

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE - FURG
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E JUSTIÇA SOCIAL
MESTRADO EM DIREITO E JUSTIÇA SOCIAL

RÔMULO GUBERT DE MELLO BRUM

**O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA REALIZAÇÃO DA
SOLIDARIEDADE EM UMA ABORDAGEM INTERSUBJETIVA E ANTI-
DISCRICIONÁRIA: Um recorte a partir do Direito brasileiro pós-1988**

RIO GRANDE – RS

2017

RÔMULO GUBERT DE MELLO BRUM

O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA REALIZAÇÃO DA
SOLIDARIEDADE EM UMA ABORDAGEM INTERSUBJETIVA E ANTI-
DISCRICIONÁRIA: Um recorte a partir do Direito brasileiro pós-1988

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito e Justiça Social. Área de concentração: “a realização constitucional da solidariedade”.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Fonseca Ferreira

RIO GRANDE – RS

2017

RÔMULO GUBERT DE MELLO BRUM

O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA REALIZAÇÃO DA
SOLIDARIEDADE EM UMA ABORDAGEM INTERSUBJETIVA E ANTI-
DISCRICIONÁRIA: Um recorte a partir do Direito brasileiro pós-1988

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito e Justiça Social. Área de concentração: “a realização constitucional da solidariedade”.

Defendido em: Rio Grande, ___ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Dr. Rafael Fonseca Ferreira: Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande (Orientador)

Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger: Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande

Dr. Igor Raatz dos Santos: Professor da Universidade Feevale

AGRADECIMENTOS

A minha família, Jacira Gubert de Mello, Gildazio Saldanha Brum e Nathalia Gubert de Mello Brum, pelo apoio ao longo destes oito anos compreendidos desde o começo de minha graduação até a conclusão deste trabalho de dissertação. Sem o apoio de vocês esta longa caminhada jamais seria possível.

A Raquel Pereira Pontes, pelo companheirismo demonstrado mesmo com a distância que separa Rio Grande e Viçosa, bem como pela cumplicidade com as angústias, felicidades, frustrações e conquistas cotidianas de dois amantes nessa loucura chamada pós-graduação.

A Amanda, Celso, Ilda e Steven Pontes por haverem feito de São José do Norte minha “segunda casa” enquanto estive estudando em Rio Grande.

Ao Meu orientador e, acima de tudo, amigo que a universidade me proporcionou, Rafael Fonseca Ferreira, cuja atenção, rigor (e paciência) na tarefa de nortear o desenvolvimento deste trabalho possibilitou a realização de diálogos profícuos e inspiradores não apenas para as tarefas acadêmicas, mas para a vida.

As minhas colegas de orientação, Agnes Carolina Hüning, Juliana Gonçalves de Oliveira, Maiara dos Santos Noronha e Maiara Fonseca pelas interlocuções ao longo destes dois anos de mestrado.

Aos professores Francisco Quintanilha de Vêras Neto e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger por abrirem as portas da pesquisa universitária a mim e a outros tantos colegas desde os primeiros anos de graduação.

Aos meus amigos de longa data, Mateus Cunha, Matheus Tavares e Rodrigo Fernandes pelas longas horas discutindo os dramas do S.C. Internacional enquanto decidíamos as diferenças jogando Pro Evolution Soccer.

A Natália Centeno Rodrigues, Lúcio Carobin Machado e Bruno Cozza Saraiva, amigos desde os tempos de graduação e, tenho certeza, para o resto da vida.

A Haniel Duarte da Silva que, entre um cigarro e um gole de café, incendiava o pensamento de todos com seus insights nas permanências de monitoria e, posteriormente, no quiosque do lanche comunitário antes de suas aulas.

Aos meus amigos Bernard Constantino Ribeiro, Guilherme Augusto Figueiredo, Guilherme Marques Ferreira, Jonas Vianna, Liane Duarte da Silva e Manoel Luís Lugo de Gasso pelas horas na companhia de vocês.

Ao Grupo Transdisciplinar em Pesquisa Jurídica pela Sustentabilidade (GTJus), que tive a oportunidade e honra de participar desde meus primeiros passos na vida acadêmica.

A Universidade Federal do Rio Grande – Furg, possibilitadora de todas estas experiências.

A todos, minha mais profunda e sincera gratidão e admiração. Queria expressar o quanto vocês são importantes para mim por meio destes agradecimentos. Entretanto me faltam palavras para tal fim. Talvez por haverem coisas no mundo que não podemos explicar ou esclarecer, apenas viver.

“Acho que Jack tem razão quando diz que a gente pode estar com medo porque as pessoas sempre dão um jeito de sentir medo. Mas quando diz que só existem porcos nesta ilha imagino que ele tenha razão, mas ele não tem como saber, não de verdade, quer dizer, não fora de qualquer dúvida”
- Maurice respirou fundo. - “Meu pai contou que existem bichos, como chama, aqueles que produzem tinta – lulas – com mais de dez metros de comprimento, que conseguem até devorar uma baleia inteira.” Fez uma pausa, e riu alegremente.
“Eu não acredito no monstro, claro. Como diz o porquinho, a vida é científica, mas a gente nunca sabe, não é? Não com toda a certeza–”

(GOLDING, O Senhor das Moscas)

RESUMO

BRUM, Rômulo Gubert de Mello. **O Papel do Direito na Realização da Solidariedade em uma Abordagem Intersubjetiva e Anti-Discricionária:** um recorte a partir das atribuições da jurisdição constitucional brasileira pós-1988. Dissertação (mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande. Rio Grande: 2017. 138p.

A presente dissertação se dedica a investigar dentro do constitucionalismo brasileiro pós-1988 a possibilidade de realização da solidariedade pelo Direito a partir de um recorte temático envolvendo as atribuições da jurisdição constitucional. Neste sentido, o problema instigador da pesquisa versa sobre parâmetros intersubjetivos de fundamentação da interpretação jurídica capazes de reverberar solidariedade no interior do jurídico. A hipótese desenvolvida propugna uma abordagem intersubjetiva calcada na hermenêutica filosófica, pela qual há sempre um compartilhamento de sentido possibilitador do diálogo entre os sujeitos de uma mesma comunidade política acerca de quais são as respostas jurídicas corretas ou constitucionalmente adequadas a serem tomadas pelas autoridades, refutando-se então qualquer perspectiva que advogue discricionariedades ou o ativismo judicial para implementar o conteúdo da Constituição. Com efeito, a exposição é dividida em três capítulos. O primeiro volta-se para a contextualização e exposição da problemática na conjuntura constitucional brasileira contemporânea, com as novas atribuições da jurisdição constitucional, a necessidade de um elevado grau de autonomia para a realização do Direito e o equívoco representado por posturas que endossam o ativismo judicial para implementar a Constituição. No segundo capítulo é aprofundada a problematização em torno da discricionariedade, conceito chave para compreender o ativismo judicial, a partir de um recorte do positivismo jurídico, feixe de correntes teóricas que jamais conseguiram dar cabo do problema da decisão judicial por não reconhecerem o compartilhamento do sentido exigido pelo diálogo. O terceiro capítulo busca delinear uma perspectiva intersubjetiva para a interpretação, bem como estabelecer a exigência de uma prestação de contas hermenêutica capaz de resgatar os vínculos de solidariedade incorporados por uma concepção coerente e íntegra de Direito. A abordagem empregada é a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer que, por meio da estrutura dialogal da compreensão, aponta para a co-implicação entre sujeito e objeto pela existência de uma estrutura prévia de sentido compartilhada, denunciando então o assujeitamento do mundo pelas metologias tradicionais da teoria das ciências. Os métodos de procedimento utilizados são o histórico, o comparativo e o monográfico. As técnicas de pesquisa realizadas foram a bibliográfica e a documental.

Palavras-Chave: Jurisdição Constitucional. Solidariedade. Intersubjetividade. Ativismo Judicial. Discricionariedade.

ABSTRACT

BRUM, Rômulo Gubert de Mello. **The Role of Law in Realization of Solidarity by an Intersubjective and Anti-Discretionary Approach:** a lineament from the attributions of the Brazilian judicial review post-1988. Dissertation (master in Law degree) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande. Rio Grande: 2017. 138 p.

The present dissertation focus is to investigate the possibility to realize solidarity by Law in the Brazilian post-1988 constitutionalism from a thematic clipping involving the attributions of judicial review. In this sense, the instigating problem of research is about thinking intersubjective parameters of legal interpretation that can reverberate solidarity through Law. The developed hypothesis advocates an intersubjective approach based on philosophical hermeneutics, whereby the sense is always shared, enabling the dialogue between the subjects of the same political community about which are the correct legal and constitutional answers to be taken by authorities, refusing any perspectives that advocates discretion or judicial activism to implement the Constitution. Therefore, the dissertation is divided into three chapters. The first one focuses on the contextualization and exposition of the problem in the contemporary Brazilian constitutional scenario, with the new attributions of judicial review, the need for a high degree of autonomy for Law and the misconception represented by positions which endorses judicial activism to implement the Constitution. In the second chapter the key conception to understand judicial activism, discretion, is explored through an inquiry towards legal positivism, a theoretical approach which never was able to overcome the problem involving judicial decisions by not recognizing the sharing of meaning demanded by the dialogue. The third chapter seeks to delineate an intersubjective perspective for interpretation, as well as establish the requirement of a hermeneutical accountability capable of rescuing the bonds of solidarity incorporated by a coherent and integral conception of Law. The approach employed is Hans-Georg Gadamer's philosophical hermeneutics which, through the dialog that structures the understanding, points to the co-implication between subject and object by the existence of a prior structure of shared sense, denouncing then the subjection of the world by traditional methodologies of science. The methods of procedure used are historical, comparative and monographic. The research techniques employed were bibliographical and documentary.

