada tem daquele “sujeito” do cogito da filosofia moderna, porque esta noção pressupõe precisamente que o sujeito é algo que se contrapõe a um “objeto” entendido como simples-presença. (STRECK, 2001, p. 190) (grifos no original)

O *estar-aí* nunca é algo de fechado de que há de sair para ir ter com o mundo; o *Dasein* já é, sempre e constitutivamente, relação com o mundo, antes de toda distinção artificial entre sujeito e objeto. O conhecimento como interpretação não é o desenvolvimento e articulação das fantasias que o *Dasein*, como sujeito individual, possa ter sobre o mundo, mas sim, a elaboração da constitutiva e originária relação com o mundo que o constitui. É essa a idéia do conhecimento como articulação de uma *pre-compreensão* originária que Heidegger chama de “*círculo hermenêutico*”.

A partir da dinâmica da compreensão existencial de Heidegger, percebe-se o envolvimento em um círculo, pois sempre é preciso que o intérprete se mova dentro do que já foi compreendido, e – embora, mediante a interpretação, a compreensão volte tematizada – sempre permanecerá velado o horizonte de sustentação de qualquer atividade intelectual do intérprete.

Do ponto de vista cientificista, pretende-se alcançar um conhecimento sem pressupostos, a verdade pura, simples e objetiva. E é exatamente neste ponto que Heidegger enuncia que o decisivo não é sair do círculo, mas entrar nele de modo adequado (justo). O modo correto de entrar no círculo é perceber que realizar uma interpretação dos *entes* que remeta o homem (intérprete) para o seu horizonte prévio e fundante é a melhor maneira de se encontrar a verdade, a verdade sobre o *ser*. Daí se assinalar que a interpretação

pode se dirigir tanto para as verdadeiras possibilidades veladas no *ser-aí* (*Dasein*), quanto para determinações que se percam do próprio *ser*, que fujam deste retorno consciente à compreensão fundante. (SILVA FILHO, 2003, p. 63-64)

Essa fuga, chamada por Heidegger de *decaída*, ocorre quando, em vez de se assumir os *entes* que cercam os intérpretes do modo como aqueles aparecem, para que então se possa ir ali resgatar ou tematizar a compreensão prévia, opta-se por impor uma visão assumida como “verdadeira” antes mesmo do contato com o *ente*. Desse modo, assume-se uma verdade que não brotou do *ser*, uma verdade estática, muitas vezes passada de geração a geração, denominada por Heidegger de *conceitos populares* [*sensu comum* (*Warat*); *habitus dogmaticus* (*Streck*)]. O *ser* tende para a *decaída*, ou seja, é uma inclinação natural que se toma no significado que se solidifica no senso comum, o que está ante os olhos, como uma verdade objetiva, sem que o intérprete se aperceba que ela é derivada, e que, se for renunciada em prol de um contato legítimo com o *ente*, pode dar lugar ao *poder ser* mais próximo ao *ser-aí* (*Dasein*) mesmo, instaurando, pois, um genuíno direcionamento ao *ser* do intérprete, velado no estado de aberto deste. (SILVA FILHO, 2003, p. 64, nota 103)

Percebe-se, portanto, que, ao assumir o círculo hermenêutico como o modo de ser do *ser-aí*, Heidegger rompe com a clássica noção dicotômica de sujeito e objeto, rompe com a noção de conhecimento enquanto representação do real. Torna-se impossível uma total objetivação do real. Torna-se impossível uma total objetivação dos *entes*, pois qualquer proposição pressupõe uma estrutura prévia. E este pertencimento do *ser-aí* ao seu *ser-no-mundo*, à sua situação concreta e existencial, é chamado por Heidegger de cuidado (*Sorge*,

cura), o que já foi explicado anteriormente.

A “*diferença ontológica*” é, ao lado do “*círculo hermenêutico*”, um dos dois teoremas fundamentais heideggerianos, como afirma Streck (2001, p. 198), para superar a metafísica. A metafísica, seja na sua versão aristotélico-tomista, seja no modo como é tratada a questão do conhecimento no paradigma da filosofia da consciência, *abandona o pensamento da diferença ontológica para se transformar em uma (mera) reflexão sobre a temática da diferença*, concebendo a diferença ôntica como simples diversidade dos fenômenos para a subjetividade, e a identidade do *ente* consigo mesmo como identidade e permanência da essência dos fenômenos para o pensamento.

Assim, a metafísica *entificou o ser*. Não *entificar o ser*, identificando-o com o *ente* ou um *ente*, significa, para Heidegger, superar a metafísica. Nesse sentido, Heidegger vai criticar essa transformação do *ente* em objeto de representação, como algo já dado e que está à disposição, que irá sustentar a contemporânea cisão entre *ser* e *dever-ser*, cisão essa que se sustenta numa concepção de neutralidade axiológica do ser e entende os valores como produto da subjetividade (filosofia da consciência). (STRECK, 2001, p. 198)

É importante notar que, para sustentar a *separação ser/ente*, enfim, para negar a mesmidade (a síntese) entre ser e ente, a metafísica apela para a especialização, o método, a técnica. *O método – supremo momento da subjetividade – vai ter, assim, a função de encobrir, na ciência, a diferença ontológica*. Nesse exato sentido é que Heidegger vai dizer que a *essência da ciência moderna se fundamenta na essência da técnica*. *E a figura na qual impera o ser na era da técnica é o dispositivo*. Stein, citado por Streck, afirma: “*O dispositivo é a essência da técnica. (...) A essência da*

técnica é o dispositivo, porque o dispositivo é o que converte sempre o objeto em coisa.” Por isso é preciso ter bem claro que a diferença ontológica é o suporte do *ser* do *ente*. No *ente* é pensado e dito o *ser*. O *ente* não existe como *ente*, ou seja, o *ente* não existe – no sentido de sua existência – sem estar junto ao *ser* (o *ente* só é no seu *ser* e o *ser* é sempre *ser-em*, *ser junto*). Este teorema, conforme mostra Stein, apresenta aquilo que o próprio Heidegger denominou de o “incontornável” para a ciência, que construíra todo o seu projeto racional-moderno fundado na noção de técnica, na qual se pregava uma rígida separação entre sujeito e objeto. (STRECK, 2001, p. 198-199).

Esses pressupostos heideggerianos serão fundamentais para dar substância ao projeto hermenêutico gadameriano. Em conjunto, eles servirão de suporte para aquilo que Lenio Luiz Streck chama de a *Nova Crítica do Direito* (NCD), conforme o item “3” deste texto.

2 A PRÉ-COMPREENSÃO GADAMERIANA E A CONSTRUÇÃO DE UMA HERMENÊUTICA JURÍDICA EMANCIPADORA

Gadamer, recorrendo a Heidegger, procura mostrar que, para a descrição do círculo hermenêutico, não é necessário, em primeiro lugar, recorrer a uma práxis da compreensão, mas descrever a forma de realização da própria interpretação compreensiva. Nesse sentido, a descrição como forma de realização da própria interpretação compreensiva tornar-se-á evidente a qualquer pessoa que saiba o que faz, pois, para Gadamer, toda interpretação correta tem que se proteger da arbitrariedade de instituições repentinas e da estreiteza

de hábitos de pensar imperceptíveis e voltar seu olhar para “as coisas elas mesmas”. (GADAMER, 2004, p. 354-361).

Esta perspectiva de olhar as “coisas elas mesmas” só se faz possível na medida em que a hermenêutica, neste caso a jurídica, que aqui interessa, se apresenta como uma proposta de descrever as condições reais do intérprete e não uma oferta de critérios ou métodos científicos, como se pode ver em Gadamer e nos seus interlocutores, como, por exemplo, Fernandez-Largo (1993, p. 94-95) e Lenio Streck (2001, p. 210).

As discussões contidas em *Verdade e Método* – principal obra de Gadamer – trazem à baila a importância de valores considerados centrais para a postura hermenêutica: a experiência, a compreensão, a historicidade, a linguisticidade. A postura jurídica tradicional acaba por contrariar todos esses valores, cristalizando, assim, uma visão hermenêutica fundada, justamente, naquela postura filosófica metafísica tradicional criticada por Heidegger, conforme se observou no item anterior.

Assim, contra a experiência, estão postados os teóricos da objetividade e neutralidade da ciência jurídica; contra a historicidade, os teóricos da universalidade da razão e da *atemporalidade* do sentido jurídico; contra a linguisticidade, os teóricos para os quais a língua não possuía qualquer interferência no processo de constituição de sentido jurídico. A erosão desses modelos, conforme observa Bittar (2002, p. 200), coloca ainda mais em evidência a proposta hermenêutica de Gadamer.

Segundo Stein (2004, p. 165), o que importa, para Gadamer, é mostrar como a razão deve ser recuperada na historicidade do sentido, e essa tarefa se constitui na autocompreensão que o ser humano alcança como participante e intérprete da tradição histórica.

Essa, segundo Gadamer (2004, p. 467), não é simplesmente um acontecer a partir do qual se aprende a conhecer e a dominar pela experiência, mas é ‘linguagem’, isto é, “fala por si mesma, como um tu”.

Neste diapasão, a importância da linguagem para a hermenêutica filosófica é tão grande, que só mesmo invocando as palavras do próprio Gadamer (2004, p. 571-572) consegue-se resumir:

A linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham *mundo*, nela se representa o *mundo*. [...] Não só mundo é mundo apenas quando vem à linguagem, como a própria linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo. A originária humanidade da linguagem significa, portanto, ao mesmo tempo, o originário caráter de linguagem do estar-no-mundo do homem.

Na hermenêutica gadameriana, portanto, a linguagem ocupa a destacada posição de condição de possibilidade para que o homem tenha acesso ao mundo e ao processo interpretativo. A linguagem possui uma estrutura especulativa que não consiste em ser cópia de algo dado de modo fixo, mas, num *vir-à-fala*, onde se enuncia um todo de sentido. Assim, Gadamer (2004, p. 612) resume emblematicamente: *ser que pode ser compreendido é linguagem*.

No direito, a proposta teórica de *Verdade e Método* contraria todas as tendências da hermenêutica tradicional, tal como praticada e apreendida pela dogmática jurídica. Nesse viés, o autor alemão rompe com qualquer possibilidade de um saber reprodutivo acerca do direito, acentuando que a interpretação da lei é uma tarefa criativa.

(STRECK, 2001, p. 208).

A tarefa da interpretação consiste, então, em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito fica reservada ao julgador, mas ele se encontra, por sua vez, sujeito à lei, assim como está todo e qualquer outro membro da comunidade jurídica. Gadamer (2004, p. 426-447) destaca o papel da hermenêutica jurídica com relação à dogmática, afirmando não ser sustentável a idéia de uma dogmática jurídica total sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção.

A interpretação se torna necessária onde o sentido de um texto não se deixa compreender imediatamente. Dessa forma, pode-se afirmar que jamais existirá um leitor que, com um texto ante seus olhos, leia simplesmente o que está nele. Em toda leitura tem lugar uma aplicação e aquele que lê um texto se encontra dentro do sentido que percebe. O leitor pertence ao texto compreendido. E sempre há de ocorrer que a linha de sentido vai se mostrando a ele ao longo da leitura de um texto, constituindo-se, assim, uma indeterminação aberta (GADAMER, 2004, p. 482-505). Por isso, a interpretação requer uma pré-compreensão anterior, na medida em que o sentido do texto é atribuído por aquele que interpreta.

Dentro dessa perspectiva gadameriana, Streck (2001, p. 211), citando Hesse, afirma que o teor da norma somente se complementa no ato interpretativo. A concretização da norma pelo intérprete, portanto, vai pressupor (sempre) uma pré-compreensão. Dessa maneira, o momento da pré-compreensão determina o processo de concretização: a concretização pressupõe a compreensão do conteúdo da norma a concretizar, a qual não cabe desvincular da pré-compreensão do intérprete nem do problema a solucionar. Assim, é possível, ao intérprete, relacionar a força normativa da Constituição

à determinada realidade (HESSE, 1991).

O intérprete, portanto, arremata Streck (2001, p. 211), compreende o conteúdo da norma a partir de uma pré-compreensão, que é a que vai lhe permitir contemplar a norma desde certas expectativas, fazer uma ideia do conjunto e perfilar um primeiro projeto, ainda necessitado de comprovação, correção e revisão, mediante a progressiva aproximação da coisa por parte dos projetos em cada caso revisados, com o que a unidade de sentido fica claramente fixada. Dada essa presença do pré-juízo em toda compreensão, trata-se de não se limitar a executar as antecipações da pré-compreensão, sendo, pelo contrário, consciente delas e explicando-as, respondendo assim ao primeiro comando de toda interpretação: proteger-se contra o arbítrio das ideias e a estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis e dirigir o olhar “para as coisas mesmas”, como dito no início deste item.

Cumprido salientar, ainda, a noção de *applicatio*, que tem sido uma das categorias gadamerianas mais comentadas no direito. Nessa categoria, delimita-se, primeiramente, que todo conhecimento produzido é, em si, o desenvolvimento de uma compreensão prévia que sempre antecipa o intérprete. A partir desse ponto se constata, em nível ontológico, a indissociabilidade entre compreensão e interpretação. Gadamer aponta também a indissociabilidade entre interpretação e aplicação como decorrência da fusão de horizontes, onde o intérprete, situado em seus pressupostos, ao se dar conta deles, propicia o aparecimento da novidade que o objeto a ser interpretado descortina. Diante disso, afasta-se a noção de interpretação “em fatias”, preponderante no direito, na qual o intérprete primeiro compreenderia, depois interpretaria para, finalmente, aplicar o direito. Todavia, a concepção gadameriana de *applicatio* afasta esta

concepção hermenêutica tradicional. (SILVA FILHO, 2003, p. 152).

3 O PAPEL DA NOVA CRÍTICA DO DIREITO (NCD) NA CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA

A Nova Crítica do Direito (NCD), termo cunhado por Lenio Luiz Streck, consiste na pretensão de se construir um arcabouço teórico, baseado fundamentalmente nas obras de Heidegger e Gadamer, capaz de considerar o viés produtivo da interpretação sob o paradigma “pós viragem lingüística” e “pós viragem ontológica”, levando-se em consideração a fusão de horizontes gerada pelo processo de compreensão. Esse processo, por sua vez, como se viu anteriormente, passa por uma pré-compreensão que, na verdade, acaba por fundar todo o processo interpretativo. (STRECK, 2001 e 2004).

A NCD busca desmistificar o discurso da dogmática tradicional, afastando os influxos metafísicos da *ontologia objetificante aristotélico-tomista* e da *filosofia da consciência*, predominantes na pré-compreensão do jurista, capazes de gerar *pre-juízos inautênticos* no intérprete. Estes *pre-juízos inautênticos* acabam por inviabilizar o *des-velamento* do ser daquilo que se interpreta, na medida em que impedem a interpretação da “coisa mesma”, transformando-a na “mesma coisa”.

De acordo com Gadamer (2004, p. 433), autor amplamente trabalhado por Streck, na relação entre hermenêutica jurídica e a dogmática, a primeira detém a primazia sobre a segunda, pois, segundo o filósofo alemão, a idéia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer interpretação como

um simples ato de subsunção, não tem sustentação.

A noção deste novo paradigma, também com aporte em Heidegger, mostra que compreender não é um modo de conhecer, mas é um modo de ser, *isto porque a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão (o homem já compreende o ser)!* A verdade não é uma questão de método. Será, sim, uma questão relativa à manifestação do ser, para um ser cuja existência consiste na compreensão do ser. (STRECK, 2004, p. 207).

Nesse sentido, a hermenêutica jurídica repousa sobre a hermenêutica filosófica, pois, como aduz Stein (2004, p. 163-164), em tudo em que o Direito enuncia nos códigos ou na Constituição, opera uma historicidade e um sentido que, desde sempre, vêm antecipados na pré-compreensão, sendo dela decorrente o processo de autocompreensão que sempre acompanha a compreensão de qualquer texto do Direito.

Em suma, na NCD, tem-se que compreensão, interpretação, linguagem e hermenêutica estão inter-relacionadas entre si. A compreensão é que dá ao intérprete o horizonte de sentido, podendo-se afirmar, portanto, que o ser humano existe e se constitui a partir da compreensão. Interpretar é explicitar a compreensão, e a linguagem é condição de possibilidade desta explicitação. Sem a linguagem não existe sentido, vez que não há como transmitir-se o saber. A hermenêutica, por fim, como um conjunto de todas essas operações, compreende o *ser* do *ente* que se manifesta fenomenologicamente.

Por fim, deve-se ressaltar que a visão hermenêutica da NCD busca denunciar aquilo que se convencionou chamar de “baixa constitucionalidade”, que seria justamente a ausência do devido *des-velamento* do *ser* do *ente* Constituição, gerado pelos **pré-juízos inautênticos** dos juristas, manifestados na falta da devida

pré-compreensão dos ditames constitucionais dentro do Estado Democrático de Direito, que, por sua vez, conforme se vê a seguir, não é dado, mas construído hermenêuticamente, pois, como defende José Afonso da Silva (1997, p. 119),

A configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.

Dessa forma, qualificado pelo *Democrático*, a noção de Estado de Direito assume um viés material de concretização de uma vida digna ao homem e assume simbolicamente o caráter de fomentador da participação pública, exigindo, assim, em especial, por parte dos juristas a assunção de uma postura hermenêutica capaz de alcançar e revelar as potencialidades de tal fenômeno. (SILVA, 1997, p. 119-121)

**PARTE II – HERMENÊUTICA JURÍDICA E
APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE
DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE DA POSTURA
DO STF NO “PÓS EC 45”**

**4 A INSERÇÃO DO PARÁGRAFO 3º AO ARTIGO 5º DA
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

O parágrafo 3º, acrescido ao artigo 5º da Constituição Federal, pela EC 45, promulgada em 8/12/2004 e publicada em 31/12/2004, dispõe que “os tratados e convenções sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Trata-se, portanto, de inovação introduzida no texto constitucional brasileiro, que tem por intuito atribuir *status* de norma constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, desde que preenchidos os requisitos procedimentais do § 3º, ou seja, pretende “resolver” a celeuma em torno do patamar que deve ocupar esses instrumentos normativos internacionais que tratam de direitos fundamentais.

Todavia, a inovação legislativa sugerida pelo *legislador derivado*, apesar de ofertar, oficialmente, uma proposta solucionadora, possui consequências negativas ao campo jurídico, pois (1) acaba por gerar mais confusões que soluções, além de (2) ser, antes disso, despicienda sob o ponto de vista hermenêutico.

Sobre o primeiro problema, Morais (2005, p. 43) afirma:

Desde o advento da Carta Constitucional de 1988 nos deparamos no Brasil com um debate acadêmico e

jurisprudencial o qual tem evidenciado uma dualidade de compreensões acerca do conteúdo a ser atribuído à Carta de Direitos Fundamentais expressa no texto constitucional e, particularmente, do sentido da norma contida no art. 5º e seus parágrafos. Tal debate não se finda com a promulgação da EC 45/04, ao contrário, parecidos, outros problemas emergem e necessitam tratamento compatível com o projeto de Estado Democrático de Direito assumido pelo constituinte [...]

Em relação ao segundo problema, qual seja, a hermenêutica dos tratados internacionais inseridos no ordenamento brasileiro, destinar-se-á, na seqüência deste texto, um item específico para a análise da desnecessidade de tal dispositivo, em face da presença do § 2º, do artigo 5º, que, por si só, já seria suficiente para ensejar uma leitura *constitucionalizante* dos tratados internacionais de direitos humanos.

A presença do novo parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal se mostrou tão destoante do discurso daqueles que defendem uma visão material aberta dos direitos humanos que se chegou a levantar a discussão doutrinária sobre a inconstitucionalidade de tal dispositivo.

De fato, a argumentação partidária da inconstitucionalidade do dispositivo da emenda que sugere o ora § 3º, do artigo 5º, da CF, parte do pressuposto de que ocorreu um retrocesso no alcance do § 2º, do artigo 5º, do texto constitucional que, como norma de extensão, alçava os tratados internacionais de direitos humanos ao *status* constitucional independentemente de qualquer *quorum* privilegiado. Contudo, entende-se que, a partir da análise da jurisprudência do STF e da doutrina que o inspira, esse retrocesso é ilusório na medida em que o alcance estabelecido como premissa para fundamentar a

inconstitucionalidade nunca foi reconhecido.