Key words: Judicial Review. Solidarity. Intersubjectivity. Judicial Activism. Discretion

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 COMPREENDENDO O QUE ESTÁ EM JOGO: A ATRIBUIÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL.....	19
1.1 Constitucionalismo democrático no Brasil: marco jurídico para se pensar a atribuição da jurisdição constitucional na realização da justiça social.....	20
1.2 Autonomia do Direito como pressuposto da solidariedade através do jurídico.....	35
1.3 A mitificação do ativismo judicial como problema para a realização constitucional da solidariedade: a fragilização da autonomia do Direito a partir da má compreensão do desempenho da jurisdição constitucional.....	49
2 PORQUE (AINDA) É PRECISO DISCUTIR POSITIVISMO JURÍDICO: DESVENCILHANDO-SE DA DISCRICIONARIEDADE E CAMINHANDO PARA UMA IDEIA DE SOLIDARIEDADE.....	58
2.1 O problema da discricionariedade no curso do pensamento jurídico ao longo de dois séculos: perspectivas de um imaginário jurídico dominante refratário à intersubjetividade.....	59
2.2 A autonomia do Direito obscurecida pela teoria do ordenamento jurídico: a necessidade de se recuperar os fundamentos dos direitos humanos e da Constituição para preservar a autonomia do Direito.....	71
2.3 A intersubjetividade contra a técnica: caminhando em direção à realização da solidariedade pelo Direito.....	79
3. INTERSUBJETIVIDADE E A REALIZAÇÃO DA SOLIDARIEDADE PELA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	89
3.1 Um plano intersubjetivo de compreensão como pressuposto da solidariedade: uma abordagem a partir da hermenêutica filosófica.....	90
3.2 A tarefa da jurisdição constitucional na realização da solidariedade como garantia de um Direito comprometido com a moralidade política.....	100
3.3 Decidir por princípios: como a coerência e a integridade do Direito são elementares no exercício da jurisdição constitucional a partir de uma ideia de solidariedade.....	109
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	121
REFERÊNCIAS.....	129

INTRODUÇÃO

Pensar a solidariedade no Brasil é um empreendimento possível através de diversas abordagens. Aquela desenvolvida por este trabalho é a jurídica, e diz respeito ao papel desempenhado pelo Direito para se alcançar uma sociedade mais igualitária em um país historicamente marcado pelas graves disparidades envolvendo a distribuição de riqueza entre sua população. Tradicionalmente entendido como um problema político, cabendo às maiorias parlamentares formadas em cada período histórico definir seu conteúdo, a oportunidade e conveniência de sua realização, a igualdade passou a ser incorporada ao texto constitucional brasileiro em um sentido muito mais substancial, pois não só expressa uma faceta da legalidade segundo a qual todos devem ser tratados como iguais perante a lei, como também determina o dever por parte do Estado em promover a transformação do *status quo* social tanto por meio de uma distribuição mais igualitária das condições materiais de existência, quanto pela promoção da própria participação cidadã nos processos de tomadas de decisão.

O Direito, portanto, já não pode ser mais pensado como um simples mecanismo de controle social. Mais do que simplesmente expressar a vontade dos meios institucionais de tomada de decisão, ele também vincula o processo político a um projeto social. Institui constitucionalmente deveres, direitos fundamentais, fundamentos e objetivos que vinculam toda a atividade legiferante, seja no que diz respeito às próprias decisões, seja naquilo que se refere aos fundamentos e razões das mesmas. Toda a atividade política, para ser legítima nos marcos constitucionais, precisa desde então encontrar um respaldo formal, observando os procedimentos estabelecidos para a validade de cada tipo normativo, e esta é a novidade trazida pela Constituição de 1988 no Brasil, também um respaldo substancial, isto é, um comprometimento com a realização de conteúdos os quais já não se encontram a disposição dos Poderes instituídos.

Contudo, todas as promessas incorporadas pela Constituição Federal de 1988 se encontrariam demasiadamente fragilizadas na ausência de uma institucionalidade a qual fosse responsável por protegê-las dos influxos majoritários advindos do processo político. Com esta finalidade se percebe a emergência, com uma amplitude e profundidade inéditas no constitucionalismo brasileiro, de uma jurisdição constitucional. Incorporando tanto os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, bem como ampliando o rol de legitimados para a propositura de ações diretas de do controle abstrato, como

implementado também mecanismos de proteção do núcleo social da constitucional como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, parece que o Judiciário, no atual constitucionalismo, ganhou uma posição de destaque frente aos demais Poderes. Inobstante, como o processo político encontra-se agora correlacionado com um projeto social constitucional desde os fundamentos de suas decisões, mais do que realizar o controle de constitucionalidade, tornou-se possível dizer que a jurisdição constitucional é responsável por resguardar a própria legitimidade do processo legislativo¹.

No entanto, responsabilidade atribuída ao Judiciário vem acompanhada de um problema, sobre a qual se debruça este trabalho: se a jurisdição constitucional é competente para controlar as decisões dos poderes representativos pelos parâmetros formais e substanciais estabelecidos pela Constituição, bem como proteger a subversão dos compromissos sociais constitucionais de maiorias parlamentares eventuais, garantindo a conformidade e legitimidade do legislador nos marcos constitucionais, o que controlaria a tomada de decisão dos próprios tribunais quando estes viessem a proferir suas decisões? Não existem meios institucionais cuja atribuição seja realizar o controle da racionalidade da decisão judicial e, mesmo que houvessem, isso apenas transferiria o locus do problema, o qual permaneceria intocado. Logo, se faz necessário pensar em abordagens alternativas, as quais permitam um controle da racionalidade do sujeito transcendendo as fronteiras da institucionalidade.

Assim, a hipótese desenvolvida é a de que, se não é produtor se pensar em um controle das decisões judiciais por meio de outros tribunais ou órgãos do Estado, a perspectiva deve se orientar por uma prestação de contas hermenêutica, ou seja, o processo de interpretação de um texto (legal ou não) pressupõe um horizonte compartilhado de sentido que permite o resgate das diferentes virtudes de uma moralidade política expressas nas práticas jurídicas ao longo do tempo. Há, portanto, um elo intersubjetivo que condiciona a interpretação em um determinado sentido. A intersubjetividade, como se pretende mostrar no terceiro capítulo, possibilita a existência de um sentido compartilhado no interior de uma comunidade de sujeitos, um senso comum sobre o qual se erige um processo solidário em torno de um projeto social a partir dos marcos constitucionais. Sem pretender ser definitivo ou abarcar a totalidade do fenômeno, solidariedade são vínculos intersubjetivos de co-percepção que evidenciam o entrelaçamento das vidas dos membros de uma comunidade política em torno de certas questões. A partir da abordagem gadameriana sobre solidariedade, o trabalho enfatiza a importância do jurídico ao incorporar por meio de um conteúdo moral crítico as

1 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido Processo Legislativo*. 3º ed. Rev. Atual. Ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016a. p. 128.

diferentes dimensões dos elos de solidariedade existentes, bem como articula esta proposição com a responsabilidade da jurisdição constitucional preservar um elevado grau de autonomia para o Direito.

Como objetivo geral da investigação, se procurou desenvolver uma abordagem teórica que possibilite pensar a jurisdição constitucional pelo ideal de solidariedade bem como pelo comprometimento com a realização do projeto de transformação social incorporado pela Constituição Federal de 1988. A pesquisa visa com isso esboçar um plano estruturante acerca da compreensão da jurisdição constitucional a partir da intersubjetividade, onde o que determina os critérios de correção de uma interpretação não se sucede a partir de métodos, mas da discussão envolvendo seus fundamentos, isto é, se estes mesmos fundamentos encontram respaldo em um todo íntegro e coerente de princípios. Sem o compartilhamento de sentido, pouco adiantaria se falar em justiça social, pois os sentidos ficariam à mercê da subjetividade individual, transformando a realização da Constituição em uma verdadeira torre de Babel, com cada um dos responsáveis por construí-la falando um idioma diferente e incompreensível para os demais, impossibilitando qualquer coordenação entre os envolvidos na concretização do programa constitucional.

Com base na problematização acima delineada se traçaram os seguintes objetivos específicos:

- 1) traçar um quadro geral do paradigma jurídico brasileiro pós Constituição de 1988, inquirindo as influências advindas do constitucionalismo da segunda metade do século XX e determinando as novas atribuições da jurisdição constitucional;
- 2) analisar o deslocamento do polo de tensão política dos Poderes representativos em direção ao Judiciário, mormente a partir do desempenho desta jurisdição constitucional pós constituição de 1988, bem como diferenciar os fenômenos ativismo judicial e judicialização da política;
- 3) a partir de um recorte temático envolvendo o positivismo jurídico, discutir como o conceito de discricionariedade (nevrálgico para a sustentação do ativismo judicial) foi sendo teoricamente aceito de ou deixado de lado como um problema secundário no interior do Direito;
- 4) desenvolver uma abordagem teórica apta e enfrentar o problema da discricionariedade, levando em consideração uma ideia de intersubjetividade apta a sustentar um ideal de solidariedade;
- 5) Traçar uma aproximação entre a solidariedade desenvolvida no tópico anterior sua relação com o Direito;

6) estabelecer o papel que a jurisdição constitucional pode desempenhar na realização desta solidariedade no Estado Democrático de Direito.

A curiosidade provocadora da pesquisa diz respeito ao problema da força normativa da Constituição em um contexto onde a Constituição estabelece um projeto de transformação social, indagação que no Brasil se torna crucial por conta do contexto de desigualdade e exclusão sociais aliadas a uma história política/institucional marcada por diversos regimes autoritários, os quais relegam à sociedade brasileira uma grande demanda pela efetivação de condições dignas de vida, bem como uma democracia material, não apenas formal. O presente trabalho se justifica na medida em que busca realizar um diálogo com teorias estrangeiras para um problema se faz premente na sociedade brasileira. Acrescente-se a isso o pouco destaque que a discussão ainda recebe, fazendo com que diversos juristas lancem-se aos braços de teorias alienígenas nem sempre adequadas ao paradigma constitucional brasileiro contemporâneo, fragilizando sobretudo o debate dentro e também fora da academia, pois a ausência de tal amparo compromete o exercício das profissões oriundas da carreira jurídica, as quais precisam estar alinhadas a um projeto político/constitucional ajustado aos problemas e peculiaridades sociais brasileiras.

A abordagem empreendida ao longo da investigação funda-se na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, onde o problema da compreensão ressurgiu a partir de uma nova perspectiva, já não calcada na filosofia da consciência moderna, mas por meio de um plano intersubjetivo de compartilhamento de sentido. Importante salientar a influência sobre o pensamento gadameriano da filosofia hermenêutica construída a partir da obra “Ser e Tempo” de Martin Heidegger sobre, responsável por operar na filosofia aquilo que Streck entende como giro ontológico-linguístico, pois a partir deste marco se procura recuperar no pensamento filosófico ocidental aquilo que a aristotélica-tomística e a modernidade acabaram ocultando: a questão do ser². A virada filosófica posta por ambos os autores alemães significará para a tradição reconhecer que o sujeito somente tem acesso ao mundo na medida em que possui uma compreensão prévia sobre este e a qual o método lógico-analítico não consegue chegar, de maneira que a enunciação assertórica predicativa somente seja possível na medida em que uma estrutura de sentido se antecipa à subjetividade³.