Diante disso, constatada a ausência de um *precedente* na Corte Constitucional brasileira, infelizmente, há de se convir que, caso tal discussão alcançasse o STF fatalmente seria rechaçada. Tudo isso porque, conforme já consagrado, o Supremo Tribunal Federal negou para o referido § 2º do art. 5º qualquer efeito inovador na matéria de integração de tratados ao direito interno, mantendo o entendimento jurisprudencial até então vigente.

Afastada a possibilidade de discussão doutrinária acerca da inconstitucionalidade do novo dispositivo (§ 3º, do art. 5º), trazido pela EC 45/04, para o texto constitucional, cuja arguição sequer foi apresentada à Corte Constitucional Brasileira, resta, assim, o enfrentamento da incidência desse novo texto inserido na Constituição. O § 3º do artigo 5º é uma realidade que carece de um olhar hermenêutico.

5 O IMPACTO DA INOVAÇÃO CONSTITUCIONAL E AS DUAS (POSSÍVEIS) FACES DE UMA MESMA MOEDA: OS RISCOS DO *CULTO AO PROCEDIMENTO* E OS ASPECTOS POSITIVOS DO NOVO TEXTO JURÍDICO

Conforme diagnosticado no item anterior, foi estabelecido um procedimento especial no texto constitucional brasileiro capaz de atribuir aos dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos um caráter de norma constitucional. A partir de agora, intenta-se apresentar o paradoxo do estabelecimento de tal procedimento que pode ser compreendido, basicamente, em dois

aspectos: um negativo, que valoriza a interpretação extremamente formalista do novo dispositivo ora debatido, fundada numa postura capaz de enxergar o procedimento como um fim em si mesmo; ou, por outro lado, um positivo, se se considerar a possibilidade de uma construção hermenêutica em prol da manutenção do sistema integrado (Constituição/Direito Internacional dos Direitos Humanos-DIDH) de proteção dos direitos fundamentais e, para tanto, o § 3º deve ser interpretado em consonância com o § 2º, do artigo 5º da Constituição.

Quanto ao primeiro aspecto – o negativo –, antes de se tecer qualquer crítica sobre o apego formalista ao procedimento, deve se esclarecer que não se pretende aqui contestar o diagnóstico de autores como Habermas, que, em sua obra, tratou de descrever a legitimação, nas sociedades modernas, do direito por meio de procedimentos estabelecidos pelos Estados de direito.

Assim, registra-se, desde já, que as críticas, que se desenvolverão subseqüentemente, não envolvem a discussão em torno do problema da procedimentalização do direito, mas, mais especificamente, o apego do operador do direito ao formalismo que acaba obnubilando o conteúdo do direito. E isso, levando-se para a questão dos direitos fundamentais, pode ser bem exemplificado a partir da interpretação radicalmente formalista do § 3º, do artigo 5º.

O aspecto negativo do § 3º, do artigo 5º, portanto, pode ser constatado, num primeiro momento, em relação aos potenciais prejuízos que possam vir a ser causados em relação à “interpretação que era feita sob o manto do § 2º do art. 5º da CB, acerca da incorporação *constitucional, automática* e sob o critério da *materialidade constitucional* de tratados versando direitos humanos.” (TAVARES, 2005, p. 42).

A procedimentalização serviria, então, para reforçar a tese já consagrada pelo STF, no sentido contrário da incorporação automática, baseada no critério material. Nesse sentido, com base no novo § 3º, do art. 5º, Pedro Dallari (2005, p. 91) alcança do dito, pelo não dito, a seguinte norma:

Essa omissão não é desprovida de conseqüências, pois, além de o Congresso Nacional não atribuir expressamente dimensão constitucional aos tratados de direitos humanos anteriores à Emenda 45, a nova exigência de maior *quorum* na aprovação legislativa acaba aparentemente por endossar a interpretação de que as disposições do §2º do art. 5º, vigentes desde a promulgação da Constituição, em 1988, não teriam o condão, por si sós, de gerar para os tratados nessa matéria os efeitos de norma da Constituição. Tal condição só ocorreria daqui por diante e desde que atendidas as exigências do novo §3º do art. 5º. Assim, paradoxalmente, a adoção, pelo Congresso Nacional, de preceito a princípio voltado a conferir maior relevância a tratados internacionais de direitos humanos, acabou por comprometer seriamente a tese, mais favorável à promoção dos direitos humanos, de que os tratados nessa matéria já teriam *status* constitucional.

Com isso, o autor conclui que esse dispositivo “operou em sentido oposto à interpretação de que o § 2º do mesmo art. 5º, desde a sua edição em 1988, já ensejaria o nivelamento constitucional para o rol (de tratados) preexistente à EC 45” de maneira que, “relativamente ao passado, o texto do § 3º do art. 5º revela-se contraproducente como instrumento de promoção efetiva dos direitos humanos” (DALLARI, 2005, p. 95). Nesse mesmo sentido, Barbosa (DINO; *et al*, 2005, p. 13) aduz que:

A Reforma do Judiciário, ao prever a possibilidade de atribuição de hierarquia constitucional aos tratados

e convenções sobre direitos humanos mediante procedimento específico no âmbito do Congresso Nacional, veio a reforçar a posição adotada pelo STF na questão, isto é, assentou que os tratados sobre direitos humanos não contam com a hierarquia constitucional automaticamente, como sugerido por Piovesan.

Por fim, colocando uma última pá de terra sobre o jazigo dos direitos fundamentais, Flávio Dino afirma que a nova sistemática, trazida pelo §3º do artigo 5º, “soluciona a polêmica anterior mantendo a hierarquia dos tratados (anteriores à EC 45/2004) equivalente às leis ordinárias.” (DINO; *et al*, 2005, p. 13).

Já em relação ao segundo aspecto - o positivo -, tudo indica que a emenda constitucional 45/04, não obstante a sua assistemática, veio com a intenção de fortalecer e não enfraquecer a sistemática brasileira de proteção dos direitos fundamentais, o que se depreende, por exemplo, das prescrições de celeridade dos julgamentos (art. 5º, LXXVIII) e de deslocamento de competência para a Justiça Federal para julgamento de crimes que ofendem os tratados internacionais de direitos humanos (art. 109, § 5º).

Além disso, não obstante os equívocos linguísticos que podem ser vislumbrados no “dispositivo inovador”, se se considerar apenas o fato da discussão trazida pela Emenda 45 em relação ao grau normativo que se atribui aos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, já **é**, por si só, extremamente salutar para o ambiente que relaciona direitos fundamentais e a democracia que, juntos, “contribuem para a criação ininterrupta de direitos, para a subversão contínua dos estabelecido e para a reinstituição permanente do social e do político.” (CHAUI, 1983, p. 7). Ou seja, num jovem ambiente democrático – considerando-se os 18 anos de Constituição Cidadã -, em face da triste história autoritária brasileira,

os direitos humanos ocupam um importante espaço simbólico para a discussão dos anseios *democráticos*, num *Estado de Direito*.

E, do ponto de vista hermenêutico, um texto normativo que cuide de direitos humanos é sempre bem vindo, na medida em que se pode, por meio de uma construção de sentido – não relativista (STRECK, 2004) - alcançar uma fusão de sentidos, convergente em prol da dignidade humana. Nesse sentido, conforme se verá subsequentemente, já existem alguns exemplos no âmbito da decidibilidade jurídica, que vem buscando construir entendimentos para além de um *positivismo objetificante*.

6 APORIAS DE UMA SISTEMÁTICA IMPENSADA: O QUE FAZER COM OS TRATADOS QUE NÃO FORAM “LEGITIMADOS PELO (NOVO) PROCEDIMENTO”?

A Emenda Constitucional 45 não trouxe qualquer esclarecimento acerca da situação dos tratados internacionais de direitos humanos que lhes são anteriores, nem especificamente no texto normativo que inseriu o § 3º, nem tampouco em qualquer outra passagem de seus dispositivos. Dito de outra forma, resumidamente, os vários e importantes tratados de direitos humanos já ratificados pelo Brasil¹ ficaram no limbo das discussões travadas por ocasião da elaboração da EC 45.

Ao contrário disso, no direito comparado, analisando-se o

1 Alguns exemplos de Tratados Internacionais de Direitos humanos ratificados pelo Brasil: a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20/07/1989; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28.09.1989; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24/09/1990; o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, em 24/01/1992; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também em 24/01/1992; a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25/09/1992.

texto constitucional argentino, modificado pela emenda introduzida em 1994, mais especificamente em seu artigo 75, item 22, prevê que os vários pactos e tratados internacionais de direitos humanos, expressamente enunciados, possuem hierarquia constitucional, revelando ainda que os demais tratados acerca da matéria que forem aprovados por dois terços dos membros de cada uma das câmaras do parlamento nacional (*quorum* adotado para aprovação de emendas constitucionais no país) também terão hierarquia constitucional.

Como exemplo bastante elucidador, então, nota-se que a Constituição Argentina, traz, também por meio de uma emenda, a previsão que estende aos tratados anteriores à alteração, devidamente enunciados, o patamar de normas constitucionais. Houve, na verdade, “uma espécie de ‘análise em bloco’ dos tratados internacionais de direitos humanos que já haviam sido ratificados pela Argentina, o que resultou em sua expressa constitucionalização.” Isso consistiu numa medida salutar que contribui na qual se pode destacar, dentre outras coisas, uma “economia de tempo para a sua aprovação, bem como o fato de que a não aprovação pelo Congresso significaria a rejeição da constitucionalização de todos os tratados internacionais de direitos humanos até então ratificados pelo país, o que representaria sérios desgastes para o parlamento diante da opinião pública.” (AMARAL, 2005, p. 110).

Retornando a discussão para o caso brasileiro reforça-se o registro de que nenhuma menção foi realizada, pela EC 45, à situação dos inúmeros tratados internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Brasil. Portanto, a discussão que se mantém e que parece ser a grande questão sobre esses instrumentos internacionais garantidores dos direitos humanos, gravita em torno do patamar ocupado por tais instrumentos no direito brasileiro. E o ponto

nevrálgico de divergências em torno dos tratados internacionais de direitos humanos é o seguinte: continuarão estes sendo concebidos como normas infra-constitucionais, conforme se depreende do entendimento do Supremo Tribunal Federal? Ou poderão assumir o *status* de leis constitucionais, mesmo não tendo sido submetidos ao procedimento qualificado, previsto pelo § 3º, do artigo 5º?

Como resposta a essa indagação, Tavares sugere, todavia sem uma fundamentação suficiente, que a tese da incorporação automática via § 2º, da Constituição seja mantida para os tratados firmados antes da publicação da EC 45/04 e, para as novas convenções ou tratados, posteriores à reforma, serviria a regra do § 3º. Outra possibilidade, segundo, o autor seria “a de considerar a regra do § 3º apenas uma formalização que ratifica a posição assegurada pelo § 2º, compreendida como a de assegurar o nível constitucional desses tratados.” (TAVARES, 2005, p. 45).

Além dessas, há ainda a proposta desenvolvida a partir do raciocínio ínsito à idéia de *recepção*, bastante difundida e conhecida no Direito Constitucional. Essa teoria pode ser resumidamente entendida como aquela que leva em consideração a compatibilidade material da norma com o novo ordenamento constitucional para que ocorra o fenômeno da recepção, sempre prevalecendo, para os aspectos formais a regra do *tempus regit actum*. Assim, exemplifica Amaral (2005, p. 123),

se uma lei ordinária anterior à Constituição é com ela materialmente compatível, será recepcionada ainda que a matéria nela versada, pela disposição do novo ordenamento jurídico, passe a ser regulada por lei complementar. No entanto, e embora ela tenha sido editada segundo procedimentos estabelecidos pela Constituição anterior para a elaboração de lei ordinária, para alterá-

la, será necessária edição de lei complementar, conforme preceitua o novo ordenamento constitucional, sob pena de não se observar a vontade do constituinte, que passou a exigir lei complementar para aquela matéria.

Estendendo essa visão, analogicamente, à situação gerada pela EC 45/04, em relação aos tratados internacionais de direitos humanos assinados antes de sua vigência, e considerando-se que esses tratados foram submetidos ao devido procedimento formal estabelecido à época de suas ratificações, tendo assumido, devido o § 2º do artigo 5º, o *status* de normas constitucionais, manter-se-iam, esses textos, compatíveis com a Constituição, ora reformada pela referida Emenda.

Reconhecendo-se a complexidade desse raciocínio, recorre-se aqui ao texto de José Carlos Francisco, que, apesar de um pouco extenso, merece menção devido à sua abordagem esclarecedora. Assim, Francisco (2005, 103-4) afirma que:

Acerca da recepção, sabemos que se trata de princípio geral de Direito Constitucional (que independe de previsão expressa), segundo o qual as normas infraconstitucionais validamente editadas (sob o ângulo formal e material) na vigência de ordenamentos constitucionais anteriores continuam vigentes e eficazes em face de novos ordenamentos constitucionais (originários ou reformadores), bastando a compatibilidade material com as regras constitucionais supervenientes. É indiscutível que os atos normativos recepcionados somente podem ser alterados pela forma normativa exigida pelo novo ordenamento constitucional (ou seja, se uma lei ordinária foi validamente editada seguindo as previsões da Constituição pretérita, essa lei ordinária somente poderá ser modificada por lei complementar caso a nova Constituição disponha que o tema correspondente

deva ser objeto de lei complementar), sob pena de inobservância da vontade do constituinte que passou a exigir nova modalidade normativa para a matéria. É verdade que a recepção convencional é vista envolvendo regras infraconstitucionais anteriores diante de novas ordens constitucionais (ou seja, a norma anterior tem forma infraconstitucional, e permanecerá como norma infraconstitucional, ainda que de competência ou hierarquia diversa), mas nada impede que o fenômeno da recepção seja aplicado em casos nos quais a ordem constitucional anterior permanece com força de regra constitucional em face do novo ordenamento constitucional (fenômeno denominado recepção material), ou em casos nos quais as regras constitucionais anteriores venham assumir *status* de normas infraconstitucionais (chamada de desconstitucionalização em sentido estrito). Admitimos que a doutrina e a jurisprudência aceitam a recepção material e a desconstitucionalização apenas mediante previsão constitucional expressa no ordenamento superveniente, mas a controvérsia gerada pela Emenda Constitucional 45 em relação aos tratados sobre direitos humanos anteriores a 8 de dezembro de 2004 está mais próxima ou adequada à recepção convencional do que a esses dois outros instrumentos de hermenêutica constitucional, já que a recepção material e a desconstitucionalização pressupõem a ab-rogação da Constituição pretérita (...).

Ao lado de toda essa construção, reforça-se ainda que a recepção pode funcionar como hábil instrumento de economia legislativa, na medida em que, se as normas anteriores são compatíveis com a alteração constitucional que lhes é posterior, evitam-se tormentosos, exaustivos e morosos trabalhos do legislativo em reproduzir em moldes idênticos as normas já existentes, apenas para lhe dar outra forma normativa imposta pela alteração constitucional superveniente.

A novidade introduzida pela EC 45/04, que ainda segue angustiando por sua estranheza, tem sido enfrentada nas diversas áreas do campo jurídico. Dentre elas, no espaço acadêmico pôde-se colher interessantes propostas como as de Jasson Hibner Amaral e José Carlos Vieira, que convergiram em torno da teoria da *recepção* conforme restou apresentado anteriormente.

Como contribuição à elucidação da celeuma, de certa forma reforçando a última postura apresentada, apresentar-se-á, finalmente, bases teóricas para uma leitura hermenêutica do § 3º, do art. 5º, considerando-se, também, algumas manifestações no âmbito da decidibilidade jurídica no período recente, *pós-Emenda 45/04*.

7 CRISE DA HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL: O APEGO AO FORMALISMO (PROCEDIMENTAL) NA DOGMÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA

Os tratados internacionais de direitos humanos já eram considerados normas constitucionais, conforme assinalado por considerável segmento da doutrina pátria, por ocasião da análise do § 2º, do artigo 5º, que já consta do texto constitucional desde a sua publicação em 1988. Todavia, a cultura jurídica brasileira apegada à forte noção positivista, em sua face mais radical, manteve-se indiferente em alguns casos ou, pior, em outros negou a possibilidade do devido tratamento aos direitos fundamentais previstos em tratados internacionais de direitos humanos. (FEREIRA FILHO, 1995; MORAES, 2000; e jurisprudência do STF).

Nesse sentido, é importante notar o quanto é difícil se alterar

uma cultura historicamente forjada sob os auspícios da modernidade que ditou implacavelmente um modelo de direito liberal-individual-normativista. A “baixa noção dos direitos fundamentais” (STRECK, 2004), descrita alhures, parece seguir reforçada pelo discurso procedimentalista do § 3º, do artigo 5º, conforme se depreendeu de algumas manifestações doutrinárias citadas alhures e da Corte Constitucional brasileira, que segue acomodada em sua “tradicional” postura. Sobre esta última afirmação, por todos, ilustrativamente, eis o trecho do voto do Ministro relator Carlos Veloso, que assim se manifestou por ocasião do julgamento de um Recurso interposto perante o STF, em 22/02/2005: “Verifica-se, assim a prevalência da Constituição Federal em relação aos tratados e convenções internacionais não aprovados segundo o procedimento descrito no § 3º do art. 5º da CF/88.” E, mais recentemente, na manifestação do STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1, em dezembro de 2008, conforme breve abordagem subsequente.

Todavia, assumindo-se a postura de uma *hermenêutica concretizadora* dos direitos fundamentais, é preciso suspender os *pré-juízos inautênticos*, que impedem o devido *des-velamento* daquilo que sempre esteve ali, aberto materialmente pelo texto constitucional para o diálogo dos direitos fundamentais previstos nos tratados. A abertura da clareira no direito deve passar, necessariamente, pela denúncia do caráter metafísico da dogmática jurídica, que, ao interpretar, objetiva as possibilidades de reconhecimento das peculiaridades de cada caso (*experiência prática*).

O senso comum teórico predominante no campo jurídico brasileiro, impregnado por uma dogmática jurídica insuficiente, marcada pelo paradigma “liberal-individualista-normativista” e pelo “cientificismo-metáfísico-objetificante”, acaba por impedir a

consolidação do projeto de abertura do constitucionalismo pátrio para o processo de interação com o DIDH, ou, a consolidação de um *Direito Constitucional Internacional*. Isso mantém a “baixa compreensão dos direitos fundamentais”.

Por outro lado, focos de *resistências hermenêuticas humanistas* acenam para uma mudança paradigmática, aproveitando o (problemático) discurso do § 3º, principalmente no ambiente decisório dos tribunais estaduais, que, por sua vez, utilizam o discurso textual de tal dispositivo para a construção de (novas) normas, a fim de se tentar superar antigas discussões, como é o caso, por exemplo, do conhecido debate acerca da prisão do depositário infiel. Sobre esse assunto, eis o entendimento proferido em uma decisão da lavra do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul:

Assim, é constitucionalmente possível que um tratado internacional retire do ordenamento jurídico pátrio, as exceções ou as restrições aos direitos fundamentais, mesmo que tais exceções ou restrições estejam previstas no rol do art. 5º da Constituição Federal, pois, como antes referido, o que é vedado não é a alteração do art. 5º, mas a abolição dos direitos e garantias fundamentais, estejam eles onde estiverem (CF/88, art. 60, § 4º, IV), sendo que a sua ampliação, longe de estar vedada, está na verdade expressamente autorizada, exatamente pela redação do dispositivo que recusa a taxatividade ou o *numerus clausus* (CF/88, § 2º do art. 5º). E assim era desde a redação original da vigente Constituição Federal, com muito mais razão será agora com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da CF/88, com o que os tratados internacionais ganharam, clara e expressamente, força de Emenda Constitucional.²

2 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus nº 70011566882 – 2ª Câmara Civil. Relator Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Julgamento: 25/05/2005. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acessado em 08.09.2005. Na mesma esteira de interpretação voto da Relatora Desembargadora Isabel de Borba Lucas, no

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais também interpretou o § 3º, do artigo 5º, atribuindo *status* de normas constitucionais aos tratados internacionais de direitos humanos, ainda que anteriores à EC 45, como se pode notar no trecho do voto da Desembargadora-relatora, que se transcreve abaixo:

E, recentemente, a emenda Constitucional nº 45/04, dispôs na redação que deu ao § 3º do art. 5º da Constituição que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Embora não tenha ocorrido a aprovação com o quorum mencionado, forçoso é convir que está aí sinalizada a posição mais correta na exegese a respeito da legislação em comento.³

Esses exemplos servem para se apresentar um contraponto ao “pensamento (pre)dominante” que insiste em (vide manutenção da postura do STF) obnubilar as potencialidades materiais abertas pela Carta Constitucional brasileira (art. 5º, § 2º). Os fragmentos das decisões expostos acima, juntamente com a doutrina que sustenta a necessidade do reconhecimento do Sistema Integrado de Proteção dos Direitos Humanos, comprovam o surgimento, ainda que meio tímido, de uma nova cultura dos direitos fundamentais no Brasil.