Para a hermenêutica filosófica, o compreender acontece por meio do diálogo, estruturado pela dinâmica de pergunta e resposta, onde a pergunta consiste na colocação de algo em suspenso e aberto enquanto diferentes projetos de sentido vão sendo contrastados até

2 STRECK, Lenio Luiz. **O que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?**. 4º ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a. p. 15

3 STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2º ed. Porto Alegre: EDIPUC, 2010. p. 19.

o desmascaramento daqueles que se mostram incompatíveis com aquilo que foi perguntado. Uma pergunta, portanto, envolve a confrontação de várias repostas que, por sua vez, somente ocorre com novas perguntas. A compreensão somente é possível quando o sujeito alcança o sentido da pergunta acerca do que investiga, isto é, o objeto já não é mais algo destituído de sentido a espera de um significado, mas algo que efetivamente interpela o sujeito, que o faz confrontar seus preconceitos a fim de saber quais são aqueles adequados ou não à coisa. Ao cabo, como resultado do diálogo, não se obtém uma apropriação do outro ou seu assujeitamento, mas algo inteiramente novo que sobrepuja o posicionamento inicial de cada um dos interlocutores⁴.

Assim, o modelo de metafísica do racionalismo dogmático que ignora a temporalidade humana e crê poder apanhar a realidade em sua completa transparência por meio de regras metódicas e princípios pré estabelecidos, resultando em um mundo totalmente seguro e compreensível, soçobrou. No fundo, nesse projeto metafísico moderno, "encontra-se a dificuldade de lidar e suportar a instabilidade da existência fenomenal, a finitude, isto é, seu caráter temporal⁵". Portanto, o "mundo" para tal metafísica somente pode ser um mundo puramente empírico e constatável quantitativamente, e o conhecimento desse mundo obtido com pretensões de atemporalidade, de validade universal. O preço cobrado às ciências humanas e sociais é a sujeição destas ao modelo das ciências exatas, buscando regularidades e princípios universais capazes de explicar seus fenômenos⁶. A hermenêutica filosófica se insurge contra o paradigma positivista na medida em que desacredita a ideia de "método" enquanto controle da racionalidade necessário e capaz de apresentar os fenômenos de maneira completamente transparente. No entanto, isso em hipótese alguma significa relativismo ou aposta em subjetivismos, mas antes o contrário: somente a partir da intersubjetividade inerente ao acesso ao mundo por parte dos sujeitos que se pode pensar em respostas corretas para o Direito. Justamente porque o sentido é compartilhado, intersubjetivo, que se podem buscar respostas as quais podem ser consideradas melhores do que outras. Nas palavras de Gadamer, "a primazia da pergunta para a essência do saber demonstra de maneira mais originária a limitação da ideia de método para o saber. [...] Não há método que ensine a perguntar, a ver o que se deve questionar"⁷.

4 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. 15^o ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 473-482.

5 ROHDEN, Luiz. A Metafísica Repensada a Partir da Tradição Fenomenológico-Hermenêutica. In: **Veritas**. Vol 58. N^o 2. Porto Alegre: 2013. p. 310.

6 ROHDEN, Luiz. A Metafísica Repensada a Partir da Tradição Fenomenológico-Hermenêutica. In: **Veritas**. Vol 58. N^o 2. Porto Alegre: 2013. p. 310.

7 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. 15^o ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 477.

Para o Direito, o reconhecimento da intersubjetividade torna-se de suma importância, pois permitiu a reaproximação entre realidades prática e teórica, afastadas pelo positivismo jurídico como condição para constituir um conhecimento jurídico estritamente científico, resultando em uma incapacidade para se resolver um dos problemas mais urgentes no Estado Democrático de Direito: a discricionariedade, isto é, a ideia de que o intérprete possui a liberdade de escolher a interpretação que pretende dar ao texto jurídico sem precisar prestar contas a nada ou ninguém sobre as razões de tal escolha. A partir da hermenêutica filosófica se percebe que com o compartilhamento do sentido por parte dos membros de uma comunidade é possível, e exigível, que haja uma prestação de contas hermenêutica sobre os fundamentos da decisão, pois a compreensão somente ocorre quando o sentido que se atribui a um texto não decorra de uma arbitrariedade, mas seja fruto de um diálogo onde o próprio texto interpela o sujeito a rever seus preconceitos a fim de identificar quais são aqueles adequados ou não para apanhar o sentido do texto em sua singularidade⁸. Com isso, a ciência do Direito deixou de se preocupar apenas com a descrição de enunciados jurídicos para se dedicar a problemas que até o positivismo jurídico ficavam relegados a questões de política judiciária: a correção das decisões judiciais, adquirindo o conhecimento jurídico um potencial crítico capaz de desconstituir arbitrariedades impetradas pela instrumentalização do Direito como uma mera racionalidade instrumental a serviço do poder político, mas antes ser pensado como a própria condição de possibilidade de uma democracia substancial na medida em que limita o agir político aos marcos de um constitucionalismo comprometido com a transformação do *status quo* social.

As técnicas de pesquisa utilizadas são a bibliográfica e a documental. A primeira delas se justifica em razão da necessidade do trabalho em estabelecer um quadro teórico apto a dirimir as diversas obras, teorias e teses envolvidas na discussão do problema em busca de uma resposta a ele. A segunda técnica se faz igualmente necessária na medida em que a pesquisa se debruça sobre o texto constitucional principalmente, mas também sobre a legislação e a jurisprudência.

Por fim, o método de procedimento será desenvolvido em três frentes: a primeira delas é a pesquisa histórica, investigando o passado das instituições visando verificar sua influência no presente; a segunda delas é o método comparativo, o qual objetiva estabelecer as diferenças e similitudes entre os diferentes grupos sociais, sociedades ou povos, permitindo explicar as influências que exercem uns sobre os outros, refinando a compreensão das

8 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. 15^o ed. Tradução de Flavio Paulo Meurer. Petrópoli: Vozes, 2015. p. 358.

instituições particulares; por fim, o método monográfico, que "consiste no estudo de determinados indivíduos, profissões, condições, instituições, grupos e comunidades, com a finalidade de obter generalizações"⁹.

O referencial teórico empregado se vale dos aportes de Maurizio Fioravanti e José Joaquim Gomes Canotilho para caracterizar o constitucionalismo pós Segunda Guerra Mundial bem como se vale das contribuições da Crítica Hermenêutica do Direito ao elaborar um quadro conceitual pelo qual o jurídico possa ser pensado intersubjetivamente. Desempenham importante papel conceitual ao longo do trabalho as teorizações de Lenio Streck para fornecer uma caracterização da jurisdição constitucional no constitucionalismo brasileiro contemporâneo, realçando a problematização envolvendo o deslocamento do polo de tensão política dos Poderes representativos em direção ao Judiciário devido aos *déficits* sociais em contraste com a materialidade constitucional. Também a partir desta abordagem se pretende constituir uma crítica ao ativismo judicial bem como ao positivismo jurídico, movimento teórico que jamais conseguiu dar conta da questão da discricionariedade, conceito que sustenta o ativismo judicial e que se mostra bastante prejudicial a uma democracia constitucional por colocar o Direito a mercê da subjetividade daqueles responsáveis por interpretá-lo/aplicá-lo.

Quanto à elaboração de um plano intersubjetivo de fundamentação e de um conceito de solidariedade, pode-se afirmar ser o pensamento de Hans-Georg Gadamer o principal ponto de referência para o trabalho, bem como as interlocuções de Jean Grondin, Ernildo Stein e Darren Walhof. Solidariedade, enquanto vínculo de co-percepção entre membros de uma comunidade política que reconhecem estar suas vidas entrelaçadas em determinadas questões é algo que necessariamente pressupõe uma intersubjetividade, um compartilhamento de sentido, o qual precisa também ser refletido no desempenho da jurisdição constitucional para que esta consiga realizar o papel constitucionalmente atribuído a ela de preservar a força normativa da Constituição frente a maiorias parlamentares eventuais e assim assegurar a legitimidade da própria atividade política, ponto no qual o trabalho se vale da construção conceitual de Ronald Dworkin sobre o Direito expressar um todo íntegro e coerente de princípios para pensar a possibilidade de respostas corretas que respeitem a autonomia do Direito e encontrem respaldo em uma concepção de solidariedade refletida pela Constituição.

O trabalho se estrutura em três capítulos, cada um traçando distintas dimensões da problemática discutida. O primeiro volta-se para a contextualização e exposição do contexto

9 LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 7º ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 90.

constitucional brasileiro contemporâneo, com o subcapítulo 1.1 procurando caracterizar o significado para o Direito brasileiro da promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual incorpora um conteúdo moral crítico que faz com que o jurídico se torne um meio apto e necessário para empreender um projeto de sociedade democrática comprometida com a realização dos direitos humanos e o respeito às vias democráticas de tomada de decisão política, destacando ainda a importância desempenhada pela jurisdição constitucional em assegurar a força normativa da Constituição diante de maiorias parlamentares. Neste cenário, o 1.2 trata de esclarecer a exigência de um elevado grau de autonomia assumido pelo Direito contemporaneamente, fazendo com que os argumentos pelos quais devam estar pautadas as decisões judiciais sejam de princípio e não outros de viés finalístico a fim de “otimizar” ou “corrigir” o Direito a partir de elementos a ele exógenos. Por fim, o subcapítulo 1.3 trata de expor as dificuldades postas ao desempenho da jurisdição constitucional a partir do ativismo judicial e da judicialização da política, pois no Estado Democrático de Direito o Judiciário, cada vez mais, é incitado a se manifestar sobre questões política e socialmente controversas, tensionando a relação entre os três Poderes acerca das competências constitucionais de cada um.

No segundo capítulo é aprofundada a problematização em torno da discricionariedade, conceito chave para compreender o ativismo judicial, a partir de um recorte das teorias positivistas do Direito. O subcapítulo 2.1 empreende uma caracterização de alguns postulados dos diferentes positivismos jurídicos para mostrar que, na ânsia por estabelecer uma ciência jurídica própria elaborando os conceitos-chave para a caracterização do Direito positivo, acabou se perdendo a preocupação no que diz respeito aos critérios de correção das decisões judiciais. Já o 2.2 procura mostrar que a discricionariedade é uma questão com o qual o positivismo jurídico não consegue lidar por conta de sua despreocupação em discutir os critérios de correção das decisões judiciais, preferindo se dedicar a uma caracterização meramente formal acerca da validade das normas jurídicas e, com isso, jamais conseguindo resolver por completo a questão da subjetividade no momento da interpretação. Ademais, o subcapítulo 2.3, através do debate envolvendo determinadas posturas institucionalizadas pela comunidade jurídica brasileira – especialmente a analogia e as súmulas vinculantes – procura realçar a insuficiência de propostas eminentemente procedimentais – metodológicas – para o desempenho do controle da racionalidade do sujeito, sendo ainda enfatizado que a tal desiderato somente pode ser concretizado por meio de um plano intersubjetivo de fundamentação que reconheça o compartilhamento de sentido por parte dos membros de uma mesma associação política.