A inserção do § 3º ao artigo 5º pela EC 45, longe de enfraquecer o status constitucional dos tratados cujas ratificações a antecederam, propiciou apenas a possibilidade de uma

seguinte julgamento: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus nº 700113551624 – 14ª Câmara Civil. Julgamento: 19/05/2005. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acessado em 05.08.2005.

³ Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0408.02.000139-7/001 – Segunda Câmara Criminal. Relatora Desembargadora Beatriz Pinheiro Cafres. Julgamento: 12/05/2005. Disponível em http://www.tjmg.gov.br/juridico/tj/inteiro_teor. acessado em 19.08.2005.

constitucionalização formal, por meio de um quorum qualificado para, para os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito interno, pois

Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu *quorum* de aprovação. A título de exemplo, destaque-se que o Brasil é parte da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes desde 1989, estando em vias de ratificar seu Protocolo Facultativo. Não haveria qualquer razoabilidade se a este último – um tratado complementar e subsidiário ao principal – fosse conferida hierarquia constitucional, e ao instrumento principal fosse conferida hierarquia meramente legal. (PIOVESAN, 2006, p. 72-3).

Neste sentido, Flávia Piovesan (2006, p. 74) parece ter ofertado importante contributo para a elucidação da celeuma acerca da constitucionalidade dos tratados anteriores à EC 45/2004, ao afirmar que

com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se à emendas à Constituição, no âmbito formal.

E agora, com o “novo dispositivo procedimental”, segundo o STF, os tratados anteriores seguem como leis infraconstitucionais,

agora “supralegais”, de acordo com a última manifestação da Corte, por não terem sido aprovados segundo o procedimento descrito no § 3º do art. 5º da CF/88 (conferir nota anterior). Nesse sentido, ao ocultar a peculiaridade da norma internacional de direito fundamental, tratando-a como uma norma internacional qualquer, e, além disso, seguindo “cegamente” o formalismo procedimental do § 3º, do art. 5º, entende-se que há uma objetificação no processo interpretativo do direito por parte, principalmente, da Corte que deveria ser a guardiã dos direitos fundamentais.

8 A TESE DA “SUPRALEGALIDADE” DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS OU COMO ALCANÇAR O CERTO POR LINHAS TORTAS: BREVES REFLEXÕES

Por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1, concluído em dezembro de 2008, o Ministro Gilmar Mendes, em um voto de 59 laudas, apreciou as teorias sobre a recepção dos tratados e chegou à conclusão de que os tratados possuem um status de norma infraconstitucional, mas supralegal. E aqui surgem alguns questionamentos problematizantes, quais sejam: (i) que categoria de lei é essa que o STF criou? (ii) Ele inseriu uma nova espécie normativa no art. 59 da Constituição? (iii) Assim, como fica a questão do escalonamento das normas no sistema jurídico brasileiro?

Neste momento, o ponto de observação se concentra no âmbito da Teoria do Direito, tendo em vista que se verifica a “criação” de uma espécie de lei que afasta a incidência, no

âmbito infraconstitucional, de uma regra, que, por sua vez, estava fundamentada na Constituição. Nas palavras do Ministro:

O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).⁴

Então, parece que essa lei infraconstitucional bloqueou a incidência da Constituição, sem efetivamente revogar o dispositivo da Constituição.

Seria “isso” uma espécie de mutação constitucional, uma nova interpretação do dispositivo, que não afasta o texto da constituição, mas ao mesmo tempo impede a sua efetivação por uma norma que nele estava fundamentada?

Como se não bastasse esta esdrúxula construção interpretativa acerca da “legalidade” do tratado, nesse mesmo julgamento, o Ministro Gilmar Mendes invocou, em sua argumentação contrária à tese da equiparação entre tratados internacionais de direitos humanos, anteriores à EC 45, e a Constituição, o risco da insegurança jurídica, que seria provocada pela “atomização das normas constitucionais”. Nas palavras deste Ministro: “identificados os tratados internacionais de direitos humanos como de hierarquia constitucional, passaremos a ter essas normas como parâmetro de controle, gerando, portanto, um quadro de insegurança jurídica.”⁵

Trata-se de um argumento atrelado ao “bom e velho”

4 Recurso Extraordinário 466.343-1, p.1.191. Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em 20/04/2011.

5 Recurso Extraordinário 466.343-1, p.1.266. Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em 20/04/2011.

discurso da proteção da Soberania. Ou seja, o discurso da proteção de um dos mitos da modernidade. Em sentido contrário, propondo sobretudo uma flexibilização do conceito deste Poder político, Ferrajoli (2002) apresenta uma interessante e lúcida observação em relação à inevitável revisão deste Poder nas relações entre os Estados, principalmente no que tange aos assuntos econômicos. Contudo, em relação à construção de um efetivo Direito Constitucional Internacional, as “barreiras retóricas” em torno do conceito ainda são bem resistentes.

Voltando à tese da supralegalidade que, aliás, em tempo, não é de autoria do Ministro Gilmar Mendes e sim do ex-Ministro Sepulveda Pertence, manifestada em um voto vencido no julgamento do RHC nº 79.785-RJ, em 2000. Assim, nota-se que esta manifestação do STF, na verdade, complicou mais do que efetivamente esclareceu a questão da aplicação dos tratados anteriores à EC 45.

Se por um lado resolveu um problema que era a violência que se vinha praticando ao não se considerar a exceção da prisão civil por dívida do depositário infiel, por outro, trouxe sérios problemas hermenêuticos relacionados à construção de sentido da Constituição e a sua interação com os tratados internacionais de direitos humanos, mais especificamente com o Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 7º, nº 7.

Ou seja, é inegável que o resultado final acabou sendo bom, mas a grande preocupação, a preocupação de todos os pesquisadores da área ligada à hermenêutica e Jurisdição Constitucional está também na questão relacionada à fundamentação de uma decisão, aos fundamentos do direito. Mas isso é um tema para um outro momento, num outro espaço.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a pesquisa realizada e materializada no presente texto, logram-se alguns apontamentos conclusivos acerca dos tratados internacionais de direitos humanos, cuja aplicação pode ser entendida como instauradora de uma (nova) era do constitucionalismo brasileiro que, por sua vez, passou a ser visto como aberto para a convivência “simbiótica” com o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH).

Atento à necessidade de otimização do esquema de proteção do ser humano para além do ordenamento interno, o legislador pátrio propôs uma abertura constitucional para um *sistema integrado de defesa dos direitos humanos*. Sem pretender divagar a respeito dessa nova possibilidade para além da Jurisdição doméstica, o tema da presente pesquisa restringiu-se à questão da possibilidade da aplicação de normas protetivas de direitos humanos no âmbito da decidibilidade jurídica interna, em face da abertura sugerida pelo texto constitucional (art. 5º, § 2º e, posteriormente, com a EC 45, § 3º), de seus princípios, dos anseios comunitários brasileiros e da tendência inaugurada pela da Declaração de 1948 e pelo Constitucionalismo Dirigente brasileiro (MOREIRA, 2010).

Longe de “enfraquecer a soberania” nacional ou de contrariar o “espírito” constitucional, o Sistema Internacional integrado pela Constituição mais Tratados Internacionais de Direitos Humanos, além de lançar o Estado brasileiro para o diálogo internacional (art. 4º, II, da CF), garante a defesa de um dos pilares do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF).

Todavia, na contramão desse caminho, essa não é a

posição assumida pelo STF que, no que respeita à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, no Brasil, ainda se encontra distanciado da cultura democrática, garantidora de direitos fundamentais, que se instituiu no cenário jurídico pátrio, após a Constituição de 1988.

O discurso dos direitos humanos – importantes para a constante revisão do direito e reinstituição da democracia – parece não ter encontrado eco na Corte Constitucional brasileira, no que tange à interação Direito interno/DIDH. Assim, não obstante a recepção dos direitos fundamentais, cristalizados em tratados internacionais pela CF/1988, o Supremo Tribunal Federal segue interpretando-os como normas infraconstitucionais (e, atualmente, “supralegais”). Tal postura se baseia em teorias que ainda consagram uma rígida soberania (que há muito já não existe) e que procuram separar, de forma estanque, o Direito Internacional do Direito interno. Não consideram a possibilidade de integração entre a Constituição e os tratados de direitos fundamentais ratificados e acabam (so)negando a proposta de abertura material trazida pelo texto constitucional de 1988.

A discussão aqui, mais centrada na questão referente aos tratados anteriores à Emenda – e esta parece ser a questão mais problemática, tendo em vista o extenso rol de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, reflete bem a chamada “crise da dogmática jurídica” (STRECK, 2004). Em síntese, não se atribui força normativa constitucional aos tratados e o novo § 3º, do art. 5º passa a ser interpretado como um mero procedimento que serve para reforçar a (reacionária) visão “consagrada”.

A proposta hermenêutica para o caso consistiria apenas em *desocultar* aquilo que está ali desde 1988, que é a proposta

de abertura material para os tratados de direitos humanos, lida hermenêuticamente como uma *clareira* capaz de possibilitar, por meio de um horizonte interpretativo, a aproximação entre o “homem” (hermeneuta) e o *ser* da Constituição (da defesa dos direitos fundamentais), pois o homem, como afirma Heidegger, é o primeiro que, aberto ao ser, deixa que este venha a ele como presença e tal chegada à presença necessita do aberto de uma clareira (HEIDEGGER, 1979). Esse “acontecimento-apropriação é o âmbito em que homem e ser atingem unidos sua essência, conquistam seu caráter historial, enquanto perdem aquelas determinações que lhe emprestou a metafísica” (HEIDEGGER, 1979, p. 185).

Não obstante isso, infelizmente, a dogmática jurídica (*pré*) *dominante* não oferece as possibilidades para a abertura dessa clareira, ao contrário, oculta as possibilidades emancipatórias dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Jasson Hibiner. *A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro: o novo parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal e o redimensionamento das possibilidades hermenêuticas*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2005.

Apelação Criminal ° 1.0408.02.000139-7/001 – Segunda Câmara Criminal. Relatora Desembargadora Beatriz Pinheiro Caíres. Julgamento: 12/05/2005. Disponível em http://www.tjmg.gov.br/juridico/tj/inteiro_teor. acessado em 19.08.2005.

BITTAR, Eduardo C. B. “Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica”, p. 181-201. In: BOUCAULT,

Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CHAUÍ, Marilena. In LEFORT, Claude. *A invenção democrática*. Traduzido por Isabel M. Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983.

DALLARI, Pedro. Tratados Internacionais na Emenda Constitucional 45. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro e ARLACÓN, Pietro de Jesús Lora (orgs.). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

DINO, Flávio; et. al. *Reforma do judiciário: comentários à emenda n. 45/2004*. Niterói/RJ: Impetus, 2005.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *La hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid, Espanha: Universidad de Valladolid, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRANCISCO, José Carlos. Bloco de Constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In TAVARES, André Ramos; et al. (org). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. Revisão da Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004.

Habeas Corpus nº 700113551624 – 14ª Câmara Civil. Relatora Desembargadora Isabel da Borba Lucas. Julgamento: 19/05/2005. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acessado em 05.08.2005.

Habeas Corpus nº 700113551624 – 14ª Câmara Civil. Relatora Desembargadora Isabel da Borba Lucas. Julgamento: 19/05/2005. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acessado em 05.08.2005.

Habeas Corpus nº 70011566882 – 2ª Câmara Civil. Relator Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Julgamento: 25/05/2005. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acessado em 08.09.2005.

HABERMAS, Jürgen. “A luta por reconhecimento no Estado democrático de direito”, p. 229-67. Traduzido por Paulo A. Soethe. In: *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

HEIDEGGER, Martin. Identidade e diferença. Traduzido por Ernildo Stein. In *Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

_____. *Ser e tempo*. Traduzido por Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1998.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger*. Traduzido por Luíza Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Direitos Humanos, Constituição e Direito Internacional. p. 43. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos de uma teoria da*

constituição dirigente. Florianópolis: Conceito, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Recurso Extraordinário 466.343-1. Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em 20/04/2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica: Ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

_____. *Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma*. Ijuí (RS): Unijuí, 2004.

_____. *Seis estudos sobre “Ser e Tempo”*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1988.

_____. *Seminário sobre a verdade: Lições preliminares sobre o parágrafo 44 de Sein und zeit*. Petrópolis: Vozes, 1993.

STRECK, Lenio Luiz. “A crise da hermenêutica e a hermenêutica da crise: a necessidade de uma Nova Crítica do Direito (NCD)”, p. 103-40. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica*

do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005.

VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. 10. ed. Traduzido por João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.



Hermenêutica em três momentos

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha

1 INTRODUÇÃO

No presente texto serão descritos três momentos marcantes na história da hermenêutica, o primeiro, que aqui denominei de período clássico; o segundo, notabilizado pela influência do historicismo alemão; e o terceiro, que se dá com o advento da hermenêutica filosófica de Gadamer.

Esse percurso tem por objetivo sobretudo demarcar as notáveis diferenças entre o viés procedimental, que pretende dotar a hermenêutica de um método próprio, através do qual estaria assegurado o nosso encontro com a verdade daquilo que se põe como objeto da interpretação; e, de outro lado, o giro ontológico que marca a hermenêutica filosófica, onde a compreensão passa a ser assumida como uma característica imanente e própria do homem, independentemente de qualquer técnica que venha ele a lançar mão.

Com base nesse quadro pretendo mostrar que muitas das posturas adotadas no âmbito da práxis jurídica empreendida pelos denominados “operadores” do Direito estão contaminadas por rastros de uma concepção interpretativa que não se coaduna com as pretensões da hermenêutica filosófica e, por isso mesmo, contribuem

para colocar o Direito em uma situação que não se alinha com a estrutura mesma da compreensão humana.

2 A HERMENÊUTICA CLÁSSICA

O termo hermenêutica deriva do grego *hermeneúein*, o qual, sem prejuízo de algumas críticas¹, geralmente nos remete à figura mitológica de Hermes, a quem incumbia transmitir aos homens as mensagens dos deuses. Nesse sentido, a hermenêutica guarda uma relação muito próxima com a ideia de interpretação. Isso porque, para os gregos, a expressão *hermeneúein*, e mesmo a ideia de interpretação, não tem uma acepção tão restrita como a de hoje, em que nós a vemos como um ato de reconstrução de uma mensagem, o que desde logo adianta tratar-se de um equívoco. Nessa linha, quando alguém pretendeu expor o seu pensamento, por meio da linguagem, também partindo dela eu procuro reconstruí-lo pela interpretação.

Entretanto, a ideia grega de interpretação valeria como uma via dupla, ela também estaria presente na ideia de transmissão. Por isso, quando eu falo aqui na vinculação a Hermes como aquele mensageiro que transmitia a mensagem dos Deuses, eu o estou ligando, aí sim, à ideia de interpretação. Então, o problema é o seguinte: essa vinculação da hermenêutica à interpretação acabou por atribuir a ela uma visão pejorativa. Uma visão pejorativa porque eu acabo criando um espaço intelectual e cultural onde não me encontro com a verdade. Não encontro com ela pela simples

1 Jean Grondin assevera que “a atividade mediadora do processo hermenêutico conduziu, já na antiguidade, a que a família verbal em torno do *hermèneus* e da *hermèneutike* fosse relacionada etimologicamente com o deus mediador Hermes. A conexão é, sem dúvida, demasiado patente para ser verdadeira. Por isso, na filologia mais recente, em quase toda a parte, foi encarada com razoável ceticismo” (GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo (RS): UNISINOS, 1999, p. 55).

razão de que tudo é questão de interpretação. E aí poderíamos, por exemplo, deixar reinar o arbitrário, o subjetivismo.

Porém, já desde o período clássico, essa é uma impressão demasiadamente equivocada para as pretensões da hermenêutica, pois ela sempre pretendeu ser realmente uma doutrina da verdade no domínio da interpretação e, por isso, ela se inicia com a pretensão de estabelecer métodos destinados a afastar precisamente as arbitrariedades e os subjetivismos das disciplinas que tem a ver algo com a interpretação, como é o caso do Direito, por exemplo, da literatura e da própria teologia, na interpretação dos textos bíblicos. Então eu já parto com a advertência histórica de que essa visão da hermenêutica como algo que nos conduz a arbitrariedades e subjetivismos, ela vai de encontro às suas próprias pretensões de tornar-se uma ciência destinada a estabelecer métodos precisos para a interpretação.

Nietzsche afirmou que não existem fatos, mas somente interpretações². Embora descontextualizada, a citação é muitas vezes invocada como uma ideia-limite que se prestaria a demonstrar essa questão do relativismo na hermenêutica. Entretanto, como registrei que desde as origens ela teria uma pretensão diversa, exatamente a de não tolerar essas arbitrariedades no campo da compreensão, sobretudo dos textos, parece-me conveniente traçar uma rápida evolução histórica da hermenêutica, em que eu atribuiria o nome de clássico ao primeiro período.

Nesta fase, a premissa é a seguinte: o entendimento se dá por si mesmo, somente eventualmente haverá mal entendido

2 Trata-se do fragmento 7[60] da obra especificada ao final, onde destaco: Gegen den Positivismus, welcher bei dem Phänomen stehen bleibt „es giebt nur Thatsachen“, würde ich sagen: nein, gerade Thatsachen giebt es nicht, nur Interpretationen. (NIETZSCHE, Friedrich. Nachgelassene Fragmente 1885-1887. V. 12. München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 1999, p. 315)

na comunicação. Precisamente para evitar nessas situações de desentendimentos a proliferação de dúvidas em pontos obscuros, onde o mal entendido poderia instalar-se, nós deveríamos invocar, então, uma arte da compreensão que nos conduzisse ao rumo correto para evitar esses desacordos.

Portanto, o período clássico estaria marcado pela atividade dos teóricos no sentido do desenvolvimento de teses ou técnicas, sobretudo inspiradas na retórica, voltadas à fixação de um caminho seguro para a interpretação dos textos. Nesse contexto surgiriam as denominadas hermenêuticas setoriais: a) uma hermenêutica bíblica, para interpretar os textos religiosos; b) uma hermenêutica jurídica; e c) uma hermenêutica vulgar ou filológica, que se debruçaria sobre os textos literários.

Ainda no âmbito deste que chamei de período clássico, destaca-se a figura de um padre protestante alemão chamado Schleiermacher, que inverteu aquela ideia relativa à questão do entendimento na linguagem. Contrariamente ao que foi antes estabelecido, ele afirmava que o mal-entendido é a regra, dando-se por si mesmo. Isso acabou por valorizar a necessidade de estabelecermos mecanismos de interpretação para evitar esses desvios provocados pelo desentendimento ou desacordo acerca da interpretação dos textos.

Nesse contexto, ele desenvolveu técnicas que aqui não irei explorar, porquanto não guarda grande relevância para os objetivos do texto. O que interessa é que nesse contexto, a hermenêutica, enquanto arte da compreensão, acaba por ser valorizada, alçando um patamar maior do que aquele em que até então se situava. De fato, quando Schleiermacher fala que sempre haverá possibilidade de desacordo, não apenas em relação aos textos escritos, em que há

um distanciamento temporal entre aquele que emitiu a mensagem, registrando-a, e aquele que vai interpretá-la, mas também nos discursos verbais, em que eu estou diante do outro, daí deriva que sempre haverá a necessidade de manusear as técnicas próprias dessa arte da compreensão, que seria a hermenêutica.

O que aqui aponto como fases da história da hermenêutica, pretende ser apenas um delineamento de marcos conceituais importantes no seu âmbito, não ostentando a pretensão de caracterização de períodos históricos que se dão em uma sequência cronológica precisamente determinada. O que importa aqui, mais do que um relato historiográfico é a sucessão de ideias que marcam um caminho determinado e permitem, mediante o seu cotejo, evidenciar aquilo que seria um sentido de evolução para um caráter mais originário e fundante da própria estrutura ontológica do homem, como adiante veremos.

3 A ESCOLA HISTÓRICA

Com a advertência do final do item anterior, “superamos” a primeira fase e ingressamos no período da escola histórica, em que se projeta um outro autor alemão: Dilthey. Com ele, pretendeu-se desenvolver uma metodologia própria para a hermenêutica que a destacasse do âmbito das ciências da natureza.

De fato, no início do século XIX nós tínhamos um inquestionável prestígio atribuído às ciências da natureza, dado ser evidente os resultados exitosos que elas alcançaram. Mais ainda, esse êxito de resultados das ciências naturais era atribuído basicamente ao rigor dos métodos por elas empregados. Com a se nessa difundida constatação, o que pretendeu Dilthey? Ele dizia o seguinte: se as

ciências do espírito pretendem equiparar-se às ciência da natureza, alçando o mesmo status científico e quiçá desfrutar do privilégio de reconhecimento que é próprio dessas últimas, aquelas também precisarão de um método de rigor.

Isso parte do desenvolvimento de uma ideia que não foi instaurada por ele, mas por um historiador contemporâneo seu, chamado Droysen, no sentido de que haveria uma distinção fundamental de finalidades entre as ciências da natureza e as ciências do espírito. Aquelas buscariam estabelecer hipóteses e normas gerais que explicariam os fenômenos que se apresentam ao cientista, enquanto que as ciências do espírito pretendem compreender uma individualidade histórica a partir de suas manifestações exteriores. Portanto, o foco das ciências da natureza estaria no seu caráter explicativo dos fenômenos; ao passo que nas ciências do espírito nós estaríamos mais voltados à compreensão de individualidades.

Dilthey afirmava que nós precisávamos de um método rigoroso que nos assegurasse a precisão dos nossos enunciados e de nossas análises, mas não poderia ser ele o mesmo método das ciências da natureza. Então, se aqui nós temos a compreensão como um marco fundante para a construção de um método próprio das ciências do espírito, já que a pretensão não seria a de explicar, mas sim de compreender, e já que a hermenêutica estuda regras e métodos das ciências da compreensão, nós poderíamos visualizar aí a imediata pertinência e o valor que seria atribuído à hermenêutica como um método próprio das ciências do espírito. Portanto, a hermenêutica já não seria um método qualquer, mas o método próprio para o desenvolvimento das ciências do espírito, resultando daí um salto de qualidade.

4 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Sem aprofundar essa segunda “fase”, experimentamos um novo salto, e esse me parece realmente uma revolução copernicana, pois a imagem que se tem da hermenêutica muda completamente, pois compreensão e interpretação já não seriam o resultado de um processo metódico que me assegurasse o encontro com a verdade, tal como pretendiam os historicistas, capitaneados por Dilthey, não é mais isso. Agora, a compreensão e a interpretação são assumidas como modos de ser do homem. Ele é um ser-no-mundo (*in der Welt sein*), que está, está, a todo momento, interpretando e compreendendo. Por mais que seja uma compreensão decaída, permeada por ideologias e sem que eu me dê conta disso, o fato é que essa potencialidade, eu diria até mais, ela realmente se exercita a todo momento.

Além disso, a compreensão é um atributo próprio e exclusivo do homem. Não adianta, por exemplo, eu perguntar o que é o mundo ao computador, ao lápis, ao giz, ao cachorro, ou a qualquer outra coisa, pois eles não irão me dizer coisa alguma. O único ente neste mundo que poderá compreender alguma coisa, os outros, a si mesmo ou os objetos com os quais ele lida, é o homem. Então, a compreensão passa a ser vista realmente como uma característica essencial do próprio homem enquanto ente que é-no-mundo. Essa nova e original visada é inaugurada por um outro autor alemão, chamado Martin Heidegger.

Aqui, parece-me que sobressai uma ideia fundamental: só o homem tem existência³, porquanto dotado deste privilégio e esta característica que fazem da interpretação e da compreensão

3 A palavra “existência” é aqui empregada no sentido próprio e específico da filosofia heideggeriana.

existenciais humanos. Esse salto da visão da compreensão como o resultado de um método para uma estatura ontológica do próprio ser humano propiciou o desenvolvimento da denominada **hermenêutica filosófica**. Os seus traços fundamentais foram estabelecidos em uma obra publicada em 1960, intitulada “Verdade e Método”, de autoria do alemão Hans-Georg Gadamer.

O sugestivo título da obra parece já sugerir algo como uma contraposição àquele pensamento da escola histórica, no sentido de que o encontro com a verdade nas ciências do espírito só poderia dar-se por meio de um método adequado a elas. Nesse sentido a afirmação de Richard Palmer⁴:

A concepção mais antiga de hermenêutica como sendo a base metodológica específica das *Geisteswissenschaften* é deixada para trás, e o *status* do próprio método é posto em questão, pois o título do livro de Gadamer contém uma ironia: o método não é o caminho para a verdade. Ao contrário, a verdade escapa ao homem metódico.

Não me parece que Gadamer tenha pretendido tanto, pois Palmer foi demasiado radical em seu comentário. De qualquer forma, eu o reproduzi aqui para que se tenha uma ideia de como o título é forte, de como Gadamer inaugura um novo momento para a hermenêutica. Ele está dizendo o seguinte: para além do método, existem outras formas de manifestação da verdade. É essa basicamente a sua pretensão. Para isso, ele vai realmente começar o livro, que é dividido em três partes, com uma análise fenomenológica do ser estético. Aí então ele vai tratar da obra de arte, e vai dizer que também por ela eu experimento a verdade, isso sem qualquer método.

4 PALMER, Richard. *Hermeneutics*. Evanston (Illinois): Northwestern University Press, 1969, p. 163.

Para Gadamer, no âmbito do iluminismo a consciência estética promoveu um divórcio inadequado, uma cisão imprópria entre a obra de arte e a realidade. Essa cisão ficaria caracterizada quando a obra é assumida como sendo uma mera representação do real, momento em que ela passa a não ter mais realidade ou pertença ao mundo. A obra de arte seria uma mera representação do mundo, a qual necessitaria de um objeto real que lhe desse suporte.

Essa distinção estética acaba fazendo o que eu chamo aqui de esterilização da obra de arte. Eu desvinculo a obra do mundo, da própria história, e com isso eu também desvinculo o próprio artista desse contexto. Assim, com base nessa consciência estética deturpada, o valor da obra passa a ser fundada em meros caracteres formais. Processo que justifica a chamada formalização da obra de arte.

Entretanto, a obra de arte não é nada disso. O valor que eu atribuo à ela não é decorrente da precisão dos contornos do artista, decerto que isso pode ter o seu valor, mas não é isso essencialmente que me faz debruçar sobre uma tela e admirá-la. Eu aqui me permito tentar repassar essa experiência: certa vez, no Vaticano, eu me vi apreciando uma pintura em que se retratava o momento de execução de alguns padres. Eram execuções simultâneas conduzidas por milicianos que invadiram alguma área, tipo um galpão, e ao mesmo tempo em que uns estendiam a corda e enforcavam alguns padres, outros atravessavam-lhes o peito com o florete. O curioso daquela situação é o mundo que se apresentava por aquela pintura. Eu, por exemplo, fiquei impressionado com o ar de desespero que era retratado em um dos que, ainda vivo, esperava a execução rezando, o qual se contrapunha à imagem do outro que, conformado, aguardava a sua vez; e ainda mais um jovem que, desesperado, naquele momento em

que todos seriam alcançados pela morte, via-se confortado por um dos padres que ali também aguardava a sua vez.

O que eu quero dizer é o seguinte, a obra, a par daquele jogo de luz e sombra, bem como da precisão de detalhes na transmissão daquela emoção toda do momento, deixou-me perplexo não tanto por essas formalidades do desenho, porque senão seria um mero objeto, mas a minha admiração é sobretudo pelo mundo que se abre por aquela obra, como disse há pouco. O que me faz refletir é como seria importante a compaixão em um momento tão difícil como aquele e que o que se projeta ali não é um mundo diferente do meu, é o meu próprio mundo que ganha um novo horizonte, através do qual eu me autocompreendo melhor.

Pode ser que hoje não se executem padres da maneira feroz como ali retratado, entretanto, ponho-me a pensar, tal como provocado pelo processo de Kafka, se aqueles executores, e os de hoje, têm alguma noção do que estão a fazer, se é possível mesmo um momento de intensa compaixão no ponto mais crucial da nossa vida. Essas questões nos põem a refletir sobre temas que nos foram propiciados pela obra, a qual, como disse, abre um mundo de significações para a nossa própria vida, com isso nos colocando diante de possíveis sentidos para ela e, em última instância, a própria ideia de compreensão do mundo, tudo isso sem que houvesse a intervenção de qualquer comportamento metódico.

Portanto, a obra em si não é um índice formal de uma habilidade técnica de manusear o pincel e misturar cores sobre uma base de Canvas, ela não é nada disso. Na verdade, ao abrir um novo horizonte (ou novos horizontes), a obra me dá uma possível verdade do mundo, sem que, como disse, tenha sido empregada uma metodologia científica para dar-me essa verdade de mundo que

aparece nela.

Gadamer vai realçar essa correlação entre a obra de arte e a verdade. Essa primeira parte de “Verdade e Método” parece vir para chocar mesmo, pois até então nós temos privilegiado demasiadamente o método, refletindo a importância que a ele é dada nas ciências da natureza como se fosse a única possibilidade de nós chegarmos a um conhecimento seguro. Além disso, ele faz uma crítica ao historicismo dizendo o seguinte: o próprio Dilthey, daquela segunda fase metodológica, dizia e reconhecia que nós somos seres históricos, mas ele pretendia aplicar à própria história uma metodologia que lhe conferisse objetividade, ou seja, na verdade, ele quer explicar a história fora dela! Isso é uma aporia, pois no final eu não tenho uma coerência nessa proposta, já que reconheço que eu sou um ser histórico, mas eu preciso de um método que me permita saltar a minha própria sombra para poder dizer o que a história é, e isso é impossível.

Então, o que temos na hermenêutica filosófica? Em primeiro lugar, temos essa advertência de que o método natural científico, ou o rigor metódico, não é necessariamente, ou pelo menos não é o único caminho para o alcance da verdade. Para tanto, Gadamer vai se valer novamente de outras estruturas que estão delineadas na obra de Martin Heidegger.

Heidegger tem algo muito interessante em sua filosofia, que é uma visão de mundo em que os entes comparecem não apenas como entidades simplesmente presentes e que podem ser descritas, mas, sobretudo, no modo de úteis, de entes que são para alguma coisa.

Isso me parece muito claro, pois quando acabo de dar uma corrida no calçadão da praia e estou exausto e sedento, não digo: “eu

quero aquela substância composta de duas moléculas de hidrogênio e uma de oxigênio, de densidade X, por favor, translúcida, como toda água deve ser”; não é isso. A água não é vista nesse horizonte científico natural, como também não o é a água de coco, mudando alguns índices matemáticos de translucidez, densidade e sabor. Não é isso! Na vida cotidiana nós não lidamos com as coisas desse modo. Nós perdemos o mundo da vida quando fazemos isso, porque isso é uma idealização.

Se estou diante de um líquido eu não o coloco para ferver, a fim de verificar se, fervendo a cem graus Celsius, é de água que estou tratando, eu não preciso disso! Em meu agir cotidiano eu não lido dessa forma com as coisas. Eu não perco o mundo, eu estou nele. Então, a água, na verdade, é a água que sacia minha sede, é a água que permite o meu transporte pelo aquaviário que pretende retornar ao canal de Vitória (ES), é a água que possibilita a higiene do meu lar e a minha mesma, é isso que é a água. Ela é para o transporte, ela é para saciar a minha sede, ela é para a higiene da minha casa.

Portanto, os entes comparecem em minha experiência de mundo como úteis, entidades que são para alguma coisa. Ora, isso de “ser para alguma coisa” só faz sentido se eu já tenho um mundo em que fazer higiene, transportar-me ou beber água é algo que já existe. Então eu só vejo a água como sendo algo para isso, aquilo ou aquilo outro, porque eu já tenho isso, aquilo e aquilo outro como parte do meu mundo. Então, eu tenho uma estrutura prévia de compreensão em que os entes comparecem nela.

Trata-se de uma estrutura tríplice em que a primeira seria esse ver prévio que marca minha relação com as coisas. E é por isso que eu me permito olhar a água sob diversos ângulos ou, mais propriamente, sob diversos horizontes. Eu posso, por exemplo,

visualizar a água como sendo para saciar a minha sede, esse é um tipo de horizonte. E se eu acabei de correr na praia é assim que eu vou olhar o primeiro copo de água que aparecer pela minha frente. Por outro lado, se eu estiver de retorno para casa, já com minha sede saciada, incomodado com o suor da minha transpiração, eu vou enxergar a água que brota do meu chuveiro como algo para a minha higiene.

Assim, dentro desses múltiplos horizontes que marcam isso que Heidegger denomina de “haver prévio” (*Vorhabe*), eu tenho também a possibilidade correlata de enxergá-los por um desses possíveis horizontes, marcando assim uma visão prévia (*Vorsicht*), dentro da qual eu acabo tendo uma conceituação prévia (*Vorgriff*). Eu posso, por exemplo, não ter uma compreensão precisa da coisa, mas ela pode chegar a mim de alguma forma compreendida, e é só assim mesmo que eu consigo alcançá-la. Eu costumava brincar dizendo o seguinte: se eu chegar para uma tribo indígena e, imaginando que eu consiga algum tipo de comunicação com algum integrante dela, entregando um controle remoto de televisão, não haverá como ele compreender o que é aquilo. Por mais que eu me esforçasse por dizer que aquilo se presta a ligar a televisão sem sair da cadeira, que é digital etc., não seria compreendido. Sem essa estrutura prévia não há compreensão.

Então, compreensão já não é resultado de um processo metódico. Compreensão é um elemento, um existencial que integra a minha estrutura de ser-no-mundo. Aprofundando esse existencial, eu digo: toda compreensão de algo se dá dentro de uma estrutura prévia em que eu já tenho aquele ente que pretendo conhecer, isso conectado a uma visão prévia e a uma conceituação prévia.

Tudo isso nos leva diretamente à ideia de círculo

hermenêutico, pois se eu procuro compreender o que é, por exemplo, um texto, eu necessariamente já devo ter alguma compreensão daquilo. Está dentro dessa estrutura de uma visão prévia, uma conceituação prévia. Então, veja que eu procuro compreender aquilo que, de alguma forma, eu já compreendo. Isso me põe realmente dentro de um círculo: o círculo da compreensão, pois me lança a compreender o que eu já compreendo.

Obviamente que a imagem do círculo não é a mais precisa, porque senão eu ficaria orbitando em torno de um mesmo ponto. Ao contrário, a compreensão penetra, quer dizer, eu tenho ganhos nesse processo em que sou junto às coisas, em torno desse contato que eu tenho com ela. Ela me proporciona ganhos de compreensão, novos horizontes, como aqui já foi dito. Então, na verdade, eu tenho uma espiral que faz com que essa compreensão penetre cada vez mais.

Por óbvio que, no âmbito das ciências naturais, o círculo é assumido como algo vicioso, mal quisto e que nós devemos sempre evitar. E devemos evitar porque o que se tem ali é a pretensão de alcançar o objeto, livre de qualquer contaminação subjetiva, para que ele se mostre tal como ele é. Mas o Prof. Aquiles Cortes Guimarães, em texto veiculado nesta obra coletiva, registrou que todo objeto só é objeto para uma consciência. Então, na verdade, essa pretensão é absolutamente absurda. E é absurda porque, em primeiro lugar, eu não tenho como sair do círculo, porque isso é próprio da estrutura da compreensão, não tenho como eliminar essa visão prévia, esses pré-conceitos, e não tenho porque sem eles eu não consigo compreender.

Essa visão negativa do círculo decorre de uma herança do Iluminismo, na sua tendência de prestigiar a racionalidade humana ao ponto de poder captar essas essências de maneira completamente esterilizada. Entretanto, convém reforçar que essa pretensão de

evitar o círculo é natimorta, pois o círculo não pode ser evitado. E aí Heidegger dirá⁵:

O decisivo não é sair do círculo, mas entrar nele de forma correta. Este círculo do compreender não é um circuito em que gire um gênero qualquer de conhecimentos, mas é a expressão da estrutura existencial de prioridade do Dasein mesmo. Não se deve rebaixá-lo à condição de um círculo vicioso, tampouco a de um círculo vicioso tolerado. Nele se encontra uma positiva possibilidade do conhecimento mais originário, possibilidade que, sem embargo, somente será assumida de maneira autêntica quando a interpretação tenha compreendido que a sua primeira, constante e última tarefa consiste em não deixar que o haver prévio, a maneira prévia de ver e a maneira de entender prévia lhe sejam dados por simples ocorrências e opiniões populares, mas em assegurar-se o caráter científico do tema, mediante a elaboração dessa estrutura de prioridade a partir das coisas mesmas. (grifei)

Gadamer parte dessa estrutura que ele herdou de Heidegger e vai reconhecidamente dizer que devemos reabilitar os pré-conceitos (obviamente no sentido daquela estrutura prévia que acabei de mencionar), já que sem eles eu não posso compreender.

Parece soar estranho que alguém nos exorte a isso, mas o próprio iluminismo, ao compreender que todo pré-conceito é negativo, foi preconceituoso. Exatamente por isso é que Gadamer afirma que os pré-conceitos admitem uma valoração, eles podem ser positivos ou negativos, mas o importante é que eu os reconheça, até para que eu possa fazer essa filtragem.

Portanto, não podemos ter aqui a confirmação daquele mito da neutralidade do sujeito. Há o que poderíamos chamar de instâncias de controle, ou talvez seja melhor falar das matrizes

5 HEIDEGGER, Martin. *Ser y tempo*. México: Editorial Porrúa, 1977, p. 156.

da hermenêutica filosófica, em que esses preconceitos podem ser trabalhados. Quando eu digo que tenho pré-compreensões que viabilizam a compreensão dos entes que comparecem para mim, na verdade eu estou reconhecendo que o homem tem uma pertença histórica a uma tradição, que ele não constrói juízos sozinho. Na verdade, ele está envolvido historicamente com a tradição, por meio daquele conjunto estrutural prévio, digamos assim.

Com relação a isso eu tenho que admitir que os prejuízos do indivíduo são muito mais que seus juízos, eles conformam a realidade histórica do seu ser: nós somos entes históricos.

Pois bem, poder-se-ia arguir que se reabilitamos os pré-conceitos, estaríamos permitindo que ideologias sejam inopinadamente introjetadas no processo de compreensão, sem que nos demos conta disso. Essa afirmação da autoridade da tradição acabaria deixando-nos vulnerável a uma contaminação do processo compreensivo.

Quanto a isso Gadamer dirá que não. É que, em primeiro lugar, há aquelas instâncias de controle a que me referi acima. O fato de eu permitir a atuação daquela estrutura prévia da compreensão (aliás, é impossível o contrário), ou melhor, o fato de existir essa estrutura prévia e, portanto, a ação da tradição, o reconhecimento da sua autoridade operando naquele processo, isso não quer dizer que ela exclusivamente determine o sentido das coisas, pois afinal de contas, o objeto também tem o direito de manifestar-se.

Talvez seja conveniente registrar a necessidade de retornar às coisas mesmas. Eu não posso simplesmente, ao reconhecer a autoridade da tradição, obstruir a manifestação do próprio ente que está a ser compreendido. Daí porque todo aquele que deseja efetivamente interpretar algo deve estar disposto a ouvir o que esse

algo lhe tem a dizer.

Portanto, há duas coisas aqui. Tratando de textos, que é um dos elementos ou focos principais do Direito, naquele momento onde se dá a compreensão, nós temos um horizonte que chega até nós e temos um horizonte do presente, ao qual ele se funde. É nessa fusão de horizontes que a compreensão se instala. E mais, esse horizonte não é estático; ele é dinâmico, reservando-nos infinitas possibilidades de sentido. Então a distância no tempo, a distância temporal, será uma nova instância de controle.

Quantas vezes operamos a retificação de certos sentidos até então assumidos com verdadeiros, reformulando a nossa compreensão de algo? Por que isso coorre? Porque o distanciamento no tempo, dentro do próprio acontecer desse horizonte dinâmico, percebemos que operaram juízos equivocados em determinada compreensão. Portanto, o próprio acontecer da compreensão é uma instância crítica para ela mesma.

A distância temporal e o deixar aparecer o próprio objeto no âmbito dessa fusão de horizontes, todos esses três elementos permitem o controle da ação dessas pré-compreensões sobre o movimento de compreensão, diríamos assim.

Mais ainda, o texto não me vem associado à tarefa de reconstrução de uma mensagem que foi emitida por alguém. Não é isso o que ocorre. O texto vem a mim com uma pretensão de validade para algo do presente. Daí afirmar Gadamer que há sempre a ideia de aplicação já envolvida na compreensão. Eu compreendo o texto quando ele é aplicado ao horizonte do presente para a validação de alguma situação.