Por fim, o terceiro capítulo busca delinear uma perspectiva intersubjetiva para a interpretação capaz de resgatar os vínculos de solidariedade incorporados pelo Direito. O subcapítulo 3.1 investiga as bases pelas quais é possível ser pensada a intersubjetividade, compreendida como compartilhamento de sentido que permite aos membros de uma comunidade poderem adotar uma postura dialógica em prol da realização de um projeto político comum estabelecido desde a Constituição. O subcapítulo 3.2 traça as linhas básicas para se pensar um conceito de solidariedade, expressando diferentes vínculos de intersubjetividade acerca de questões que evidenciam o entrelaçamento das vidas dos membros de uma comunidade política, vínculos que o Direito faz remissão ao incorporar uma moralidade política. Por derradeiro, o subcapítulo 3.3 articula a intersubjetividade com a ideia de moralidade incorporada pelo Direito para elaborar os traços fundamentais de uma teoria da decisão compatível com a realização da solidariedade por parte da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito e, ao mesmo tempo, apontar para uma postura anti-discrecionária no momento da interpretação do Direito.

1 COMPREENDENDO O QUE ESTÁ EM JOGO: A ATRIBUIÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL

A discussão inicialmente feita tem a finalidade de determinar o que mudou no contexto jurídico brasileiro após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e as consequências ocasionadas por estas transformações naquilo que diz respeito às atribuições da jurisdição constitucional. Se durante a ditadura civil-militar brasileira as apostas da teoria jurídica recaiam sobre a subjetividade do intérprete como compensação ao *déficit* democrático até então existente, com a redemocratização e os compromissos assumidos pelo Estado Democrático de Direito¹⁰ no sentido de transformação o *status quo* social é a própria legalidade que consubstancia o agir democrático das instituições. O enfoque, portanto, precisa ser deslocado para um âmbito intersubjetivo de fundamentação nos espaços de construção teórica e tomada de decisão por parte dos tribunais.

Isto é, o Direito já não pode mais ser visto como mera instrumentalidade, mas condição de possibilidade para a realização de uma democracia nos marcos constitucionais. O constitucionalismo democrático é (e deve ser) o pressuposto inafastável da jurisdição contemporânea, quer naquilo que diga respeito ao seu exercício, quer quanto a qualquer inflexão teórica dedicada a estudá-la. Entretanto, mesmo tal asserção se torna “oca” quando não se confere ao Direito, e à Constituição em especial, um elevado grau de autonomia, entendida aqui como a afirmação de que os sentidos não estão inteiramente à disposição do sujeito, pois a ele se antecipa um sentido compartilhado, passível de ser resgatado na história institucional de sua respectiva comunidade política. Os enunciados através dos quais se articula o mundo jurídico jamais devem ser vistos como algo simplesmente “dado” por meio das relações sígnicas presentes em sua composição, pois por trás do plano explicitativo existe um outro, hermenêutico, comum a todos os sujeitos, estruturante deste primeiro nível e condição de possibilidade para a existência de qualquer diálogo entre o intérprete e o texto.

10 Na definição de Morais e Streck, “O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o *democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica*. E mais, a ideia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência”. MORAIS, José Luis Bolzan de. STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 92-93.

Assim exposto, já se pode intuir que a transposição para um paradigma intersubjetivo de compreensão do fenômeno jurídico implica um compromisso conjunto de todo tecido social em realizar a transformação social estabelecida pela Constituição. Uma abordagem que reconheça ser o Direito uma construção social conjunta não pode permitir ao intérprete atribuir a si próprio a capacidade de corrigir o jurídico a partir de convicções pessoais sem também advertir-se do caráter autoritário e egoísta de sua interpretação. Toda a interpretação, seja ela judicial ou doutrinária, precisa se preocupar em realizar uma prestação de contas com o objetivo de mostrar sua adequação aos padrões de moralidade política (responsáveis por expressar a solidariedade no interior do Direito) incorporados por sua comunidade, mesmo quando seu sentido venha a ser controverso. Afinal, se cabe ao Direito tratar todos a ele subordinados como dignos de igual consideração e respeito¹¹, é preciso haver uma certa franqueza nos debates envolvendo sua aplicação no que se refere a possibilidade de buscar respostas corretas, e por isso o ativismo judicial, calcado na discricionariedade do intérprete é, no mínimo, problemático para se pensar a atuação legítima da jurisdição constitucional.

1.1 Constitucionalismo democrático no Brasil: marco jurídico para se pensar a atribuição da jurisdição constitucional na realização da justiça social

A Constituição Federal de 1988 inaugura para o Direito brasileiro um importante documento no processo de transição democrática do país. Ela também significou o ingresso do Brasil naquilo que vários autores vêm denominando por constitucionalismo democrático¹², o qual incorpora ao conteúdo constitucional um substrato moral guiado pelos direitos humanos não apenas em sua dimensão de liberdades negativas, incluindo, pois, direitos sociais e difusos que exigem uma atuação estatal positiva. A partir de então, o Estado brasileiro ganhou um papel central como agente promotor da democracia, assumindo um compromisso de transformação do *status quo* social através da programaticidade constitucional¹³. Naturalmente, tal configuração implica um novo olhar sobre o Direito e sua

11 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 81

12 Por todos: FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo** – Experiencias históricas y Tendencias Actuales. Tradução de Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2014. p. 120 *et seq.*

13 MORAIS, José Luiz Bolzan. STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 93.

situação em um espaço social onde já não se pode confiná-lo na condição de racionalidade instrumental.

Tais mudanças têm implicações importantes, pois a ideia de um Direito sujeito à política acabava possibilitando, e até assumindo como legítimo, a discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo, mesmo quando esses se pretendiam encabeçados pela soberania popular. Basta, para tanto, recordar as lições de Fioravanti sobre o ambiente político da Revolução Francesa, onde se almejava, diferentemente do constitucionalismo forjado nas treze ex-colônias inglesas na América, uma ruptura integral com o regime precedente, a monarquia, em prol da soberania popular como pilar da política local. No cenário francês, a tradição constitucionalista, fortemente vinculada ao controle do poder político pelo Direito, era vista com soslaio, uma vez que a nação, enquanto Poder Soberano detentor do poder constituinte, não poderia ser apenas a força originária da Constituição. O poder constituinte deveria ser exercido continuamente, entendia-se necessária a capacidade de uma contínua revisão das instituições, e o Legislativo, visto como representante do povo, era o âmbito privilegiado para fazer prevalecer esse ideal¹⁴. Nada mais avesso, como se percebe, à tradição constitucionalista, “una corriente de pensamiento encaminada a la consecución de finalidades políticas concretas consistentes, fundamentalmente, en la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de esferas de autonomía garantizadas mediante normas¹⁵”, na definição de Maurizio Fioravanti. Naturalmente, não é possível contemporaneamente almejar o retorno a uma discricionariedade política dos poderes constituídos por conta de uma pretensa soberania popular, sob pena de se colocar em xeque tanto as garantias mínimas para o exercício da cidadania estabelecidas pela Constituição, como igualmente o projeto de transformação social encabeçado pelo constitucionalismo dirigente e o Estado Democrático de Direito.

A importância de um Direito autônomo frente à política pode ser compreendida tomando-se em conta a nova dimensão assumida pelo princípio da igualdade no espaço do constitucionalismo democrático. Ao longo do século XIX, a hegemônica doutrina liberal sobre a concepção de Direito e Estado concebia a igualdade em um sentido eminentemente formal (isto é, igualdade perante a lei), não possuía, portanto, a aspiração de ser um pressuposto vinculante da lei, reduzindo-se a tarefa de uma aplicação correta e uniforme da legalidade. Uma agenda de transformação social através do Estado somente poderia se desenvolver quando assim dispusessem o Legislativo. Em outras palavras, uma extensão do

14 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución** – De la Antigüedad a Nuestros Días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2001, 82.

15 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo** – Experiencias históricas y Tendencias Actuales. Tradução de Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2014. p. 9.

princípio da igualdade às esferas civil e política era concebida como um problema eminentemente político, isto é, sujeito à discricionariedade daqueles que viessem a ocupar posições institucionais determinantes na tomada de decisão. No plano jurídico, a igualdade era vista somente como um problema de aplicação da lei, e não como um ideal de transformação social¹⁶.

Todavia, como o próprio Maurizio Fioravanti¹⁷ adverte, o que se encontra no meio, entre a política e o Direito, é justamente a igualdade como um princípio constitucional, algo impensável sob a égide de um Estado liberal. Assim, quando se lê no artigo 3º da Constituição Federal serem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a Construção de uma sociedade mais justa e solidária, erradicando a pobreza, a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos sem qualquer espécie de discriminação, se consegue vislumbrar no espectro político diretrizes que não são apenas promessas vagas oriundas dos jogos de poder ocorridos ao longo do processo constituinte. No atual estágio do constitucionalismo querem elas realizarem-se como normas jurídicas vinculantes de toda a prática Estatal. Essa expressão do constitucionalismo democrático consubstanciado pelo texto constitucional brasileiro faz desabar a separação entre o Direito e a política tal como entendida no período do Estado liberal. Igualdade “Ya no és mera retórica política o simple fantasia sobre la sociedad del futuro, sino un principio constitucional y por ello una norma jurídica”¹⁸. Neste contexto, duas são as alterações que desde então vem se produzindo na forma como a igualdade passou a ser compreendida:

La primera es la que ha hecho de ese principio un *principio constitucional*. Y las constituciones democráticas del siglo XX han puesto en el centro *la persona*, es decir un *quid pluris* respecto al sujeto de derecho abstracto, que tiene en cuenta la realidad de la vida en sociedad y sobre todo de las condiciones sociales, económicas y culturales que contribuyen a determinar su desarrollo. En este nuevo contexto, desconocido por el Estado liberal de derecho del siglo XIX, se lesiona el principio de igualdad no solo tratando de manera distinta a los iguales, sino también tratando de manera igual a los que objetivamente tienen distintas posiciones sociales, económicas y culturales. Por ello, la legislación del Estado democrático y social del siglo XX no puede referir-se enteramente al modelo revolucionario de la ley general y abstracta. Es necesario, por el contrario, que las distinciones que el legislador introduce respondan racionalmente a una causa y no sean fruto de la voluntad arbitraria. El control sobre la ley arbitraria es por ello uno de los principales pilares del actual control de constitucionalidad que, como tal, actúa por ello en una doble faceta: la que mediante la generalidad y la abstracción de la ley evita la construcción de privilegios concretos, pero también la que mediante una aplicación en sentido

16 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo** – Experiencias históricas y Tendencias Actuales. Tradução de Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2014. p. 118.