Nesse contexto, Gadamer lembra o Direito como um exemplo privilegiado disso: quando eu compreendo a norma,

eu a compreendo exatamente no momento em que eu a aplico procurando validar aquele dispositivo em determinada situação. E aí ele faz uma severa crítica a um fracionamento, próprio do romantismo alemão, em que teríamos três etapas: a primeira, em que eu procuraria interpretar o texto; depois de interpretado, aí então eu alcanço uma compreensão dele; e finalmente, já compreendido, agora eu posso aplicá-lo. Gadamer refuta veementemente esse parcelamento cronológico do processo. Ao contrário, a compreensão se dá na integralidade desses momentos, sendo eles coexistentes, simultâneos. Eu só compreendo quando esse texto me chega ao presente por aquela fusão de horizontes a que aludi, e aplicado à minha situação. Em suma, compreender, interpretar e aplicar estão dentro de um mesmo momento.

É obvio que a hermenêutica filosófica poderia ser desenvolvida em muitos outros aspectos. O mais importante para mim aqui é mostrar como a ideia de hermenêutica evoluiu por algumas fases históricas, e que temos um momento em que ela ultrapassa aquele ideal metodológico, para ser assumida como um correlato da compreensão, entendida no seu viés ontológico e cujos traços fundamentais, ou alguns dos seus traços fundamentais, eu aqui apresentei.

Muito bem, qual a virtuosidade dessa hermenêutica filosófica para a experiência jurídica, ou mais precisamente para a hermenêutica jurídica? Eu acho que ela funciona muito bem como uma instância crítica. Evidentemente, não poderíamos aqui incorporar integralmente toda aquela estrutura, isso é inviável. Entretanto, acho que funciona bem para criticar algumas soluções que hoje são apresentadas.

Muito bem, em primeiro lugar, a ideia fundamental

que se tem é a de que há um sentido embutido no texto e que eu preciso, operando por métodos adequados, escavar aquilo ali para fazer aflorá-lo. E isso eu estou chamando aqui de hermenêutica arqueológica. Como se me fosse possível romper aquela casca e aí fazer brotar o “verdadeiro” sentido do texto. Como se pudesse, após esse processo mágico afirmar: “olhem, é isso aí que estava lá dentro, e nada diferente disso”! As coisas não são assim, sobretudo se vemos a evidenciação de sentidos como compreensão e que a compreensão se dá dentro de uma estrutura prévia em que há uma participação ativa da tradição, daqueles horizontes que eu transporto enquanto sujeito interpretante.

Essa ideia de um sentido imanente, embutido no texto, que me parece muito equivocada, é que justifica expressões como “interpretação autêntica”. Assumimos doutrinariamente como interpretação autêntica aquela atividade ou resultado da atividade empreendida pela própria pessoa que produziu o texto interpretado. Se realmente o texto tem um sentido, se aquele texto surgiu para que alojasse um sentido que eu quis dar, a pessoa mais adequada para expor ele é quem o produziu. Mas nós já vimos que, na verdade, a compreensão não é uma reconstrução de um sentido dado, não é uma escavação por meio da qual eu faço brotar um sentido existente, mas algo que aflora no momento da aplicação, onde estão envolvidas as pré-compreensões de que falei e, portanto, com imediato reconhecimento da participação daquele que interpreta também na produção dele.

Pelos mesmos fundamentos, que não vou aqui repetir, também não cabem mais essas noções de “vontade do legislador” ou de “vontade da lei”, separação que nos conduz à questão de qual das duas eu devo preservar, qual das duas deve prevalecer no ato

interpretativo do Direito.

A despeito dessa crítica, nós podemos ver que essas expressões povoam o repertório de decisões jurídicas e os manuais acadêmicos de Direito. A todo momento encontramos expressões que refletem o ideal de uma metodologia que seria adequada para interpretar o Direito e, portanto, garantiria a verdade daqueles enunciados, porquanto permitiria escavar aqueles sentidos que estão ali embutidos. Fala-se em uma interpretação que adote o método literal, o método finalístico ou o teleológico, o método histórico, e por aí vai.

Além disso, a metodologia clássica chega ao ponto de, em alguns casos, determinar que um desses métodos prevaleça sobre os demais, como por exemplo, quando no Direito Tributário se estabelece que deve ser interpretada literalmente a legislação que trata da dispensa do cumprimento de obrigações acessórias ou a outorga de isenções⁶. Com isso, quer-se afirmar que não adianta pretender o manejo de uma interpretação apoiada no método finalístico ou outro qualquer, pois o que valerá é a literalidade do texto.

Vejam então como ainda estamos arraigados ao movimento histórico hermenêutico, nos termos como delineado as fases anteriores à última que estamos estudando. É isso que também justifica a ideia de uma possibilidade de aplicação retroativa de leis interpretativas. Há não muito tempo tivemos uma lei na esfera tributária, a Lei Complementar n.º 118, que a título de meramente interpretar o texto normativo, atribuiu a ele um conteúdo e um sentido e estabeleceu algo assim: “como eu não estou criando nada

6 Código Tributário Nacional, art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

de novo, eu só estou esclarecendo o que já estava lá dentro daquele sepulcro legal interpretado, então vocês, meros aplicadores, têm que retroagir esse meu entendimento, já que eu não criei nada de novo!”.

Diante desse quadro eu digo: não criou nada de novo? Como não? Quando o legislador interfere em um ato que já participou de um movimento interpretativo por uma comunidade social, inclusive voltada precisamente a essa tarefa de interpretar as leis (caso, por exemplo, dos processos em que intervêm os tribunais), e ali se chegou a pelo menos um consenso acerca do sentido mais adequado para aquelas expressões, ou para aquela norma, e você vem e atribui um sentido completamente novo, você não está estabelecendo uma nova norma?

Essa visão da interpretação está alinhada com a ideia de que a norma é algo pré-existente; e não presente no momento da aplicação, tal como vimos há pouco.

Portanto, esse escorço histórico da hermenêutica pode nos ajudar a reconhecer como estamos atrasados em certos pontos, empregando metodologias ou dando primazia a determinados métodos em detrimento de outros, tudo isso com o foco na esterilização do processo de interpretação jurídica, sobretudo com a pretensão de forjar um julgador absolutamente neutro, onde a compreensão do Direito pudesse dar-se de modo insípido.

Mais ainda, esse retraço que empreendemos acerca da evolução da hermenêutica permite lançar fundamentos para uma crítica desse modo de compreender a realidade jurídica, vendo-o como um verdadeiro absurdo, já que não conseguimos compreender absolutamente nada, e portando também não o Direito, sem as pré-compreensões que eu transporto, fruto da autoridade de uma tradição que envolve a abertura de um horizonte dinâmico, sempre presente,

mas que a todo momento é revisto.

Por fim, destaco que a proposta de Gadamer de uma hermenêutica filosófica, ao reabilitar os pré-conceitos, jamais pretendeu outorgar à hermenêutica aquilo que ela nunca quis ser, uma estrutura que desse respaldo a arbitrariedades ou opções aleatórias decorrentes de mero subjetivismo ou orientações pessoais na compreensão de qualquer coisa, inclusive do Direito.

REFERÊNCIAS

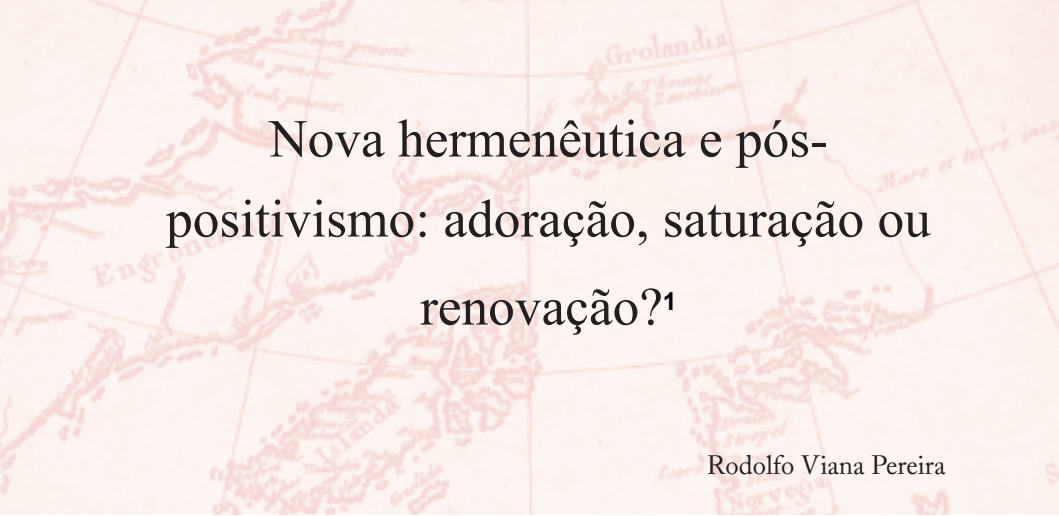
GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. V. 1. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2005.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo (RS): UNISINOS, 1999.

HEIDEGGER, Martin. *Ser y tiempo*. Santiago: Editorial Universitaria, 1997.

NIETZSCHE, Friedrich. *Nachgelassene fragmente (1885-1887)*. V. 12. München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 1999.

PALMER, Richard. *Hermeneutics*. Evanston (Illinois): Northwestern University Press, 1969.



Nova hermenêutica e pós-positivismo: adoração, saturação ou renovação?¹

Rodolfo Viana Pereira

Agradeço, de início, o convite do Doutor Ricarlos, doutor abreviado e por extenso. É um prazer contribuir, de algum modo, com esse seminário por ele idealizado. Faz parte do meu currículo ter sido arguente do Doutor Ricarlos em sua defesa de doutoramento na PUC Minas. Estive na banca dele e pude testemunhar um pouco da sua inquietação em discutir melhor o direito. Enfim, como bom mineiro, é sempre um prazer vir a Vitória. Queria também agradecer os servidores da Justiça Federal que tão bem nos receberam. Menção especial ao servidor Roni que tem tratado mais propriamente da nossa vinda. E cumprimentar todos e, em especial, o Professor Willis Santiago, grande nome do Direito, agradecendo o fato de poder discutir aqui algumas questões relativas a inquietações sobre hermenêutica e hermenêutica do direito, pós positivismo, nova hermenêutica.

Em verdade, o roteiro prevê primeiramente discutir o enquadramento da hermenêutica, dessa chamada nova hermenêutica, no quadro da expansão do constitucionalismo democrático. Ela está associada indelevelmente a um momento de expansão do discurso

1 Palestra proferida em 25 de outubro de 2011, no 1.º Seminário Filosofia e Direito, realizado pela Justiça Federal – Seção Judiciária do Espírito Santo. Texto revisado pelo autor.

constitucional e que traz em si também uma expansão do discurso democrático. E pensar um pouco, refletir um pouco sobre qual é hoje a situação acadêmica, profissional e política desse debate em torno da hermenêutica, sobretudo da hermenêutica constitucional. É um pouco disso que eu gostaria de trazer.

Nesse dia de hoje, começando obviamente por discutir esse enquadramento da hermenêutica que se dá dentro de um óbvio momento de afirmação da supremacia da constituição. O século XX é um século portentoso para o Direito Constitucional porque testemunhou uma revolução constitucionalista no direito, uma mudança de eixo radical em relação à estrutura normativa: sai o Código Civil como *Codex* da sociedade e entra a Constituição.

A Constituição não é só o Código de organização do Estado, mas também o *Codex* de regulação da vida em sociedade, que inclui também, obviamente, a sociedade civil ou, melhor dizendo, a Constituição é o aparato normativo da comunidade política que envolve o Estado, mas não tão somente, não apenas o Estado.

E de onde vem essa supremacia da Constituição? É claro que tratar de supremacia da Constituição como mera superioridade hierárquica é muito limitador do conceito que se quer aqui chamar atenção, que os constitucionalistas têm ressaltado ao longo do tempo. Supremacia da Constituição é um discurso, é um atributo constitucional que se irradia em várias camadas. A primeira delas conecta-se com a inevitabilidade do discurso democrático. Nós já não acreditamos mais em direito advindo dos reis, em triunvirato militar, em aristocracias esclarecidas. Em termos históricos, o lugar da racionalidade democrática deve estar entrelaçado ao regime jurídico, o regime de direito, a ordem constitucional.

A ordem constitucional é hoje o mecanismo mais adequado,

ou menos pior (dependendo da sua perspectiva ser mais otimista ou mais pessimista) de estruturação do regime democrático. A gente sabe que não existe democracia autoevidente, democracia não brota do solo. Se formos instituir nesta sala o regime democrático, a primeira pergunta que viria é: qual o quórum para decidir? Sobre quais temas? Em relação a outros temas, não seria interessante instituir um quórum mais qualificado? Isto é, nós teríamos quóruns diferenciados a serem discutidos e decididos.

Então, claro que a democracia é um regime que carece de estrutura porque ela não é autoevidente. Tem duas frases fantásticas que parecem saídas da boca de Mussolini, Hitler, Chávez, mas não são, são de outro autor que eu já menciono. Primeira frase: “Se houvesse um povo de Deus, ele se governaria democraticamente. Um governo tão perfeito não convém aos homens”. Segunda frase: “[...] não há governo tão sujeito às guerras civis e às agitações internas como o democrático ou popular, porque não há nenhum que tenda tão fortemente e tão continuamente a mudar de forma, nem que demande maior vigilância e coragem para ser mantido nos limites”. Essas frases são de Rousseau, que é o pai da democracia participativa na modernidade. Estará ele querendo eliminar a democracia? Não. Está querendo dizer, obviamente, que não existe democracia sem estrutura. E o Direito é, na modernidade, o mecanismo racional mais próximo que nós criamos de uma situação ideal de regulação da democracia. Logo, a Constituição se assume como discurso normativo democrático. Há toda uma discussão em torno disso, de uma eventual contraposição entre Constituição e democracia, que não será objeto de análise aqui, mas de todo modo nós podemos dizer que boa parte (isso a gente vê inclusive no Brasil, não é?) da força do regime político pós 88 vem da simbologia constitucional,

que traz em si um símbolo democrático. A Constituição de 88 é a constituição cidadã ou a constituição coragem. É a constituição da cidadania como disse o Professor Willis. É a constituição de todos nós, povo, seres humanos.

Além disso, falar em supremacia da Constituição é falar também em fortalecimento institucional do Poder Judiciário, da função jurisdicional no quadro dos poderes. Isto é, a função jurisdicional dentro do regime constitucional democrático cresceu muito. Há um peso em termos de importância, uma valorização da jurisdição como função estatal dentro do discurso constitucional. E no Brasil isso também é óbvio, não é? Como também foi mencionado na palestra anterior, se tomarmos, por exemplo, a criação da ADC em 1993, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a modulação dos efeitos temporais e efeitos vinculantes em 1999, a criação da súmula vinculante em 2004 (uma jurisprudência de autofortalecimento, de autojustificação das decisões, cada vez maior) comprovamos claramente a influência do Poder Judiciário, o fortalecimento do Poder Judiciário no quadro da democracia constitucional. E a prova brasileira é muito clara. Isso tem até uma ancoragem teórica. Todos nós, de algum modo, já ouvimos falar em Bobbio e, em alguma medida, aqui ou ali, já lemos algo próximo da Era dos Direitos que nos afirma ser, em nossa época, mais importante efetivar os direitos fundamentais do que declará-los.

Esse discurso, na prática, justificou o quê? Bom, efetivar direitos atraiu uma linha teórico-prática chamada de garantismo constitucional, segundo a qual a Constituição deverá prover mecanismos institucionais de tutela processual dos direitos fundamentais. Então o uso dos mecanismos de tutela dos direitos fundamentais passou a ser o modo de garantir a supremacia da

Constituição. Toda a discussão sobre acesso ao Judiciário ou as ondas de acesso ao Judiciário, como trabalhou a doutrina italiana, por exemplo, com Mauro Cappelletti na década de 80, acabou mostrando que o discurso de fortalecimento dos direitos fundamentais através da tutela processual inevitavelmente fortalece a jurisdição.

Logo, sem sombra de dúvida, há um grande fortalecimento da jurisdição constitucional. Aliás, concordo com o Professor Willis, quando ele diz que o Supremo Tribunal Federal precisa ser modificado. Ele tem o que é bom do sistema americano e o que é bom do sistema alemão, mas não tem nenhum dos controles recíprocos, não é? O modelo alemão é forte em que ponto? No efeito, na decisão. A decisão do ministro na Alemanha tem efeito vinculante, porque se faz controle em tese, controle concentrado, que em si gera efeito *erga omnes*. Mas, o controle sobre a força do tribunal se dá na existência de mandato para o Julgador e, obviamente, no apontamento dos ministros por mais de uma instituição republicana, não só pelo Presidente com uma sabatina simbólica no Senado, como é o caso brasileiro.

Já na Suprema Corte americana é o inverso. Ela é forte por quê? Porque o processo de indicação é relativamente monolítico (indicação presidencial e sabatina senatorial) e os Juízes são vitalícios, não exercendo mandato. É preciso ressaltar, ainda, que, nos Estados Unidos, o Senado participa ativa e seriamente da sabatina dos ministros apontados pelo Presidente da República. O outro lado da moeda, diferentemente do sistema alemão, é a menor abrangência da decisão da Suprema Corte americana, uma vez que esta é essencialmente Corte recursal, fazendo controle *inter partes*. Isto é, ela é simplesmente a última instância do Poder Judiciário. É claro que a Suprema Corte historicamente nos Estados Unidos

assumiu posição de relevância republicana como a grande guardiã hermenêutica da Constituição em virtude de suas grandes decisões. Contudo, em termos de estrutura formal, organizacional, ela compõe o organograma do Poder Judiciário. Ela não é uma Corte constitucional independente. Ela é simplesmente uma Corte de Cassação. Claro que eventualmente as decisões podem ter efeito vinculante, como nós sabemos, mas é raro. E é claro que a respeitabilidade das decisões da Suprema Corte geram um efeito cascata, não por imposição de Súmula Vinculante, mas pela respeitabilidade da decisão.

O que afirmo é que nos Estados Unidos, os juízes da Suprema Corte são vitalícios, mas a força deles é menor comparada com um ministro da Alemanha. Lá os juízes, como dizem os próprios americanos, “nunca aposentam e quase nunca morrem”. Então, exercem sua função por longos períodos. Mas, aqui no Brasil, juntou-se os dois: juntou a força do Tribunal Constitucional Alemão, ou seja, um ministro, monocraticamente, em qualquer ação concentrada, não só na ADPF, que tem previsão legal expressa, mas nas outras por construção jurisprudencial, pode, monocraticamente, decidir com efeito vinculante. Isto é, pode declarar constitucional ou inconstitucional uma lei, com efeito nacional, *ad referendum* do plenário via poder geral de cautela, atribuindo efeitos *erga omnes* e vinculantes. Lembremos que o Tribunal pode também modular os efeitos, muito embora a modulação demande, como se sabe, quórum de dois terços e fundamentação expressa. Enfim, isso mostra a força da jurisdição constitucional no Brasil, cujo maior exemplo de hipertrofia é o Supremo Tribunal Federal.

Além disso, o fortalecimento da posição de supremacia da Constituição está alinhado ao expansionismo da ordem constitucional. A Constituição expandiu-se no século XX. Expandiu

por quê? Primeiro, deixou de ser norma exclusiva do Estado, deixando de ser apenas norma que regula poderes, competências, atribuições públicas e passou a ser norma que estabelece as condições básicas de negociação na esfera privada ou de espaço regulamentador da autonomia privada, ainda que indiretamente. A Constituição hoje, como nós sabemos, incide sobre as relações entre particulares. Isto é, adota-se no Brasil hoje, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, eficácia em relação a terceiros, entre outras terminologias), adotada pelo próprio Supremo (vide, p. ex., o Recurso Extraordinário n.º 201.819). Isto é, o contrato, símbolo máximo clássico da negociação entre entes privados, não se coloca acima do Direito Constitucional e acima dos princípios de direitos fundamentais. Claro que não se nega a autonomia privada, o que seria um discurso perigoso, mas a autonomia privada não me permite pactuar lesionando direito fundamental.

A Constituição se expandiu para além do Estado, colocando sua longa mão na sociedade civil. Os atores da sociedade civil também se relacionam, produzem, negociam dentro do enquadramento constitucional. Claro que a autonomia privada é um direito fundamental, a liberdade de contrato é um direito fundamental, mas há um enquadramento possível; fora desse enquadramento haverá obviamente a incidência constitucional. Tal aspecto, muitas vezes, é de difícil visualização, mas vou dar um exemplo, ainda que caricato. Façam um acordo de acionistas aonde a distribuição de lucro por ação do mesmo tipo seja diferenciada em termos de cor da pele ou em termos de imposto de renda. Vejam, ainda que o tema seja aparentemente desconectado do Direito Constitucional (acordo de acionistas), haverá incidência direta da Constituição neste caso,

porque se provou, na dimensão privada, a ocorrência de lesão objetiva a direito fundamental.

Além desta eficácia horizontal dos direitos fundamentais, há ainda, no Brasil, a adoção recente do chamado bloco de constitucionalidade, que é uma doutrina criada pelo constitucionalismo francês. O que é o bloco de constitucionalidade? Os franceses são muito interessantes não é? Os franceses, aliás, a França é um país bastante curioso no que tange ao Direito Constitucional e não só em política. Eles têm uma tradição que reduz a Constituição escrita, digamos, o Código constitucional à ordem jurídica do Estado, ao passo que os direitos fundamentais são em regra constituídos via declarações autônomas, independentes, não integrando o texto da Constituição. Por exemplo, quando se fez a revolução liberal, primeiro declararam os direitos fundamentais, com a Declaração de Direitos dos Homens e dos Cidadãos de 1789, dois anos depois veio a Constituição.

A última Constituição francesa, Constituição atualmente vigente, é de 1958. Se tiverem a curiosidade de olhar na *internet* vocês irão verificar que essa não possui capítulo relativo aos direitos fundamentais. Qual o motivo? Porque ela possui basicamente normas de organização do Estado: Assembleia Nacional, da Presidência da República, do Primeiro Ministro, das entidades territoriais.

Na França foi posto ao Conselho Constitucional, que é o órgão que faz controle de constitucionalidade, um desafio muito grande. O controle de constitucionalidade na França era majoritariamente prévio político. Antes de a lei entrar em vigência, ela poderia ser impugnada ou automaticamente levada, dependendo da qualidade da norma, ao Conselho Constitucional e o Conselho Constitucional faz um controle prévio: se a norma é constitucional, entra em vigor,

se a norma é inconstitucional, não entra em vigor. Uma vez em vigor, até 2010, não havia na França um sistema de controle repressivo da lei por inconstitucionalidade. Só a Assembleia Nacional poderia revogar essa lei inconstitucional.

Houve uma lei de 71 que revogava uma lei de 1901, em resumo, a lei de 1901 tratava de liberdade de associação, a lei de 1971 era “inconstitucional” porque feria a liberdade de associação. Quando o Conselho Constitucional foi julgar a constitucionalidade da lei de 1971, encontrou uma dificuldade: como a Constituição de 58 não possuía nenhum artigo que garantisse a liberdade de associação, ele teve que recorrer ao preâmbulo que prevê que o povo francês, através de seus representantes, adere à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ao preâmbulo da Constituição de 1946 e aos princípios fundamentais reconhecidos por leis da República. O Conselho Constitucional entendeu, então, que o preâmbulo é também uma norma constitucional, ou seja, entendeu que a Constituição da França não é só o Código de 58, mas, também, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, o preâmbulo da Constituição de 46 e princípios reconhecidos por leis republicanas.

A Constituição da França foi expandida, foi para além dos muros do código e, portanto, a França não tem, hoje, uma Constituição codificada, mas tem um bloco de constitucionalidade.

No entendimento da Corte Constitucional, a lei de 1901, que estava sendo revogada, era uma lei de estatura constitucional, logo uma lei posterior inferior não poderia revogar uma lei anterior superior. A supremacia da Constituição, neste caso, foi fortalecida porque o entendimento de Constituição foi expandido.

No Brasil, esse discurso vem claramente colocado em

termos positivos a partir da Emenda 45/04. Tem uma discussão anterior, mas em termos dogmáticos e jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal nunca aceitou muito bem a natureza constitucional dos Tratados de Direito Internacional sobre Direitos Humanos. Em 2004, a Emenda 45 criou um procedimento através do qual todo tratado internacional de direitos humanos que for aprovado pelo rito da emenda é, de fato, equivalente à emenda, como, por exemplo, o tratado de deficientes físicos.

Então, atualmente nós já temos bloco de constitucionalidade formal no Brasil, isto é, temos um Código Constitucional de 88 e temos ao lado dele um tratado de proteção ao deficiente, fazendo com que a Constituição tenha se tornado um bloco. Contudo, cabe a ponderação: alterar qualquer norma prevista em tal tratado será equiparada por emenda a Constituição? Será que é possível mandado de injunção para garantir exequibilidade de direitos do tratado? São alguns temas que suscitam indagação já que no Brasil também existe o discurso da supremacia da constituição demonstrado pela expansão do constitucionalismo, seja porque o Direito Constitucional invade as relações privadas, seja porque a Constituição foi expandida para além dos muros.

É claro que isso vai impactar o discurso hermenêutico. O discurso de interpretação e aplicação do Direito vai passar a sofrer um desafio de adequação a esta nova situação, a um Direito constitucionalizado, a uma pretensão de correção e de dirigismo constitucional enorme, uma Constituição que, obviamente, tem um caráter político muito claro, um caráter simbólico muito claro. Será que a interpretação de um contrato deve seguir os mesmos patamares hermenêuticos de uma interpretação de uma norma constitucional?

Na década de 50 e seguinte, sobretudo na Alemanha,

Houve uma busca frenética por fundamentação científica de uma nova disciplina e surge a tal da hermenêutica constitucional, que vai criar vários métodos de interpretação próprios. Assim como a hermenêutica clássica tinha os métodos de integração do Direito, os métodos de interpretação do Direito e as soluções das antinomias, a hermenêutica constitucional também tem o princípio da supremacia da Constituição, princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, princípio da interpretação conforme a Constituição, princípio da máxima efetividade, dentre outros. São ferramentas que dirigem a atuação do intérprete na aplicação do Direito, agora à luz de um Direito constitucionalizado.

Alguns pilares dessa hermenêutica a gente poderia abordar, para depois fazer algumas ressalvas. Primeiro, obviamente, a hermenêutica constitucional vai beber muito na fonte da filosofia. A hermenêutica constitucional é tributária de algumas viragens, alguns giros, algumas “revoluções filosóficas”, como a filosofia da linguagem, e a perspectiva do pragmatismo filosófico. Todas elas vão destruir alguns mitos da hermenêutica clássica, como, por exemplo, a autonomia absoluta do sujeito que conhece. A hermenêutica filosófica mostra claramente que a pré-compreensão é o momento ontológico da compreensão, em outras palavras, todos nós carregamos uma carga subjetiva ao analisarmos qualquer fenômeno que se nos posta à frente. Isso é um dado: o sujeito iluminista racional, que ilumina o objeto com seu olhar, foi colocado na berlinda, portanto, todo intérprete, inclusive o magistrado, carrega consigo a sua própria sombra e ninguém consegue pular a própria sombra. Então, ao interpretar determinado fenômeno, a pessoa carrega o conjunto de suas pré-compreensões, e o grande desafio é, obviamente, testar juridicamente, não moralmente, não

religiosamente, qual pré-compreensão pessoal se valida no Direito, não na lei só, mas no Direito.

Qual pré-compreensão é válida, legítima e qual ou quais pré-compreensões são ilegítimas em face do Direito posto, não no Direito necessariamente positivo, mas no Direito posto? Esse é um ponto central. Mostra que a linguagem também é um espaço de acordo intersubjetivo, o que faz cair aquele mito da hermenêutica clássica ou da ciência clássica do Direito que diz que é possível descobrir uma vontade objetivada na lei, seja via legislador, seja via própria lei, *mens legislatoris* ou *mens legis*.

Todo texto normativo, obviamente, está em uma relação dialógica com o intérprete, muito embora ele tenha autonomia. O intérprete não tem como tornar uma frase que possui um *não*, numa frase afirmativa, uma frase permissiva. Ela é proibitiva. As margens da interpretação também se contêm em certos limites, porque senão ninguém se comunicaria. Nós nos comunicamos, apesar dos ruídos e, portanto, existe uma margem de interpretação.

A dimensão fática, a dimensão da *práxis* é uma dimensão extremamente importante na dimensão da norma, porque norma não é só texto é um efeito que o texto gera na prática, ou no fato, ou no ambiente normativo regulado. Enfim, outro pilar da nova hermenêutica, da hermenêutica clássica, é a tentativa de criar uma metodologia decisional distinta, não só para o Direito em geral, mas, sobretudo, nos chamados casos difíceis. Como exemplos. Um caso fácil: um prefeito, que estava exercendo o mandato, reeleito, e em 2012 a justiça eleitoral recebe o pedido de registro de candidatura ao terceiro mandato consecutivo, a segunda reeleição. Teria como encontrar algum princípio ou alguma metodologia de justificativa de decisão que justificasse o deferimento de registro do candidato? Não

tem. Não tem princípio que consiga, nesse caso, justificar o registro da candidatura, pois existe uma inelegibilidade constitucional expressa dizendo que só é possível, nos casos do Executivo, a reeleição pra um único mandato subsequente.

O grande problema do Direito na verdade é fático, não é normativo. Alguns casos envolvem, obviamente, desacordos morais, envolvem alguma dificuldade de encontrar um suporte normativo mais imediato e se transformam em casos difíceis. Como exemplo: o mesmo prefeito, em 2012, não pediu o registro de candidatura para prefeito da mesma cidade, mas para a cidade ao lado: o chamado pela doutrina e até pelo TSE de prefeito itinerante. Existe algum direito imediatamente aferível que proíba ou permita? Não. Há um espaço de construção argumentativa mais amplo? Há, claro que há. Isso é um caso que eu enquadraria em um caso mais difícil. Infelizmente, o TSE entendeu que isso é inconstitucional, que a inelegibilidade alcança o mandato subsequente de um outro município. Para mim, acho que talvez seja um bom prefeito, se ele for eleito está legitimado, se ele não for eleito, ele for corrupto, o Ministério Público que atue, afinal de contas a gente já tem uma estrutura de punição de candidato, legal, bastante eficiente: Lei de Ficha Limpa, Improbidade Administrativa, Responsabilidade Fiscal.

O terceiro exemplo seria o exemplo de que existe o Direito, mas esse Direito de algum modo não passa por um critério de legitimidade ancorada em alguns princípios constitucionais, por exemplo, o caso do anencéfalo. Existe uma proibição legal, tem um artigo expresso no Código Penal, criminalizando o aborto fora daquelas hipóteses de aborto humanitário. Ora, mas para boa parte da doutrina, para boa parte das pessoas essa regra viola alguns princípios de direito constitucional, como da dignidade humana da

mãe, o direito a saúde, etc.

A grande dificuldade da hermenêutica constitucional talvez seja essa: como definir um caso fácil e um caso difícil. Todo caso, ainda que fácil, envolve, em regra, um conjunto de normas aplicáveis. Então, o papel reconstrutivo do intérprete ou argumentativo está sempre protegido nessa circunstância, mas os casos difíceis vão suscitar uma metodologia decisória bastante diferente do silogismo normativo.

Há várias técnicas criadas por essa nova hermenêutica para tentar dar um suporte mais científico ou a ciência possível ou o rigor de sentido possível àquele que decide. Entre elas, obviamente, o princípio da ponderação de leis, ponderação das normas, para utilizar a própria linguagem da doutrina, das normas em conflito ou em concorrência, o critério da razoabilidade e da proporcionalidade. Pontuo que o Supremo não faz diferença entre proporcionalidade e razoabilidade.

Existe diferença? Existe. Existe diferença teórica, com consequência prática. A razoabilidade está muito mais associada ao momento acadêmico ou político inglês, eu diria. Enquanto a proporcionalidade atende a uma lógica germânica. Há grande diferença. A razoabilidade está muito mais próxima de conceitos ligados à axiologia, à equidade, ao proceder do direito por um critério muito mais indutivo e não dedutivo, do que a proporcionalidade. A proporcionalidade tem a marca do selo germânico, porque a proporcionalidade se subdivide em *subitens*, é aquela perspectiva analítica germânica muito clara. Ela tem um aspecto formal, um aspecto deontológico mais claro que a razoabilidade, parece-me. Tem uma preocupação com a segurança jurídica ou com o rigor na fundamentação maior do que simplesmente razoabilidade.

Razoabilidade é um critério material, proporcionalidade tem uma pauta processual a ser seguida.

De todo modo, convenhamos, são técnicas que vão dar maior margem decisional para o magistrado. E o princípio da dignidade humana encontra um suporte axiológico, normativo muito forte nessa nova hermenêutica. O Direito é feito para garantir dignidade humana e nesse ponto o artigo 1.º da Constituição alemã é muito feliz, pois coloca a dignidade humana como um princípio inquestionável. É um princípio que não se barganha e é dever de todo órgão público protegê-lo. Logo, acaba gerando certa valorização, certa hipervalorização do Poder Judiciário como instituição modelar.

Se há uma nova hermenêutica que se baseia na Supremacia da Constituição, em uma filtragem constitucional, na garantia de direitos fundamentais e que tem efeito concreto e sancionador, garantista, qual é a instituição que nesse momento assume o palco central da divisão de poderes? O Judiciário que tem instrumento sancionador e, portanto, faz parte do aparato, da arquitetura da nova hermenêutica constitucional, pelo menos essa que nós estamos acostumados a lidar a partir da década de 50. Há inclusive alguns autores que sustentam ter havido no Estado Liberal o predomínio do Poder Legislativo, no Estado Social, o predomínio do Executivo e no Estado Democrático o predomínio do Judiciário.

Cristina Queiroz, por exemplo, constitucionalista portuguesa que trabalha com teoria da interpretação, menciona que o Estado Constitucional é o Estado de Hermes, o estado interpretativo visto sob a ótica da centralidade do Poder Judiciário. A situação atual no Brasil é bastante confortável em relação a isso, já não é mais nenhuma novidade. O Brasil hoje tem uma produção acadêmica muito interessante na área do Direito Constitucional e na área da

hermenêutica também.

Os estudos sobre hermenêutica constitucional como disciplina autônoma inauguraram no mundo na primeira metade do século XX na Alemanha. Por que não houve participação dos Estados Unidos? Por que não existe um debate à parte da interpretação Judiciária ou da interpretação do Direito? Por que não existe um debate sobre a hermenêutica constitucional há mais tempo nos Estados Unidos? Porque interpretar a Constituição nos Estados Unidos sempre foi o papel corriqueiro do Judiciário desde 1803 quando se fixou a possibilidade de o Judiciário, ao julgar um caso concreto, invalidar lei porque ela afrontava a Constituição. O controle difuso de constitucionalidade tornou o debate sobre interpretação e aplicação da Constituição uma atividade cotidiana nos Estados Unidos.

Por que isso vem da Alemanha? Porque a Alemanha criou um modelo de aplicação do Direito de certo modo separado: há o Judiciário ordinário, que julga as questões do mundo da vida e há um órgão de cúpula, um órgão constitucional autônomo, a Corte Constitucional que faz única e exclusivamente juízo de constitucionalidade, isto é, analisa em tese se determinado ato normativo contraria ou não outro ato normativo, que é a Constituição.

Então, é claro que as reflexões maiores e a sistematização da ciência e da hermenêutica constitucional tinham que vir da Alemanha. Imagine o seguinte: na Alemanha são dezoito ministros na Corte Constitucional que é composta de dois senados (turmas). Agora imagine o que significa ascender a um cargo desse nível. É preciso alta preparação acadêmica, experiência jurídica e trâmite jurídico e político. Agora vislumbre a turma de julgamento (senado) contendo nove pessoas com esse gabarito, decidindo em tese,

debatendo em tese. Não há produção de prova, não se tem que lidar com testemunha, perícia, etc. Analisam o texto, que é o ato normativo infraconstitucional ou emenda à Constituição, olham para o texto constitucional e se perguntam: isso é compatível com isto? É claro que de uma sala como essa vai sair um caminhão de teoria, entre elas a fundamentação de uma disciplina própria para tal atividade, para produzir hermenêutica adequada à Constituição.

No Brasil, há um dado interessante de um constitucionalista peruano chamado Garcia Belaúnde, que cita como primeiro trabalho científico sobre hermenêutica constitucional na América Latina um artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da UFMG nos idos de 1976 pelo Professor Baracho. O primeiro artigo sobre hermenêutica da América Latina foi publicado há pouco mais de trinta anos. Da década de 70 para a década de 90 deu-se um grande salto. Nos anos 2000 o salto é radical, já há inúmeros trabalhos consistentes sobre hermenêutica. Deixou de ser uma questão acadêmica. Hoje, temas como hermenêutica constitucional, principiologia, pós-positivismo, novo papel do Judiciário estão nos editais dos concursos. Hoje já há um debate acadêmico sólido e, aos poucos, isso vai se consolidando na jurisdição. Aos poucos. Nem todos ainda estão preparados, digo todos incluindo magistrados, promotores, advogados, defensores, procuradores... Há muito uso equivocado da doutrina, como disse o professor Willis, um carnaval constitucional.

Gostaria, portanto, de apontar alguns riscos da contextualização ou da aproximação desse tema à prática brasileira. Primeiro, o risco maior é destruição da segurança jurídica, tão simplesmente. É o uso estratégico dos princípios e da ponderação para fazer aquilo que o direito posto não permite. E aqui, não assumo

uma posição legalista, assumo uma posição pós-positivista, mas um pós-positivismo também que se ancora no princípio da segurança jurídica. Acho que o risco é enorme. Há um canto muito sedutor da principiologia. O canto das sereias principiológicas é um risco. Em uma circunstância de acúmulo gradativo de processos em uma sociedade litigante, em que o Judiciário é a pedra de salvação para tudo e qualquer coisa, não há estrutura Judiciária que aguarde, e a tendência então é usar os princípios como a pedra de salvação argumentativa. Existe o uso possivelmente perigoso, danoso, da principiologia, que é simplesmente esquecer o direito posto. O direito, as regras, são feitas pelo legislador democrático, ainda que se critique a democracia legislativa, mas, enfim, é um direito posto. Um juiz federal assinalou em um artigo: temos que tomar cuidado com a teoria da *katchanga*. O que ele está querendo dizer com isso? A banalização do direito através da principiologia infundada. O problema é o uso de uma linguagem moderna, sedutora, mas com um uso pseudocientífico dessa linguagem para simplesmente destruir a normatividade jurídica.

No final das contas isso significa outro risco: retornarmos ao estatuto medieval da equidade. O Direito se corresponder à equidade subjetiva daquele que decide. A consequência é o desequilíbrio na geopolítica dos poderes. De fato, o Poder Judiciário é um pilar da democracia, é um pilar do Estado Democrático, mas não é o único. O Legislativo e o Executivo também são poderes que possuem competências constitucionalmente passíveis de proteção. Não estou aqui fazendo discurso contra o ativismo judicial. Todos os países em evolução democrática passaram, aqui e ali, por um momento de ativismo, sempre. Alemanha passou, os Estados Unidos passaram. Mas esse ativismo tem um certo limite, porque se a corda esticar

demais ela rompe. Quer ver uma possibilidade de rompimento da corda? Já existe no Congresso Nacional debate sobre proposição de PEC que sujeita a validade dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal à aprovação parlamentar. Isto é, os acórdãos em controle de constitucionalidade só valerão se tiverem o referendo parlamentar. Isso é um rompimento de corda porque é uma reação de contra poder. Não existe nenhuma ação que não tenha contrarreação.

É inevitável certa medida de ativismo judicial? Sim. O ativismo judicial se faz muito estrategicamente com o uso da hermenêutica e da principiologia? Sim, mas há uma linha de respeitabilidade dessa geopolítica, porque se ela entrar em distúrbio, pronto, há colapso. Sobretudo em países como o nosso, que está aprendendo ainda a viver o jogo democrático, não é? E, claro, isso pode significar a deslegitimação democrática do Poder Judiciário. Qual é o sustentáculo da democracia, do princípio democrático do Judiciário? Ele garante a norma legitimamente criada por um processo democrático pelo legislador. Ele é democrático por quê? Porque ele é um suporte de garantia da democracia. Não porque ele é eleito. Não acho que eletividade para magistrado seja um critério adequado. Nem mesmo para tribunais superiores. Mas essa é uma proposta, talvez, de contrarreação. Ora, se se dá ao Judiciário a possibilidade de implementação de política pública, de implementação direta, então passemos ao critério da eletividade. É um tema também de debate.