17 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo** – Experiencias históricas y Tendencias Actuales. Tradução de Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2014. p. 119.

18 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo** – Experiencias históricas y Tendencias Actuales. Tradução de Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2014. p. 119.

equitativo de la propia ley evita injusticias sustanciales, uniformidades que ignoran las diferencias¹⁹.

A segunda mudança substancial atribuída a igualdade se situa em uma esfera de supranacionalidade, isto é, o pertencimento dos sujeitos a um Direito supranacional pela simples condição de seres humanos, dotados de dignidade. No contexto europeu, ao qual se refere Fioravanti, talvez já esteja mais explícita esta nova dimensão do princípio da igualdade por conta da União Europeia²⁰. No entanto, também no Brasil ela se faz presente pela recepção aos tratados internacionais de direitos humanos insculpida no §2º do artigo 5º da Constituição Federal. Na verdade, a recepção seria devida mesmo sem o expreso reconhecimento por parte do texto constitucional, pois o vínculo entre direitos humanos e fundamentais é genético, isto é, a compreensão de um não prescinde do outro²¹. Com efeito, a noção de um Estado soberano centrado sobre si próprio começa, especialmente na segunda metade do século XX, a paulatinamente ceder em prol do Direito internacional, pois ao pretender-se democrática, a estatalidade precisa assumir compromissos com determinados conteúdos os quais já não estão à sua disposição²². Em uma sociedade cada vez mais globalizada, a cidadania paulatinamente vai desatrelando-se da figura do Estado em direção ao cosmopolitismo de um cidadão global. Contudo, a atividade estatal ainda desempenha função central como promotora da inclusão por meio, especialmente, de políticas públicas, e sobre ela ainda recaem as cobranças acerca da realização da Constituição²³. Em suma, não já se pode pensar em Estados soberanos como entidades indiferentes aos anseios internacionais, embora seja a figura estatal ainda de suma importância para a promoção das promessas constitucionais não cumpridas.

Mas o que foi retratado acima é um longo caminho, pois o constitucionalismo nascido no século XX foi resultado da convergência entre duas tradições constitucionalistas, as quais formam as bases do Estado constitucional²⁴. A primeira, o modelo do constitucionalismo radical instituído na França durante a Revolução, tinha como primeiro princípio a continuidade e a incontestabilidade da soberania popular e, portanto, via com maus olhos a

19 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo** – Experiencias históricas y Tendencias Actuales. Tradução de Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2014. p. 127.

20 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo** – Experiencias históricas y Tendencias Actuales. Tradução de Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2014. p. 128.

21 FERREIRA, Rafael Fonseca. **Internacionalização da Constituição** – Diálogo Hermenêutico, Perguntas Adequadas e Bloco de Constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 298.

22 MORAIS, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 28.

23 MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e Cidadania: Por uma Jurisdição Constitucional Democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 28-30.

24 JULIUS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em Tempos de Globalização**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 22.

possibilidade de limitação da vontade geral através de uma Constituição. O processo constituinte não se limitava a uma assembleia de representantes, porém um poder continuamente atuante que flexibilizava a Constituição para tornar fácil sua reforma sempre que o poder soberano (o povo) assim entendesse necessário. Ademais, Fioravanti agrega como um segundo princípio fundamental do constitucionalismo radical seu ideal de transformação da sociedade, cuja realização percorre um caminho onde o ponto de chegada é um modelo social idealizado pela própria Constituição²⁵. O problema se dá pela grande influência exercida pelo pensamento de Rousseau, especialmente sua obra “O Contrato Social”, para quem existe uma impossibilidade de o poder soberano (o povo) se autolimitar, fazendo com que a flexibilidade constitucional empiricamente se tornasse nada mais do que a sujeição da Constituição às contingências políticas de cada momento. Como se percebe, o Direito já não gozava de nenhuma autonomia na concepção radical de constitucionalismo²⁶.

O segundo modelo a que se refere Fioravanti na emergência do constitucionalismo democrático estava mais centrado na experiência de controle do poder político. Diferentemente do que se passou na França revolucionária, não era pretensão nos Estados Unidos transformar a ordem social vigente, e sim estabelecer uma nova ordem política, a fim de evitar que tanto o rei quanto o parlamento, viessem a abusar de suas prerrogativas, ideal que mais tarde veio a consubstanciar-se na doutrina do *judicial review*, pela qual era atribuição do Poder Judiciário revisar os atos do Legislativo e Executivo que encontrassem-se em desconformidade com a Constituição. No entanto, a tradição constitucional norte-americana procurou reduzir ao mínimo a intervenção pública, pressupondo uma sociedade autorregulada por meio das relações privadas entre seus cidadãos. Renunciava então a qualquer função diretiva da vida social que o constitucionalismo pudesse pretender²⁷.

Tanto para Fioravanti quanto para Julius-Campuzano, o constitucionalismo democrático forjado no século XX se sucede pela convergência das tradições francesa e norte-americana. Desta última, toma sua dimensão garantista contra as inflexões realizadas pelas contingências políticas, o que significa uma rigidez e supremacia constitucionais diante do poder legiferante e da vontade majoritária, pavimentando caminho para o desenvolvimento dos tribunais constitucionais na Europa. Da primeira, retoma o projeto de soberania popular,

25 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo** – Experiencias históricas y Tendencias Actuales. Tradução de Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2014. p. 78.

26 JULIUS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em Tempos de Globalização**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 2-23; FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo** – Experiencias históricas y Tendencias Actuales. Tradução de Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2014. p. 81.

27 JULIUS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em Tempos de Globalização**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 24-26.

impulsionando a participação cidadã na esfera pública²⁸, já não entendida como um poder incontestável e ilimitado diante da Constituição. Não obstante, recupera também da tradição radical o ideal de transformação da sociedade por meio da materialidade constitucional. Diferentemente do que se passa com o modelo norte-americano, onde o absentismo estatal é pedra de toque, o constitucionalismo democrático do século XX estabelece um compromisso de realização da justiça social, isto é, de transformar o *status quo* por meio de direitos sociais fundamentais estipulados desde a Constituição e que vinculam toda a atividade política, institucional e jurídica²⁹.

Ainda tomando em consideração a doutrina de Julius-Campuzano³⁰, o constitucionalismo democrático vem expresso pela afirmação de três dimensões: 1) rematerialização da Constituição, conforme ela passa a incorporar critérios materiais de justiça, fazendo com que a validade deixe de ser considerada sob um aspecto eminentemente formal, ou seja, já não basta a observância de determinado procedimento para se assegurar a validade de uma norma, é preciso também sua conformidade com a substancialidade das decisões políticas tomadas desde a Constituição por meio de suas normas programáticas; 2) dissociação entre vigência e validade, consequência direta da anterior conforme o legicentrismo característico do Estado liberal foi dando lugar à supremacia e força normativa da Constituição, e por isso a simples existência de uma norma no mundo jurídico não implica diretamente sua validade, adquirida somente quando em conformidade com a materialidade constitucional e 3) a aposta por modelos constitucionais rígidos, com o intuito de proteger a Constituição de constantes reformas devido às contingências políticas pelas quais a sociedade civil esteja passando.

Ademais, cresce a importância do controle de constitucionalidade. A ideia de supremacia constitucional, já esboçada pelo constitucionalismo estadunidense no seu processo

28 Por esfera pública, se entende aqui, junto com Avritzer e Costa, que se trata de um espaço que emerge entre a esfera privada e o Estado nas sociedades mercantis modernas do século XVII, espaço este caracterizado pela discussão livre e racional do exercício da autoridade política. Por a burguesia ser “a primeira classe governante cuja fonte de poder é independente do controle do Estado e que se localiza no nível privado [...] renuncia ao exercício direto do governo, reivindicando, contudo, o direito de ter conhecimento do que faz o Estado. Tal demanda serviu, assim, para conferir um caráter público às relações entre Estado e sociedade. Isto é, como resultado da reivindicação por parte da burguesia da prestação pública de contas, emergiu uma esfera constituída por indivíduos que buscam submeter decisões da autoridade estatal à crítica racional. AVRITZER, Leonardo; COSTA, Sérgio. Teoria Crítica, Democracia e Esfera Pública: Concepções e usos na América Latina. In: **DADOS** – Revista de Ciência Sociais. Rio de Janeiro: 2004. p. 707.

29 JULIUS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em Tempos de Globalização**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 28-29; FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo** – Experiencias históricas y Tendencias Actuales. Tradução de Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2014. p. 81.

30 JULIUS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em Tempos de Globalização**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 30 *et seq.*

revolucionário, o qual havia experienciado as mazelas da discricionariedade do Poder Legislativo por meio da tributação imposta pelo parlamento inglês e considerada abusiva pelos então colonos³¹, não encontrava o mesmo respaldo no ambiente europeu da virada do século XVIII para o XIX, não estranhando o fato de alguns autores enfocarem ser a Constituição no velho mundo mais um documento de organização da vida pública de um dado Estado do que propriamente o alicerce do sistema jurídico³². No entanto, a Europa veria a emergência das Cortes constitucionais no século XX, sendo Hans Kelsen seu mais conhecido idealizador, concebendo sua doutrina com base na estrutura judiciária continental fazendo com que o modelo kelseniano (ou concentrado) de controle de constitucionalidade apresente particularidades em relação ao estadunidense³³.