Preocupam-me as posições extremadas. Eu trouxe um texto que demonstra posição polarizada de um Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, exemplificada por duas frases: “sabemos que a criatividade Judiciária constitui um fator importante para lidadores do Direito contemporâneo, podendo”,

atenção à criatividade judiciária, “podendo em certos casos igualar-se à função legislativa, o que acaba por invadir o domínio desta”. Isso é um perigo. Isso é uma afirmação perigosa. “A diferença, no entanto”, vejam só, “é o procedimento, ou estrutura de formação do Direito”, o Judiciário tem uma estrutura e o Legislativo tem outra, “a jurisprudência nasce de um processo de caráter contraditório e não de natureza política”, como se um processo político fosse um critério pejorativo, “daí vem a tendência, muito em voga, de um fenômeno chamado jurisdicionalização”, veja, o fenômeno de jurisdicionalização, “esse fenômeno nasce de características abertas e flexíveis de interpretação criativa”, atenção, “surgida livre das pressões econômicas, psicológicas, sociais e ainda da independência interna da instituição”. Ou seja, isso é um discurso que tem certo grau de verdade, mas ele é um discurso perigoso.

Sustentar essa diferença radical entre poderes é perigoso. Eu acho boa parte da evolução da democracia no Brasil nos últimos 20 anos se deveu ao Judiciário, ao Ministério Público, à Defensoria Pública, mas esses órgãos, para utilizar uma linguagem futebolística, não podem ser atacantes, tem que ser goleiros. Formuladores de política pública têm que ser o Legislativo e o Executivo. Tem que ser assim. O Judiciário não pode ser formulador de política pública. E outra, nós temos que, no final das contas, repensar a própria formação nossa no Direito. Quer ver um exemplo que eu acho cruel? Se você pegar um aluno do décimo período e pedir a ele: traga-me em três dias uma petição inicial de ADI, de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ele nunca fez isso na vida, mas ele te traz. Ele sabe aonde procurar, ele sabe a linguagem a utilizar, ele sabe a estrutura da peça, ele te traz uma ADI. Agora vire para o mesmo aluno e fale assim: em três dias, traga-me um projeto de lei para

a criação de isenção fiscal para instituir um fundo especial para a educação. Ele não conseguirá.

Nós formamos, no Direito, pessoas litigiosas. Essa estrutura macro leva a que? Que formadores de opinião, bacharéis em Direito, sejam especializadas em litígio, atuem voltadas para o litígio. Enfim, acho que, para finalizar, existem alguns caminhos. Primeiro, preocupação com a responsabilidade hermenêutica por parte dos atores hermenêuticos, sejam os advogados, sejam os promotores, sejam os defensores, sejam os magistrados. Hoje não há mais mistério na doutrina hermenêutica, nem na doutrina da hermenêutica constitucional quanto aos parâmetros adequados ao ofício de julgar. Na década de 90 no Brasil havia mistério. O que é isso de princípio? Que história é essa de interpretação conforme a Constituição? Isso já não é mais algo desconhecido. Hoje a doutrina está aí, está posta. As grandes questões estão debatidas. Não quero banalizar, mas hoje se sabe como é que se realiza uma boa metodologia processual decisória, não é? Qual o papel das partes, qual o papel na construção do processo, no contraditório, qual o papel do magistrado, como aplicar o Direito em casos difíceis, o rigor na fundamentação, etc. Há que se pleitear a adequada utilização desse manancial.


É claro que hoje há um acúmulo de serviço e a pressão por produtividade nos Tribunais dificulta o trabalho de bem julgar. É que o tempo do ofício judicante não é o moderno, mas o medieval. Não é o tempo da velocidade, mas o do adequado vagar. Julgar, construir leis e produzir teses são atos de artesanato. O tempo é medieval, não é contemporâneo, não é o tempo da internet, é o tempo do vapor, isto é, analisar o fato, cotejar as testemunhas, ver o laudo pericial em detalhe, pensar o Direito não só como a lezinho aplicável, mas como Código, a legislação aplicável, as normas constitucionais, a memória

dos tribunais, as Súmulas, o Direito Internacional. As ferramentas estão aí, a gente sabe como utilizá-las para produzir uma decisão ou contribuir para uma decisão adequada e justa, não é? Acho que essa responsabilidade hermenêutica tem que ser afirmada, tem que se tomar muito cuidado com o ativismo principiológico desmedido.

Outro importante aspecto é o necessário resgate da Política. A revalorização da atividade política. Há necessidade do resgate da importância da política. Incomoda-me muito a Política como piada pronta. O discurso jornalístico de baixo nível de vilipendiar a política. Não que a política não seja um espaço de corrupção, é também, mas não é só. E quando eu falo política aqui, não é só a dimensão do candidato, do partido, é a valorização do modo de interpretar e aplicar o Direito que também passa pela cidadania ativa, pela boa gestão e controle administrativo, pela boa gestão e valorização política do Legislativo.

As grandes questões no Brasil terão que ser decididas por políticas públicas. Pensem o seguinte: como bacharel em Direito, qual é o caminho melhor para discutir a aplicação dos direitos sociais? Qual é a melhor via para aplicar direitos sociais, econômicos, os chamados DESC, os direitos econômicos, sociais e culturais? Será que a melhor via para efetivá-los é a tutela processual? É o direito processual? Ou direito orçamentário? Não é tão óbvio o fato de que o direito orçamentário é aquele que poderá dar real efetividade aos direitos sociais e não o direito processual? O direito processual tem que ser esquecido? Não, de jeito nenhum. O papel dele é exatamente provocar o Judiciário para dar o corte e dirigir eventualmente aqui e ali a ação dos poderes. O que eu quero dizer com isso? Isso não é um discurso de diminuição da competência do Judiciário, não é isso. É um discurso de valorização, de um resgate da cobrança

de responsabilidade, *accountability*, responsividade dos poderes Legislativo e Executivo. Nós precisamos voltar os olhos para lá também. E o Direito, nesse tempo de mais 20 anos de democracia, só está focado nos debates, na preocupação com jurisdição. Muito obrigado.



Poder Judiciário e hermenêutica constitucional

Willis Santiago Guerra Filho

O papel do Judiciário em um Estado que se quer democrático é distinto daquele que se lhe atribui na formulação clássica sobre suas relações com os demais poderes estatais. Do Judiciário hoje, não é de se esperar uma posição subalterna frente a esses outros poderes, a quem caberia a produção normativa. O juiz não há de se limitar a ser apenas, como disse MONTESQUIEU, *la bouche de la loi*, mas sim *la bouche du droit*, isto é, a boca não só da lei, mas do próprio Direito. Sobre esse ponto, aliás, explicitou a jurisprudência constitucional alemã, que a Lei Fundamental, quando estabelece, em seu art. 97, que o Juiz está vinculado apenas à lei, essa vinculação deve ser entendida como **ao Direito**.¹

A atividade judicial não se reduz à mera aplicação de direito preexistente, sendo, na verdade, criativa, produtora de direito, como se evidencia mesmo na tão atacada doutrina kelseniana, onde a sentença aparece como uma norma jurídica, diversa daquelas gerais e abstratas em que costuma se basear, e o ato de interpretação e aplicação do direito pelo juiz como integrante da política do direito, ao importar na opção por algum dos valores objetivamente

1 Cf. HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Heidelberg, 1984, p. 210, nota 54.

consagrados nas normas positivas. Aqui vislumbramos em que, para a doutrina jurídica europeia atual residiria o traço característico do ordenamento jurídico na atualidade: a **procedimentalização** desse ordenamento. A ênfase no aspecto processual do direito foi uma das características marcantes já da influente doutrina kelseneana, como ressalta LUHMANN, em obra que no final dos anos sessenta avançou a tese, então vivamente discutida, da legitimação pelo procedimento.² No princípio dessa mesma década, já se referira ELIO FAZZALARI à difusão crescente da “fórmula processual”,³ como aquela mais democrática e racional de se dar conta dos problemas cada vez mais complexos que as sociedades atuais apresentam, já que essa fórmula implica a solução de problemas pelo envolvimento dos interessados em um debate dialético. Daí surgirem cada vez mais novos “ramos” do direito processual, e não só com caráter jurisdicional, mas também no âmbito da Administração, do Legislativo, na própria eleição dos titulares desses Poderes, no campo das relações privadas e empresariais, com o direito processual societário etc. A tese da “procedimentalização do direito” deve-se, no entanto, ao jusfilósofo frankfurtiano RUDOLF WIETHÖLTER, partindo da constatação de que, nas sociedades pós-industriais, o direito de natureza formal, com predomínio de normas gerais e abstratas, descrito por MAX WEBER como sendo aquele das sociedades modernas, não se mostra adequado para garantir a concretização de objetivos e interesses coletivos, tal como se mostrou eficaz na proteção de liberdades civis dos indivíduos, frente ao Estado e pelo Estado. Diante da complexidade do mundo pós-moderno, as soluções melhores dos problemas que lhe são peculiares hão de surgir do confronto entre

2 Cf. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*. Neuwied, 1969, p. 11, nota 2.

3 *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in: *Studi in onore de A. D. Giannini*. Milão, 1961.

opiniões divergentes, desde que se parta de um consenso básico, quanto à possibilidade de se chegar a um entendimento mútuo, para o que não se pode partir de ideias pré-concebidas, a serem impostas aos outros.

Ocorre, então, que em geral os interesses coletivos, conquanto respaldados em normas de nível constitucional, não o são por leis regulamentadoras dos direitos, fundamentais, delas advindos, e não é por isso que se vai admitir o seu desrespeito. Caberá, assim, ao Judiciário suprir a ausência completa e os defeitos da produção legislativa, no sentido da realização dos chamados “Direitos fundamentais de terceira geração”, ou “direitos de solidariedade”, precisamente os direitos sociais, econômicos e culturais, relativos à preservação do meio ambiente, das peculiaridades culturais de minorias, étnicas ou “éticas” etc. Pode-se, então, dizer, com GOMES CANOTILHO,⁴ que com esses desenvolvimentos, “o procedimento adquiria, no mundo jurídico-constitucional, uma **narratividade emancipatória** em plena consonância com os movimentos sociais, culturais e econômicos de finais da década de 60”. Vê-se, portanto, como efetivamente se pode sustentar a tese de que **o Judiciário deve assumir, na atualidade, a posição mais destacada, dentre os demais Poderes estatais, na produção normativa.**

As decisões a respeito de problemas envolvendo conflitos sociais sobre interesses coletivos da natureza daqueles acima mencionados não só encontram uma regulamentação insuficiente, como também, por sua novidade, não seria de se ver aí algo de muito inconveniente, pois é melhor mesmo que eles sejam inicialmente tratados e resolvidos no âmbito de procedimentos judiciais. Esses procedimentos devem ser estruturados de forma a permitir a mais

4 Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, processo e organização, in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. LXVI, 1990, p. 4.

ampla participação daqueles “sujeitos coletivos”,⁵ com a integração do maior número possível de pontos de vista sobre a questão a ser decidida, havendo ainda de se prever a possibilidade de a decisão se tornar, a um só tempo, vinculante para casos futuros semelhantes e passível de ser modificada, diante da experiência adquirida em sua aplicação.

Note-se, aí, que o procedimento judicial assim como se apresenta tradicionalmente estruturado, para dar soluções a conflitos interindividuais, há de sofrer profundas alterações em institutos basilares, como o da legitimidade de agir e da coisa julgada, para dar conta satisfatoriamente da solução de conflitos sociais. Esses procedimentos são instaurados por ações coletivas, como a ação popular e a ação civil pública, que funcionam como verdadeiros instrumentos processuais de participação política, que permitem aos cidadãos o exercício da cidadania ativa, isto é, permitem uma participação pluralística dos representantes dos mais diversos segmentos da sociedade, com a interpretação que lhes é peculiar, inclusive do texto constitucional, formando o que o constitucionalista alemão PETER HÄBERLE, provavelmente com inspiração popperiana (*The open society and its enemies*), chamou de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. Assim é que se pode chegar a ter um texto constitucional que efetivamente forneça a pauta de todo debate político, em um verdadeiro Estado de Direito. E nesse ponto não se pode deixar de frisar a importância inexcusável que assume a instituição de um Tribunal Constitucional, com funções judicantes e também, explicitamente, políticas, para servir de árbitro das grandes questões sociais, a serem resolvidas

5 Cf. JOSÉ GERALDO DE SOUZA JR., “Movimentos sociais - emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito”, in: *Lições de Direito Alternativo*, n. 1, EDMUNDO L. DE ARRUDA JR. (ed.). São Paulo, 1991, pp. 131 ss.

num sentido que realize o comando superior da Constituição Brasileira: o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito. Esse Tribunal Constitucional nós ainda não temos, sendo essa, a meu ver, a principal razão por que ainda não avançamos mais no sentido da concretização desse comando. A ele cabe também manter o equilíbrio entre os Poderes estatais.

Nesse momento, penso que se pode deixar um alerta ao Judiciário brasileiro, no sentido de que caso não assuma o papel central que lhe está reservado, na solução dos conflitos sociais, nosso quadro atual, em que se tem a absorção desses conflitos de formas alternativas, que deixam sempre um resíduo significativo de conflituosidade e de insatisfação, tenderá a assumir cores cada vez mais sombrias, distanciando-nos cada vez mais da realização da sociedade delineada em nosso texto constitucional, ao que, acima de tudo, os juízes devem respeito. Nesse ponto já se deve ter feito notar a importância de trazermos, para a discussão entre nós, uma contribuição a partir do estudo da experiência constitucional vitoriosa e da teoria do Direito extremamente desenvolvida que possui a Alemanha. Ali, prevalece uma forma de interpretar a Lei Fundamental pela instância superior encarregada institucionalmente desse assunto, a Corte Constitucional, que se pode dizer em perfeito acordo com o paradigma predominante na metodologia do estudo jurídico.

Trata-se de um paradigma valorativo, próprio da chamada “Jurisprudência dos valores” (*Wertjurisprudenz*), a qual se apresenta como um ulterior desenvolvimento da “Jurisprudência dos interesses” (*Interessenjurisprudenz*), cujo desenvolvimento se vincula, particularmente, à última fase do pensamento de JHERING e à figura de PHILIP HECK, em seu combate contra as abstrações

conceituais e legalismo, então correntes, na passagem do século.

Característico desse “pensamento jurídico orientado por valores”⁶ é a compreensão da norma jurídica como prescrição de um padrão avaliativo para a apreciação de casos concretos, o qual se pode fazer remontar a juízos de valor esclarecedores do sentido normativo. Esse padrão, por sua vez, estando consagrado abstratamente na norma, só vem a adquirir pleno significado quando ela é aplicada aos fatos a que se destina a regular. Para que tais valorações, por definição subjetivas e pessoais, atinjam um estado de objetivação máxima, ao se concretizar normas em que elas se acham expressas, é necessário que se os verta em princípios jurídicos positivados, os quais possuem diferentes graus de generalidade, caso pertençam à Constituição ou apenas a algum setor infraconstitucional do direito. Vê-se, portanto, que não se trata de um recurso a um sistema suprajurídico⁷ de valores, como aqueles desenvolvidos no âmbito das teorias jusnaturalistas, da filosofia moral ou da religião.

O estabelecimento de valores em princípios no âmbito constitucional e a sua concretização máxima nas decisões dos agentes jurídicos conferem-lhes a necessária objetividade para se tornarem aptos a um tratamento científico, destinado a realizar a elaboração de um “sistema interno”,⁸ no qual se procura é compatibilizar os diversos princípios, entre si muitas vezes contraditórios, realizando um escalonamento (*Rangordnung*) por importância, tendo em vista o resultado a que levam concretamente, quando se trata de subsumir fatos a normas, que são reflexo deles, os princípios.

6 Cf. LARENZ, ob. cit., 4a ed., alemã (Methodenlehre der Rechtswissenschaft), 1979. pp. 192 ss., passim.

7 Cf. MARTIN KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung* (entwickelte Probleme aus der Verfassungsinterpretation), 2a ed. Berlin, 1976, p. 100.

8 Cf. CLAUD-WILHELM CANARIS, *Systembegriff in der Jurisprudenz* (entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts). Berlin, 1969, p. 40 ss.; LARENZ, ob. ed. cit., p. 458 ss.

A possibilidade de se lidar com valores no direito, da forma racional e intersubjetivamente controlável, que é própria da ciência, assume uma importância decisiva, ao se pretender adotar um modelo epistemológico que supere a antítese entre aquele do positivismo normativista, axiologicamente neutro, e o seu oposto jusnaturalista, das mais diversas formas.

A jurisprudência constitucional alemã, aqui tomada como exemplo, no segundo pós-guerra, ao contrário do que acontecera na época de Weimar, seguiu abertamente a doutrina dos valores, agora com a força e autoridade atribuídas à Corte Constitucional, que adota já em seus primórdios, permanecendo a ela fiel até o presente, contribuindo, decisivamente, para o seu desenvolvimento.⁹ Um de seus principais impulsionadores, no plano teórico, é GÜNTER DÜRIG, para quem a intangibilidade da dignidade humana (“*die unantastbare Menschenwürde*”), estabelecida na primeira frase do primeiro artigo da Lei Fundamental alemã, situa-se na base de todo um sistema de valores, positivamente objetivados na parte em que se garante os Direitos Fundamentais e em outras normas da Constituição, os quais sempre se deve entender e compatibilizar, tendo em vista a máxima realização possível daquele valor maior: a “*máxima da proporcionalidade dos meios e fins*” - *Grundsatz der Verhältnismässigkeit*.¹⁰ A tônica da discussão é dada pela perspectiva de mútua fertilização entre os procedimentos lógico-formais de análise da estrutura do sistema normativo e os estudos (pragmáticos) de sua funcionalidade em determinado contexto, o que leva ao desenvolvimento de uma teoria da argumentação jurídica,

9 Cf., v.g., BÖCKENFÖRDE, *Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung*, in FS GMÜR, p. 7 ss., esp. p. 18.

10 A doutrina de DURIG foi desenvolvida no ensaio *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde - Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes*, *Archiv für öffentliches Recht (AöR)*. 1950, p. 117 ss., e resumida posteriormente em obra de comentário à Lei Fundamental, publicada em colaboração com MAUNZ, na parte referente ao Art. 1º, 1ª frase. Sobre a “máxima da proporcionalidade”, v. ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*. Baden Baden, 1985, pp. 100 ss.

capaz de assegurar a racionalidade (prática) do processo de aplicação do direito.¹¹ Já por esse compromisso com a racionalidade não se pode confundir, como se tornou comum entre nós, o princípio correspondente à referida máxima com um outro, da razoabilidade, correspondente a uma máxima que proíbe o absurdo ou despropositado em direito, o que se configuraria quando não se verifica compatibilidade entre os fins a serem atingidos pela aplicação de determinada norma e aqueles estabelecidos pela ordem jurídica. Esta é uma exigência que decorre até do princípio que proíbe a alegação de desconhecimento da norma para justificar o seu descumprimento. Em suma, a máxima da proporcionalidade pressupõe que os fins a serem atingidos sejam razoáveis, é dizer, os dois princípios que aqui se confunde são complementares, mas não idênticos.

Dentre os resultados alcançados por mencionados estudos pode-se destacar, de antemão, que, de um modo geral, se nega a possibilidade de se vir a estabelecer um sistema metodológico de diretrizes, capaz de levar a conclusões de acerto indubitável sobre cada caso, o que, de resto, não se espera mais da ciência, caso ela não seja encarada ainda com algum resquício de crença teológica. Não importa que haja várias posições, igualmente fundamentadas, sobre o mesmo caso, contanto que a argumentação forneça também os critérios adotados, a fim de que se possa avaliar sua razoabilidade. Essa variedade de posições decorre da pluralidade de valorações possíveis, o que nos leva a outra constatação fundamental: a necessidade de sopesar princípios, além da mera subsunção de fatos a normas, princípios esses que são tal como as normas, partes do ordenamento jurídico, especialmente quando se trata de fazer uma interpretação “à luz da Constituição”, ou da própria Constituição,

11 Cf. ALEXYS, *Rechtssystem und Vernunft*, in *RECHTSTHEORIE*, no 18. 1987, pp. 405ss..

que é o texto normativo onde tais princípios naturalmente se localizam. Não se desconhece a necessidade de resolver problemas jurídicos com normas, ou muito menos a existência delas, mas tão somente a sua (eventual) insuficiência é reconhecida, juntamente com a exigência de se lançar mão de princípios dotados de validade juspositiva.