Logo, a ideia de Constituição dotada de força normativa era cada vez mais sensível no âmbito doutrinário. Se ao longo do século XIX o legicentrismo do Estado liberal, bem como o caráter eminentemente organizatório das forças políticas da Constituição, fazia bastante influente argumentos como os de Ferdinand Lassale, para quem os fatores reais de poder eram efetivamente os responsáveis por ditar uma Constituição “real” que se sobrepunha à constituição escrita, ou simplesmente “formal”, sempre que esta viesse a contrariar aquela³⁴; no século XX, com o desenvolvimento da jurisdição constitucional na Europa e a incorporação de um conteúdo moral crítico pelo constitucionalismo consolidado desde o término da Segunda Guerra Mundial, era preciso uma posição menos fatalista em relação ao Direito e ao seu potencial emancipador.

Daí o reconhecido impacto da defesa de uma “força normativa da Constituição” realizada por Konrad Hesse, quem acertadamente percebeu que um efeito determinante exclusivo da Constituição “real” de Lassale era a própria negação de uma “Constituição jurídica”, deixando a cargo do estudo do Direito constitucional a ingrata tarefa de meramente justificar as relações dominantes de poder. A tese de Hesse é de a Constituição possuir uma pretensão de eficácia, a qual não pode ser separada das condições históricas “que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas”³⁵. Mas o decisivo é o fato de a pretensão de eficácia da Constituição ser um elemento autônomo em relação a estas condições sociais, o que significa não serem as

31 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7º ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 58.

32 DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na Vida dos Povos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 309-310.

33 KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão, Maria Ermantina Galvão e Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 299 *et seq.*

34 LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 5º ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 17-33.

35 HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais de Direito Constitucional**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 125-128.

normas constitucionais mera expressão da relação de forças dentro de um determinado país, pois a Constituição visa também “imprimir ordem e conformação à realidade social e política”, ou seja, a Constituição tem um significado próprio, e consegue ter força normativa conforme logre realizar sua pretensão de eficácia³⁶. Naturalmente, afirmar a normatividade constitucional não significa ser a Constituição um projeto autorrealizável. A concorrência da vontade humana se faz necessária, um comprometimento em transformar em força ativa a materialidade constitucional, substituindo a vontade de poder por aquilo que Hesse chama de “vontade de Constituição” por parte dos integrantes de uma comunidade política, mormente suas autoridades, diretamente responsáveis pelo cumprimento dos desideratos constitucionais³⁷.

Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade³⁸.

A supremacia e força normativa da Constituição e a ascensão da jurisdição constitucional, significaram a conquista para o Direito de um grau de autonomia jamais alcançado anteriormente. Autonomia quer dizer que o Direito possui um sentido passível de ser resgatado junto às práticas de uma determinada comunidade. A Constituição passa então a realizar aquilo que Marcelo Neves³⁹ chama de acoplamento estrutural entre jurídico e os demais sistemas sociais (política, economia e moral, para mencionar apenas alguns). Ou seja, a política ainda desempenha um papel central na condução da sociedade, todavia, suas decisões somente são tidas como juridicamente válidas e legítimas quando respaldadas pela institucionalidade expressa pelo Direito, o que implica a conformidade do poder político à substancialidade incorporada pelo constitucionalismo democrático. Não há, logo, qualquer espaço para discricionariedades por parte das instituições, pois todas elas devem um *accountability* de sua atuação ao Direito.

36 HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais de Direito Constitucional**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 129-130.

37 HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais de Direito Constitucional**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 132.

38 HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais de Direito Constitucional**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 133.

39 NEVES, Marcelo. **Constitucionalização Simbólica**. 3º ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 65-66.

Aqui também adquire importância a doutrina da constituição dirigente de José Joaquim Gomes Canotilho, pois a Constituição portuguesa de 1976 encontrava resistência por parte da doutrina lusitana mais conservadora por conta de seu conteúdo programático e dirigente. Defendia-se, então, a existência de duas Constituições, a liberal, que estabelecia as regras de organização do poder político e as garantias e direitos fundamentais do país (direitos entendidos somente como liberdades negativas, isto é, sem a participação estatal na promoção de uma sociedade mais igualitária) e outra Constituição socialista, tida como autoritária porque pretendia retirar do legislador o poder discricionário de conduzir a vida política do país⁴⁰. A preocupação de Canotilho era a de que o novo constitucionalismo nascente no contexto lusitano viesse a padecer com o mesmo problema enfrentado pela Constituição de Weimar, isto é, o demasiado arraigamento às doutrinas liberais do Direito que faziam as disposições constitucionais instituidoras de prestações por parte do Estado serem vistas como meramente “conselhos” ao Poder Legislativo⁴¹ e, por isso, destituídas de caráter normativo⁴².

[...] opor democracia a Estado de Direito Material, pensando-se que basta assegurar as regras do “jogo democrático” - o processo - para, posteriormente, se conquistar a “justiça”, ou identificar democracia com liberdade incondicional do legislador, é abrir caminho para a redução das leis a simples produtos da organização de domínio[...].

Eis outra “proposição” ou “tese” nuclear deste trabalho: *a programática de uma constituição dirigente, democraticamente fixada e compromissoriamente aceite, aspira tornar-se a dimensão visível de um projecto de justo comum e de direção justa*⁴³.

Ora, para Canotilho, falar em uma discricionariedade do legislador coloca em jogo todo o conteúdo programático e dirigente, resultado da incorporação de conteúdos materiais pela Constituição. Portanto, também a atividade parlamentar se encontra vinculada aos compromissos constitucionais desde sua fundamentação, de modo que a “vinculação constitucional implica a determinação positiva dos actos legislativos pelas normas constitucionais”⁴⁴. Assim, já não se pode falar em legalidade destituída de um substrato

40 GUEDES, Néviton. Prefácio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 7.

41 Um exemplo dessa resistência ao constitucionalismo democrático no começo do século passado no cenário alemão por conta do imaginário legicentrista ainda hegemônico é dado pelo próprio Canotilho, quando, ao defender a tese de núcleo duro dos direitos fundamentais, menciona esta ter surgido por “parte da doutrina da Constituição de Weimar ter considerado que, ao não existir uma cláusula expressa de intangibilidade do núcleo, os direitos fundamentais eram fórmulas vazias perante a proclamada vinculação do legislador a esses direitos” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade** – Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. 2º ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 85-86).

42 GUEDES, Néviton. Prefácio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 7.

43 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador** – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 21-22. Grifos no Original.

44 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador** – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p.

constitucional que lhe dê validade sob o ponto de vista material, além do aspecto processual ou formal, com a mera observância dos procedimentos institucionais para a tomada de decisão por parte dos Poderes constituídos. A vinculação do legislador ultrapassa os limites dos problemas de validade e incorpora também questões relativas à própria legitimidade da legislação, pois partindo-se do pressuposto de uma Constituição democraticamente promulgada e comprometida com a transformação do *status quo*, é seriamente questionável a possibilidade de qualquer atividade estatal fora dos quadros da legalidade constitucional. A doutrina do constitucionalismo “já não pode ser somente doutrina do governo limitado, senão também a doutrina dos deveres de governo, como o caso dos direitos sociais em relação ao valor constitucional de igualdade a promover e realizar⁴⁵”.

Se a Constituição incorpora um conteúdo moral crítico desde o começo do século passado, deve-se saber sobre do que trata esta moral. Todavia, tal indagação somente consegue resultados frutíferos quando enfrentada através de um paradigma filosófico que consiga levar em consideração a intersubjetividade e, outrossim, tenha como pressuposto ser o mundo uma realidade compartilhada pelos sujeitos. Com efeito, desde já precisa ficar claro o prejuízo causado pela teoria do Direito à própria democracia quando a primeira deixa de se preocupar com o problema da legitimidade, pois é condição de possibilidade da segunda a realização da justiça social em prol de um acesso mais igualitário aos meios materiais de existência em países onde as desigualdades sociais são historicamente marcadas pela segregação e a formação de castas políticas. A Constituição brasileira vai precisamente no sentido de reverter o quadro social brasileiro em prol de uma cidadania cada vez mais encarada sob o ponto de vista material, ou seja, transcende os limites das liberdades civis e do direito a participação eleitoral ativa ou passiva em direção ao acesso a uma qualidade de vida digna. Sem a historicidade para contextualizar o cenário brasileiro, a Constituição perde sua capacidade de “constituir algo”, e se torna um texto “dado”, o qual simplesmente “paira” sobre a realidade.

Somente [...] percebemos a Constituição “como” Constituição quando constatamos, por exemplo, que os direitos sociais somente foram integrados ao texto da Constituição exatamente *porque a imensa maioria da população não os tem, ou seja, a linguagem introdutória dos textos relativos aos direitos sociais surge exatamente a partir de “sua” falta*; A Constituição é, também, desse modo, a própria ineficácia da expressiva maioria de seus dispositivos; percebemos, também, que a Constituição não é somente um documento que estabelece direitos individuais, sociais, e coletivos, mas, mais do que isso, ao estabelecê-los, a *Constituição coloca a lime a sua ausência*, desnudando as mazelas da sociedade⁴⁶.

249. Grifos no Original.

45 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 112-113.

Neste contexto desempenha papel fundamental aquele efetuado pela jurisdição constitucional, responsável por, através do controle de constitucionalidade, impedir que o Direito perca sua autonomia frente aos influxos políticos. Hans Kelsen atribuía o papel de “guardião da Constituição” a uma Corte, não integrante de nenhum dos três poderes, composta especificamente para efetuar o controle de constitucionalidade, pois Kelsen entende ser “indubitável que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia – na totalidade ou em parte – o exercício do poder e que, portanto, possui, primordialmente, a oportunidade e o estímulo para vulnerá-la⁴⁷”. Seu temor, todavia, viria a concretizar-se quando a Constituição austríaca de 1920 fora emendada nove anos mais tarde, alterando a forma de composição do Tribunal Constitucional com seus respectivos ministros já não mais eleitos pelo parlamento, porém indicados pelo Poder Executivo, criando uma dependência política que pouco conseguiria oferecer resistências à anexação da Áustria pelos nazistas nos anos subsequentes⁴⁸.

A jurisdição constitucional, de todo modo, passou a desempenhar um papel central na tradição constitucionalista ao longo do século XX, não mais se restringindo ao espaço norte-americano. A Constituição brasileira de 1988 segue este corolário ao instituir um amplo sistema misto de controle de constitucionalidade, absorvendo influências tanto do modelo difuso norte-americano quanto do modelo concentrado europeu, além da institucionalização de ações cujos efeitos são capazes de extrapolar os limites impostos pela doutrina do “legislador negativo” atribuída às Cortes constitucionais, isto é, ao lado das tradicionais garantias processuais (mandado de segurança e *habeas corpus*) e da ação direta de inconstitucionalidade, vislumbram-se também medidas como o mandado de injunção, quando a ausência de norma regulamentadora torna inviável o exercício de algum direito fundamental, bem como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, quando a força normativa de alguma disposição constitucional for colocada em jogo por conta da inércia dos poderes representativos em editar norma regulamentadora. Mais ainda: diferentemente do que ocorria antes de 1988, quando apenas o procurador-geral da república detinha legitimidade para propor as ações de controle concentrado de constitucionalidade, o amplo rol elencado pelo artigo 103 da Constituição Federal permite uma maior participação da sociedade civil em

46 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 171. Grifos no original.

47 KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão, Maria Ermantina Galvão e Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 240.

48 KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão, Maria Ermantina Galvão e Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 306-307.

provocar o Supremo Tribunal Federal a se manifestar sobre a constitucionalidade das decisões tomadas pelos demais Poderes⁴⁹.

A ampliação do rol de legitimados para a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade, embora seja muitas vezes vista como algo trivial ou até mesmo um fator de complicação para o funcionamento do Supremo Tribunal Federal – especialmente considerando as restrições de pertinência temática que a Corte impôs a alguns dos legitimados por meio de desenvolvimento jurisprudencial –, tem como “causa” uma das mais caras garantias à democracia no Brasil: a autonomia do judiciário frente a política. Ao longo da ditadura civil-militar brasileira, o controle difuso de constitucionalidade aparecia como um potencial empecilho para a consolidação do regime, uma vez que era dificultoso um controle sobre toda a estrutura do Poder Judiciário. Por isso, o modelo concentrado foi utilizado como mecanismo “para não deixar dúvidas” quanto a validade das leis, decretos e atos institucionais que eram do interesse do governo, além de ser facilmente manipulável, pois o único legitimado para propor ações era o procurador-geral da república, indicado pelo presidente. Como consequência, a composição do Supremo Tribunal Federal fora mais de uma vez manipulada para garantir ser a maioria dos ministros alinhados ideologicamente com o regime⁵⁰, o qual passava a dispor inteiramente do mais importante meio de controle de constitucionalidade da legislação. A crise mais conhecida desencadeada por tal configuração foi, sem dúvidas, a entrada em vigência do Ato Institucional de número 5. Na ocasião, a oposição (MDB), pretendia atacar a referida medida por meio de sua declaração de inconstitucionalidade, mas para isso dependia do procurador-geral da república, que não levou adiante tal pretensão. Não obstante, o próprio Supremo Tribunal Federal viria também a se posicionar a favor da decisão tomada pelo *parquet*, pois era ele quem detinha exclusividade para desempenhar a tarefa de provocar o tribunal sobre a constitucionalidade de qualquer ato do governo⁵¹.

Mais do que realizar um controle de constitucionalidade das leis, a jurisdição constitucional após 1988 passou a ser também a garantidora da legitimidade do próprio processo legislativo. Conforme o constitucionalismo dirigente vincula a atividade legiferante desde os fundamentos desta, a questão de controlar a discricionariedade do legislador é igualmente um problema enfrentado pelos tribunais. Existe, portanto, um papel contramajoritário assumido pelo Judiciário a partir da jurisdição constitucional estreitamente

49 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; Coelho, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1205-1206.

50 VILLA, Marco Antonio. **A História das Constituições Brasileiras**. São Paulo: Leya, 2011. p. 98.

51 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; Coelho, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1205.

relacionado com a capacidade de o Direito conseguir preservar sua autonomia frente aos influxos oriundos de maiorias parlamentares.

[...] é preciso deixar assentado que os dois dogmas em que tradicionalmente se baseava a contestação à legitimidade da justiça constitucional – soberania do parlamento e separação dos Poderes – deixaram de ter, em grande medida, correspondência na realidade político-constitucional contemporânea. De um lado, a soberania do parlamento e da intangibilidade e onipotência do legislador parlamentarário perdeu definitivamente terreno em favor da concepção da soberania e supremacia da Constituição e do caráter constituído e subordinado do Poder Legislativo, bem como da convicção de que o princípio da maioria não equivale à prepotência nem pode traduzir-se na imunidade do Poder Legislativo e do Executivo perante as violações da lei fundamental. A soberania do parlamento cedeu lugar à supremacia da Constituição. O respeito pela separação dos Poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantado pela prevalência dos direitos dos cidadãos em face do Estado. A ideia base é a de que a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada pela Lei Fundamental. O Poder constituído por natureza derivado, deve respeitar o poder constituinte, por definição, originário⁵².

Contudo, ao assumir um papel tão fundamental no atual contexto democrático, calcado na Constituição, deve-se indagar acerca dos limites da jurisdição constitucional. Se a discricionariedade tornou-se inconcebível por parte do Legislativo, ela tampouco pode estar à disposição do Judiciário. No atual estágio do constitucionalismo, o protagonismo assumido pelos tribunais com a judicialização da política e ativismo judicial impõe à comunidade jurídica novas formas de pensar no controle das decisões judiciais. A preocupação de apenas descrever o Direito, característica do positivismo jurídico, foi paulatinamente dando lugar a uma teoria jurídica comprometida em estabelecer critérios de controle da subjetividade do intérprete. Se por um lado não há isomorfia entre texto e Direito, isto é, os enunciados não são suficientes para dar conta da realidade a qual o jurídico pretende regular, por outro, as vias doutrinárias que apostam no ativismo judicial esquecem-se do risco de esvaziamento da força normativa da Constituição perante um subjetivismo sem esteios por parte das autoridades públicas.

Aqui se percebe a deficiência ocasionada pelo paradigma positivista do Direito, pois uma de suas pedras de toque é precisamente a separação entre validade e legitimidade decorrente da preocupação de descrever o sistema jurídico, e não se deter sobre como ele deve ser. Nada mais teoricamente refratário para tentar compreender o atual estágio do constitucionalismo e, conseqüentemente, do próprio jurídico em sociedades democráticas. Sob esta matriz não havia intersubjetividade e, portanto, ao se falar em moral, somente se poderiam referir os diferentes sistemas morais empiricamente verificáveis em um contexto social. Por isso, juristas como Austin, Kelsen e Bobbio viam como até como desejável a tese

52 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 116.

da separação (entre moral e Direito), pois do contrário se estaria atribuindo legitimidade a decisões políticas por elas simplesmente revestirem-se com as qualidades do Direito. Avaliar o problema da legitimidade do sistema jurídico era, portanto, uma tarefa relegada à ciência política, a qual pouco conseguiria produzir havendo em consideração a pluralidade de ideias presentes em um ambiente democrático⁵³.

Sob a perspectiva que se pretende trabalhar aqui, se reconhece que o Direito tem algo a dizer, carrega consigo uma tradição hermenêutica condicionante da atividade interpretativa. Se os diferentes positivismos que estruturaram o pensamento jurídico ao longo dos dois últimos séculos calcavam-se em uma monologia (sujeito-objeto), a pretensão de qualquer aporte que reivindique ser pós-positivista ou não positivista precisa adotar como pressuposto a intersubjetividade possibilitadora do diálogo entre o sujeito e sua tradição. Por não conseguir superar a filosofia da consciência, o positivismo jurídico sempre buscou ser uma abordagem eminentemente descritiva dos aspectos mais fundamentais de qualquer sistema jurídico. Os problemas relativos à aplicação concreta do Direito por parte das autoridades e, especialmente, pelos magistrados, foram colocadas de lado como questões de política jurídica⁵⁴, ou problemas para os quais não seria possível por parte do conhecimento científico estabelecer uma única resposta correta por conta da tessitura aberta da linguagem, como pretendia Hart⁵⁵.

Com o protagonismo assumido pelo Poder Judiciário⁵⁶ no Estado democrático de Direito por meio da jurisdição constitucional e tudo aquilo que ela veio a representar (proteção da força normativa da Constituição, especialmente dos direitos sociais fundamentais e controle da legitimidade da atividade legislativa), reconhecer a discricionariedade judicial como uma fatalidade ou deixar de fora da ciência do Direito a preocupação com a busca por respostas corretas são postulados que precisam ser repensados. Afinal, a Constituição é o

53 STRECK, Lenio Luiz. **O que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?**. 4º ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a. p. 65.

54 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8º ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 393.

55 HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. 2º ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 123.

56 Por protagonismo judicial se entende um gênero no qual estão incluídos tanto a judicialização da política – fenômeno contingencial nas sociedades contemporâneas no qual demandas sociais são direcionadas ao Poder Judiciário, ocasionando um deslocamento do polo de tensão política dos Poderes representativos em direção aos tribunais – e o ativismo judicial – entendido aqui como uma postura por parte dos membros da magistratura de se atribuírem um poder discricionário no momento da decisão jurídica. É precisamente esta duplicidade entre ativismo e judicialização da política o que faz o Poder Judiciário assumir uma posição de destaque no Estado Democrático de Direito, e precisamente por essa razão se faz necessária a reflexão acerca dos limites constitucionalmente estabelecidos a este poder e os meios pelos quais se pode controlar a racionalidade do intérprete para que este preste contas de sua decisão jurídica, algo incompatível com qualquer viés discricionário. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 47.

padrão objetivo do justo de uma comunidade política⁵⁷ justamente porque estabelece o alicerce sobre o qual se estrutura política e juridicamente toda uma sociedade, somente possível quando os diferentes sujeitos que a integram conseguem compartilhar sentido, conseguem estabelecer um diálogo com aquilo que o Direito tem a dizer. Por isso a necessidade de se falar em autonomia para o Direito, para que ele não se torne algo assujeitável e conseqüentemente uma mera racionalidade instrumental a serviço do poder moral, político ou econômico.

Como o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro adota uma formulação mista, isto é, com os caracteres tanto do modelo concentrado europeu quanto do difuso estadunidense, essa preocupação com o controle da interpretação/aplicação do Direito se expressou por meio da institucionalização das súmulas vinculantes e a promulgação do novo código de processo civil, o qual determina ser dever dos tribunais decidir respeitando a estabilidade, coerência e integridade do Direito. Contudo, aqui também se percebe a confusão existente dentro da própria doutrina brasileira acerca do caminho a ser seguido. Enquanto a súmula vinculante aposta em uma abordagem metodológica, pela qual o juiz deve apenas realizar a subsunção do enunciado sumular ao caso concreto, coerência e integridade do Direito são expressões concebidas por Ronald Dworkin, jurista avesso a qualquer tentativa de resolver os problemas jurídicos a partir de métodos subsuntivos porque defende ser o Direito um conceito interpretativo⁵⁸.