Também a importância de se preservar e desenvolver um aparato de conceitos não é negada, mas, sim, pelo contrário, afirmada e louvada, já que a maior precisão e clareza terminológica é um dos principais fatores ou postulados de uma argumentação conduzida nos parâmetros da racionalidade prática: por esse meio se alcança a unidade interna e coerência sistemática entre os princípios e normas do ordenamento. Isso, porém, não deve suscitar a pretensão no teórico do direito de vir a estabelecer conceitos dotados de um caráter “definitivo”, isto é, capazes de sobreviver às circunstâncias em que foram elaborados, com os fatos e a respectiva valoração desses fatos surgidos naquele momento determinado.

A característica marcante da disciplina praticada pelo estudioso do direito, a dogmática jurídica, consiste, precisamente, na sua capacidade de aparentar uma fidelidade a noções pré-fixadas, normativa e doutrinariamente (os “dogmas”), mantendo-se assim, íntegra através de séculos, quando, na verdade, sempre se lhes confere novos sentidos, mais adequados à permanente mutação da sociedade e dos valores culturais.¹² O contato com a experiência alemã recente, tida como modelar, mostra como a nova metódica hermenêutico-constitucional resultou de uma íntima colaboração entre produção teórica e elaboração jurisprudencial, em nível de jurisdição constitucional. A partir do que se vem de expor, justifica-se que

12 Cf. NIKLAS LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart, 1974, p. 45 ss., esp. 54/55.

consideremos a Constituição, assim como todo o sistema de normas interno ao ordenamento jurídico, um *sistema de regras e princípios*. Importa, então, explicitar melhor a distinção entre *normas que são regras* das *normas que são princípios*. Para tanto, com base em GOMES CANOTILHO, podemos distingui-los (1) pelo *grau de abstração*, onde se tem os princípios como bem mais abstratos e vagos em sua formulação; (2) pelo *grau de determinabilidade de aplicação*, que, como consequência de (1), implica a necessidade da intermediação normativa de outros princípios e regras para facilitar a aplicação de princípios, enquanto regras se deixam aplicar diretamente com facilidade; (3) pelo *conteúdo de informação*, bem menor nas regras, que se reportam a um determinado fato, nela tipificado, enquanto os princípios referem-se a valores, o que permite uma ampliação de seu conteúdo com maior facilidade; (4) pela *separação “(de)onto-lógica” radical* de ambos os tipos de normas, quando se tem, por exemplo, a possibilidade de princípios, em virtude de sua natureza, existirem implicitamente no sistema normativo, algo impensável para regras, ou ainda a circunstância de regras contraditórias gerarem uma antinomia normativa, a ser desfeita com o afastamento de uma delas, ao passo que é da própria natureza dos princípios, como já salientamos, se apresentarem como contrapostos uns aos outros.

É essa natureza diferenciada de princípios e regras que suscita a necessidade de se desenvolver uma hermenêutica constitucional igualmente diferenciada, diante da hermenêutica tradicional. Especialmente a distinção por último referida, segundo a qual os princípios encontram-se em estado latente de colisão uns com os outros, requer o emprego dos *princípios da interpretação constitucional*, que passamos a expor, na formulação já clássica de

KONRAD HESSE, em seu manual *Grundzüge der Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, secundado, em língua portuguesa, por GOMES CANOTILHO.¹³ Antes, porém, alguns esclarecimentos se mostram de interesse, a fim de bem situar o significado do que em o outro lugar denominamos “interpretação especificamente constitucional”.

Primeiro, com relação ao sentido e natureza destes princípios, não se pode confundi-los com princípios que são normas jurídicas, pois seriam antes diretrizes ou postulados, com caráter heurístico, posto que não se destinam a estabelecer uma qualquer obrigação de obedecê-los, mas sim realizar o que seria um pressuposto mesmo desta obediência, que é o ato de intelecção das normas a serem seguidas, ou seja, a sua interpretação, e em um sentido diverso da interpretação geralmente feita, a que podemos denominar de “interpretação ordinária”, a também chamada hermenêutica jurídica clássica, para contrastá-la com a “nova hermenêutica”, a que qualificamos de constitucional. E isso porque através dela se opera uma espécie de reavaliação da interpretação a ser necessariamente feita com os métodos tradicionais, clássicos, por se constatar que através deles se chega a resultados de se considerar insatisfatórios, do ponto de vista da preservação e realização dos, agora sim, princípios constitucionais, sobretudo aqueles fundamentais, dos quais decorrem os também assim qualificados direitos (e garantias), em um Estado que se oriente pelo processo democrático. Em sendo assim, vale destacar o liame indissociável que vem assumido entre interpretação e aplicação, justamente o que torna exemplar, no entender de GADAMER, a hermenêutica jurídica, não podendo se

13 Para um desenvolvimento mais amplo, consulte-se o Curso de Direito Constitucional, do Mestre PAULO BONAVIDES (esp. caps. 13, 14 e 17), e as obras seminais de FRIEDRICH MÜLLER.

praticar bem uma desconsiderando a outra, ou, em outros termos, deixando-se levar por uma espécie de alienação formalista, que ignora a diferença radical, ontológica mesmo (ontologia entendida de acordo com a fenomenologia husserliana), entre fatos previstos (e descritos) em normas jurídicas, a consubstanciar o que em geral na precisa terminologia jurídica tedesca se denomina “suporte fático” (*Tatbestand*), com o que na terminologia filosófica de mesma proveniência seria a “situação real” (*Sachverhalt*). Ora, tal situação, na hermenêutica propriamente dita, operativa – diversa daquela meramente doutrinária, descomprometida com uma aplicação atual -, há de ser confrontada com os fatos abstrata e idealmente regulados já pelo direito, através de suas regras, mas sem perder de vista que essa regulação pode se mostrar, em determinada situação, insatisfatória, e mesmo atentatória aos princípios e direitos fundamentais, donde a necessidade de se proceder uma revisão, com o auxílio de princípios ou postulados interpretativos como os que abaixo se enuncia. Resta, assim, claramente discernível a diferença entre princípios nos dois sentidos, embora tal distinção não se preconize que seja feita nos moldes formalistas, quando então ou seriam princípios com caráter normativo, por prescritivos, ou com caráter meramente cognitivo, por descritivos, isto é, uma proposição jurídica (*Rechtssatz*), para empregar noção clássica da teoria kelseniana. A rigor, os princípios da interpretação constitucional corresponderiam a uma dimensão epistêmica que teriam os princípios jurídico-constitucionais, destinados a auxiliar na tarefa de deles extrair as normas, implícitas, que melhor regulariam certas situações fáticas (*Sachverhalten*), às quais não se referem, explicitamente, como em certa medida – e é preciso que se atente a essa medida - ocorreria só com as regras, com sua referência, genérica e abstrata, enquanto forem objeto de

interpretação, a fatos, contidos no seu componente descritivo, o “suporte fático” (*Tatbestand*). Esta indiscernibilidade completa entre princípios jurídicos e princípios desenvolvidos para bem interpretá-los mostra-se com a maior clareza em se considerando o princípio desses por último elencado, abaixo, a saber, o da proporcionalidade, que também por isso há de ser considerado especial dentre todos os outros, como a seu tempo será exposto.

(1) O primeiro - e mais importante - desses princípios de interpretação constitucional é o da *unidade da constituição*, o qual determina que se observe a interdependência das diversas normas da ordem constitucional, de modo a que formem um sistema integrado, onde cada norma encontra sua justificativa nos valores mais gerais, expressos em outras normas, e assim sucessivamente, até chegarmos ao mais alto desses valores, expresso na *decisão fundamental* do constituinte, naquilo que, como vimos anteriormente, PABLO LUCAS VERDÚ chama de *fórmula política*. Lembremos que para o eminente catedrático da Universidade de Madri, “fórmula política de uma Constituição é a expressão ideológica que organiza a convivência política em uma estrutura social”. O ato de interpretação constitucional, portanto, sempre tem um significado político e se dá calcada numa ideologia, que, porém, não deve ser a ideologia particular do intérprete, mas sim aquela em que se baseia a própria Constituição.¹⁴ No caso da nossa, a fórmula política se acha claramente indicado no “Preâmbulo” e no seu art.

14 Explicando o sentido em que a fórmula política da Constituição é expressão de uma ideologia, VERDÚ salienta que “no empleamos ideología en sentido marxiano, es decir enmascaramiento del poder en perjuicio de los trabajadores alienados, sino en sentido técnico-politológico, a saber: conjunto de ideas, prejuicios e incluso sentimientos, sobre el modo de organización del ejercicio y objetivos de poder político en la sociedad. Así, pues, la Constitución recoge, defiende, una ideología liberal, demoliberal, socialista, marxista, socialdemócrata, fascista o mezcla de algunas de ellas que no sean antagónicas” (1997, p. 37, grifos do A.).

1º: **Estado Democrático de Direito**. Ela há de se situar ao nível do que na hermenêutica filosófica de GADAMER se denomina “pré-compreensão” (*Vorverständnis*), designando a pré-disposição orientadora do ato hermenêutico de compreensão.¹⁵

(2) *Princípio do efeito integrador*, indissolivelmente associado ao primeiro, ao determinar que, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, se dê preferência à interpretação que mais favoreça a integração social, reforçando a unidade política.

(3) *Princípio da máxima efetividade*, também denominado *princípio da eficiência* ou *da interpretação efetiva*, por determinar que, na interpretação de norma constitucional, se atribua a ela o sentido que a confira maior eficácia, sendo de se observar que, atualmente, não mais se admite haver na Constituição normas que sejam meras exortações morais ou declarações de princípios e promessas a serem atendidos futuramente. Tal princípio assume particular relevância na inteligência das normas consagradoras de direitos fundamentais.

(4) *Princípio da força normativa da Constituição*, que chama a atenção para a historicidade das estruturas sociais, às quais se reporta a Constituição, donde a necessidade permanente de se proceder a sua atualização normativa, garantindo, assim, sua eficácia e permanência. Esse princípio nos alerta para a circunstância de que a evolução social determina sempre, se não uma modificação do texto constitucional, pelo menos alterações no modo de compreendê-lo, bem como às normas infra-constitucionais.¹⁶

15 HÄBERLE, em *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição, trad. GILMAR FERREIRA MENDES, Porto Alegre, 1997, p. 42, nota 74, refere-se também a uma “pós-compreensão” (*Nachverständnis*), para acentuar o caráter dinâmico e ampliado que o processo de interpretação constitucional confere às normas que toma por objeto, partindo do texto normativo e indo para além dele, em conformação com ele.

16 HÄBERLE (loc. ult. cit.) vai por isso afirmar que “leis constitucionais são dotadas não

(5) *Princípio da conformidade funcional*, que estabelece a estrita obediência, do intérprete constitucional, da repartição de funções entre os poderes estatais, prevista constitucionalmente.

(6) *Princípio da interpretação conforme a Constituição*, que afasta interpretações contrárias a alguma das normas constitucionais, ainda que favoreça o cumprimento de outras delas. Determina, também, esse princípio, a conservação de norma, por inconstitucional, quando seus fins possam se harmonizar com preceitos constitucionais, ao mesmo tempo em que estabelece como limite à interpretação constitucional as próprias regras infra-constitucionais, impedindo que ela resulte numa interpretação *contra legem*, que contrarie a letra e o sentido dessas regras.

(7) *Princípio da concordância prática ou da harmonização*, segundo o qual se deve buscar, no problema a ser solucionado em face da Constituição, confrontar os bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando, de modo a, no caso concreto sob exame, se estabeleça qual ou quais dos valores em conflito deverá prevalecer, preocupando-se, contudo, em otimizar a preservação, igualmente, dos demais, evitando o sacrifício total de uns em benefício dos outros. Nesse ponto, tocamos o problema crucial de toda hermenêutica constitucional, que nos leva a introduzir o *topos* argumentativo da *proporcionalidade*.

Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um “princípio dos princípios”, o *princípio da proporcionalidade*, que determina a busca de uma “solução de compromisso”, na qual se respeita

apenas de pré-história, mas também de pós-história”.

mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu “núcleo essencial”. Esse princípio, embora não esteja explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento jurídico, é uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do “Estado Democrático de Direito”, pois sem a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos.

O princípio da proporcionalidade, tal como hoje se apresenta no direito constitucional alemão, na concepção desenvolvida por sua doutrina, em íntima colaboração com a jurisprudência constitucional, desdobra-se em três aspectos, a saber: *proporcionalidade em sentido estrito, adequação e exigibilidade*. No seu emprego, sempre se tem em vista o *fin* colimado nas disposições constitucionais a serem interpretadas, fim esse que pode ser atingido por diversos *meios*, entre os quais se haverá de optar. O meio a ser escolhido deverá, em primeiro lugar, ser *adequado* para atingir o resultado almejado, revelando conformidade e utilidade ao fim desejado. Em seguida, comprova-se a *exigibilidade* do meio quando esse se mostra como “o mais suave” dentre os diversos disponíveis, ou seja, menos agressivo dos bens e valores constitucionalmente protegidos, que porventura colidem com aquele consagrado na norma interpretada. Finalmente, haverá respeito à proporcionalidade em sentido estrito quando o meio a ser empregado se mostra como o mais vantajoso, no sentido da promoção de certos valores como o mínimo de desrespeito de outros, que a eles se contraponham, observando-se, ainda, que não haja violação do “mínimo” em que todos devem ser respeitados.

A conclusão a que se chega, então, é que o princípio máximo, verdadeiro “princípio dos princípios”, como a ele podemos husserlianamente referir, que por sua especialidade, tanto se diferencia dos demais, acha-se expresso na “máxima de proporcionalidade”, o que não faz dele um “super-princípio”, acima de qualquer outro, já que justamente se põe, digamos, “a serviço” deles, sendo-lhes, assim, antes subalterno, inferior, do que sobreposto, superior. A imposição nele contida é a de que se realize através do Direito, concretamente e cada vez melhor, o que for jurídica e faticamente possível, para obter-se a otimização na adequação da norma, com seu dever-ser de entidade ideal, à realidade existencial humana. Isso significa que não o entendemos como mera exortação, mas como determinação de ponderação, pois há de se aferir tal ponderação de princípios conflitantes, rejeitando-a se dela não resulte solução que atenda aos reclamos de respeito à dignidade humana, desiderato maior de um Estado de Direito verdadeiramente democrático.

É esse *equilibrio* a própria ideia do Direito, manifestado inclusive na simbologia da balança, e é a ele que se pretende chegar, com Estado de direito e Democracia. A proporcionalidade na aplicação é o que permite a co-existência de princípios divergentes, podendo mesmo dizer-se que entre esses e ela, proporcionalidade, há uma relação de mútua implicação,¹⁷ já que os princípios fornecem os valores para serem sopesados,¹⁸ e sem isso eles não podem ser aplicados.

Aquela máxima de proporcionalidade, contudo, não é puramente formal e abstrata, já que se pode determinar com bastante precisão o seu, não acatamento, o que deve ter como consequência uma anulação de pleno direito - já se chegou mesmo a falar que

17 Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrecht*, cit., p. 100.

18 Cf. LARENZ, *ob. cit.*, p. 465.

ela é passível de subsunções¹⁹ -, o que a torna não só um misto de regra e princípio, como tendo também caráter procedimental, ao se mostrar um meio de solução de conflitos, com o caráter metódico próprio da forma (ou fórmula) processual. Nela se pode vislumbrar, portanto, a verdadeira norma fundamental, por ser uma espécie de síntese de uma ordem jurídica com a complexidade requerida nas sociedades atuais, igualmente complexas, formada por regras, princípios e procedimentos, já que não se situa somente no ápice de uma “pirâmide” normativa, estática, sendo passível de emprego também na “base” do ordenamento jurídico, em decisões de autoridades judiciais, ou administrativas, instaurando encadeamentos novos e válidos de normas, para atender às necessidades de transformações e adaptações do sistema normativo. Eis que o princípio da proporcionalidade realiza o que D. HOFSTADTER chamou de “*strange loop*”, tornando-se o grande responsável pela sustentação de uma ordem jurídica marcada por contradições, a serem necessariamente reconhecidas, caso se queira evitar o seu descolamento de uma realidade social igualmente conflitiva.

O conceito de “norma fundamental”, como se sabe, origina-se da doutrina kelseniana, tendo a ele já sido atribuído, pelo próprio KELSEN e outros, os mais diversos sentidos e funções, o que foi mostrado, recentemente, na acurada análise de JENSMICHAEL PRIESTER,²⁰ o qual, porém, termina chegando à conclusão, ao nosso modo de ver, errônea, de que se deve suprimir o uso do conceito. Entendemos que esse é necessário ao pensamento jurídico, como já W. JELLINEK há muito acentuou,²¹ e no final parece ter

19 Cf. G. HAVERKATE, *Rechtsfragen des Leistungsstaats*. Tübingen, 1983, p. 11.

20 Cf. *Die Grundnorm - eine Chimäre*, in *RECHTSTHEORIE*, Beiheft 5 - Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, W. KRAWIETZ - H. SCHELSKY eds. Berlin, 1984, p. 211 ss.

21 Cf. *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*. Tübingen, 1913, p.

tido o que levou KELSEN a não abdicar dele definitivamente, ao considerá-la uma norma ficta (*fingierte Norm*), desprovida de positividade, mas pressuposta no pensamento.²² Da forma que a empregamos, no texto, ela apresenta semelhança com a noção de “norma-origem”, devida a JUAN-RAMON CAPELLA,²³ embora não se possa compartilhar sua justificativa da validade dessa norma pela sua efetividade. Semelhante, também, é a concepção pragmática de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., sobre a norma fundamental, que a transforma, na verdade, em um conjunto de normas fundamentais, havendo uma na base de determinado encadeamento normativo e em outros possíveis (porque de fato realizados), outras tantas normas fundamentais. A unidade do ordenamento jurídico, contudo, fica assim ameaçada. Importante é reconhecer que, apesar dos níveis diferentes de validade, ocorrem modificações na ordem jurídica vindas “de baixo para cima”, não só “de cima para baixo”, como sugere a teoria tradicional da norma fundamental. Isso se torna evidente de uma perspectiva sistêmica, como mostra KRAWIETZ.²⁴ A norma que se propõe como norma fundamental não é passível de receber a crítica feita por J. W. HARRIS, partindo da suposição de que a complexidade necessária a uma tal norma, para que forneça o critério de identificação de todas as normas inferiores, torna-a imprestável para integrar a prática social das autoridades encarregadas de velar pelo cumprimento do direito.²⁵ Ela determina, de forma clara, não só que se deve observar a Constituição, como predica a “norma-ápice”, segundo PECZENIK,²⁶ mas também

27.

22 Cf. Allgemeine Theorie der Normen. Wien, 1979. cap. 59. n. 1. d, p. 206/207.

23 El Derecho como Lenguaje. Barcelona, 1968, p. 131.

24 Recht und moderne Systemtheorie, in RECHTSTHEORIE, Beiheft 10 - Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart. Berlin, 1986, p. 300.

25 Cf. Law and Legal Science. Oxford, 1979, p. 79 ss.

26 The Nature and Function of the Grundnorm, in RECHTSTHEORIE, Beiheft 2, p. 280,

como se deve fazê-lo. Com MACCORMICK, pode-se dizer que ao mesmo tempo em que é “regra de reconhecimento” (HART) para as demais do ordenamento jurídico, fornecendo-lhes o necessário “*pedigree*”, e o critério para evitar contradição entre elas (sua compatibilidade com a Constituição), é também o princípio mais alto entre os princípios e ao determinar um emprego proporcional deles, para que cumpram adequadamente sua função racionalizadora, sistematizante, das regras, dá a explicação última para obter-se, além da coerência (ausência de contradição), a consistência com os valores e “*policies*”, que animam a ordem jurídica.²⁷

O emprego da “proporcionalidade dos meios com atenção aos interesses de terceiros” mostra ainda seu valor e significado, por exemplo, na importante discussão sobre a compatibilidade de desobediência civil com o Estado democrático de direito, um ato que infringe a legalidade, mas não o direito, na medida em que se reveste de legitimidade e consegue justificar-se com princípios constitucionais, contribuindo assim, decisivamente, para o processo de aprendizado (ERNST TUGENDHAT), e renovação permanente requeridos na realização daquela forma de Estado.²⁸

passim.

27 Cf. Legal Reasoning and Legal Theory. Oxford, 1978, p. 106. 156, 232 ss.

28 Cf., apropósito, J. HABERMAS, Die neue Unübersichtlichkeit (Kleine politische Schriften V). Frankfurt a. M., 1985, p. 84 ss. e 112 ss.

Tramantana

Grolan

Engronelant

La landia

Westland

Frisland



Oceano Tre arboribus