A conquista de autonomia por parte do Poder Judiciário frente a política, bem como a ampliação do acesso às ações de controle concentrado de constitucionalidade são marcas históricas no âmbito do constitucionalismo brasileiro. E também por isso se faz preciso pensar na forma como a jurisdição constitucional deve ser exercida, pois do contrário, pode ocorrer fenômeno inverso, isto é, a colonização da política pelo Direito, retirando a cidadania de uma esfera pública de discussão em direção aos tribunais. Ingeborg Maus já advertia para o perigo de o Judiciário se tornar o “superego” da sociedade, alimentando uma relação de dependência moral popular em relação àquilo que é decidido no interior das Cortes, as quais se tornam

57 “Quando a Constituição é legítima e justa, ela contém os princípios e as diretrizes que permitirão solucionar os conflitos respeitando os direitos e a dignidade de cada um e fazendo prevalecer a justiça. A solução não será ditada pela força de alguma das partes ou por um arbitrário sentimento de justiça de quem tiver o poder de decidir. Sendo legítima e autêntica, a Constituição será o padrão objetivo do justo”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 55. É preciso enfatizar, no entanto, que a noção de algo “objetivo” não quer dizer completamente externo e alheio ao sujeito, sua conotação, no contexto desta dissertação remete a incapacidade de haver linguagem privadas, uma vez que, como o mundo é articulado por meio da linguagem, ela é sempre algo de domínio público, e seu sentido é, portanto, sempre compartilhado.

58 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2º ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 81.

instâncias autoritária de tomada de decisão política⁵⁹. O problema da decisão judicial tornou-se inarredável no Estado Democrático de Direito, pois a discricionariedade e o ativismo judicial colocam em jogo uma conquista central para as democracias pós Segunda Guerra Mundial: a autonomia do Direito, que garante a capacidade de o jurídico se insurgir diante das investidas dos poderes político, econômico e moral. Como a Constituição estabelece um verdadeiro projeto de sociedade a ser alcançado, o qual naturalmente se constitui a partir da juridicidade, o ataque à capacidade de o Direito conseguir dar suas próprias respostas é um dos principais recursos dos quais lançam mão aqueles que querem impor um projeto social distinto do constitucional. Um Judiciário que se pretenda democrático deve assumir a responsabilidade por preservar esta autonomia frente aos diferentes discursos que tentam impor suas diretrizes e objetivos ao Direito.

Contudo, também o positivismo jurídico reivindicava uma autonomia para o Direito, calcada sistematicidade dos próprios enunciados jurídicos, especialmente por meio da teoria do ordenamento jurídico. Nesta concepção estava implícita uma preocupação eminentemente epistemológica de construir uma área do conhecimento diferenciada e independente das demais, estritamente voltada a estudar o Direito enquanto objeto. O subcapítulo seguinte tratará então de estabelecer algumas precisões teóricas quanto ao que se está referindo quando se defende uma autonomia para o Direito nos marcos do atual constitucionalismo, pois é essa a base conceitual necessária para ser possível compreender no que consiste o ativismo judicial e, subsequentemente, a discricionariedade assujeitadora presente nos quadros teóricos juspositivistas.

1.2 Autonomia do Direito como pressuposto da solidariedade através do jurídico

Quando se considera existir um compromisso internacional de proteção dos Direitos Humanos refletidos no interior dos Estados democráticos com o reconhecimento dos direitos fundamentais, os quais passam a ser também elemento estruturante de uma determinada organização política e não apenas compromissos de limitação do poder estatal, bem como a existência de conteúdos constitucionais que visam guiar normativamente a atividade legislativa e executiva, cláusulas pétreas e um amplo sistema de controle de

59 MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade – O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *In: Novos Estudos*. Nº 58. São Paulo: Cebrap, 2000. p. 190

constitucionalidade envolvendo tanto os modelos difuso e concentrado, cabe indagar se o Direito não adquiriu um elevado grau de autonomia. Tomando como ponto de partida as considerações de Castanheira Neves sobre o assunto, percebe-se que a questão da autonomia do Direito já era uma preocupação de um jusnaturalismo formal iluminista, mas mais fortemente caracterizado na teoria pura do Direito e o neopositivismo jurídico contemporâneo⁶⁰. Nessa perspectiva inicial, referir que o jurídico possuía autonomia significava concebê-lo como um sistema normativo dotado de abstração e logicamente interligado, pelo qual somente as interações lógicas entre seus elementos são capazes de fornecer assertivas plenamente corretas sob uma perspectiva exclusivamente jurídica. “O jurídico não é agora o mundo de soluções normativas para problemas práticos concretos, [...] para ser antes um sistema normativo prescrito, que já em si mesmo e previamente define sua unidade”⁶¹. Como se percebe, a tentativa de autonomizar o Direito como realidade subsistente terminava também por isolá-lo do mundo prático, visto somente como um problema de aplicação a casos particulares de enunciados gerais e abstratos. Consagrava-se então uma espécie de dualismo no interior do mundo jurídico, pelo qual se conhece o Direito exclusivamente por meio de suas normas, e sua aplicação em uma etapa posterior, na qual, naturalmente, não poderiam haver espaços para criação, pois do contrário o sistema normativo pressuposto já não seria completo ou inteiramente definido. Por isso também a popularidade assumida pelos métodos no interior da comunidade jurídica ao longo do tempo, mormente a subsunção.

A ideia de uma autonomia vinha garantida pela sistematicidade dos enunciados jurídicos, mais especificamente naquilo que Bobbio popularizou como uma teoria do ordenamento jurídico⁶². Resolviam-se os problemas de interpretação em abstrato, por meio da própria sintática da construção dos enunciados ou por meio das conhecidas técnicas de resolução de antinomias: cronológica (*lex posteriori derogat priori*); hierárquica (*lex superior derogat inferiori*) e de especialidade (*lex specialis derogat generali*)⁶³. Todavia, ao cabo de tais possibilidades reconhece Bobbio que estes critérios não são suficientes para

60 É muito provável que o professor lusitano se refira a este primeiro modelo de autonomia do Direito como um tipo ideado, isto é, um modelo por ele pensado para explicar uma série de postulados teóricos por meio de algumas características de movimentos jurídicos diversos. Isso porque seria bastante complexo, para dizer o mínimo, pensar ser possível subsumir vertentes tão distintas quanto o jusracionalismo iluminista, a teoria pura do Direito e o neopositivismo em um único marco, seja devido aos seus respectivos contextos, seja devido a particularidades suas, muitas das quais antagônicas.

61 NEVES, António Castanheira. **O Direito Hoje e com que Sentido?** - O Problema Actual da Autonomia do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 25.

62 BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3º ed. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 186 *et seq.*

63 BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3º ed. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 250-253.

resolver todas as possibilidades de aplicação de uma norma. Nestas hipóteses, adverte que só cabe confiar na liberdade do intérprete em definir seu sentido, podendo-se falar inclusive em um verdadeiro poder discricionário para apreciar as circunstâncias e conveniências da escolha de qualquer das técnicas hermenêuticas consolidadas no âmbito jurídico⁶⁴.

Castanheira Neves então deixa clara a razão da concepção primeira de autonomia do Direito haver ruído: o distanciamento entre razões prática e teórica provocava um engessamento do jurídico diante da fluidez da realidade social que não conseguia ser resolvido pelo expediente das “lacunas” ou “cláusulas gerais”⁶⁵. Assim, ganha força no espaço da teoria jurídica o funcionalismo jurídico, pelo qual o Direito é visto como instrumento de forças externas que o submetem a suas finalidades. O funcionalismo foi consequência da própria cultura europeia forjada no seio da modernidade, a qual enfatizava o devir, a fluidez das coisas, em oposição ao pensamento clássico, visto como demasiadamente apegado a categorias estáticas⁶⁶. No espaço da história das ideias, a noção de devir que ganha força na modernidade se reflete em um pensamento englobante que vê as coisas como não apenas mudando, “mas também evoluindo sempre para algo novo e diferente”⁶⁷. Para Baumer, o devir é conceito nuclear para compreender o que denomina por “espírito moderno”, e já podia vinha se enraizando no pensamento europeu nos séculos XVI e XVII, fomentado pela revolução científica e a descoberta do Novo Mundo pelas Grandes Navegações⁶⁸.

Ainda nas trilhas de Baumer, o enfoque moderno sobre o devir aliado a crença cada vez maior na razão humana como fundamento do conhecimento e o abandono gradativo da ideia de história tal como concebida pelos clássicos – isto é, a história já não como um ciclo, porém uma linearidade, como uma sucessão de eventos – impulsionava um imaginário de “progresso” da humanidade, possível de ser construído graças ao desenvolvimento gradativo da técnica e da própria interferência do ser humano em seu ambiente⁶⁹. Como assevera Castanheira Neves, o mundo se tornou moralmente neutro, regido pelo princípio da causalidade, passível de ser alterado e construído para proporcionar maior bem-estar ao ser humano. Assim, “as categorias da acção e do comportamento em geral (pessoal ou

64 BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3º ed. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 257.

65 NEVES, António Castanheira. **O Direito Hoje e com que Sentido?** - O Problema Actual da Autonomia do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 29-30.

66 NEVES, António Castanheira. **O Direito Hoje e com que Sentido?** - O Problema Actual da Autonomia do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 31-32.

67 BAUMER, Franklin L. **O Pensamento Europeu Moderno Volume I** – Séculos XVII e XVIII. Tradução de Maria Manuela Alberty. Lisboa: Edições 70, 1990a. p. 37.

68 BAUMER, Franklin L. **O Pensamento Europeu Moderno Volume I** – Séculos XVII e XVIII. Tradução de Maria Manuela Alberty. Lisboa: Edições 70, 1990a. p. 38.

69 BAUMER, Franklin L. **O Pensamento Europeu Moderno Volume II** – Séculos XIX e XX. Tradução de Maria Manuela Alberty. Lisboa: Edições 70, 1990b. p. 91.

institucional) deixaram de ser as do bem, do justo, da validade (axiológica material), para serem as do útil e da funcionalidade, da eficiência, da *performance*⁷⁰. É sob esta ótica que o Direito se tornará eminentemente uma racionalidade instrumental, ou seja, um meio apto para se alcançar determinados fins, estipulados pelo processo político. Não há espaço para que o jurídico adquira autonomia frente aos influxos dos demais sistemas sociais, seu conteúdo está sempre a disposição, mormente do legislador, e sua capacidade de fornecer respostas próprias fica bastante limitada. Não obstante, isso cobra um preço: a noção de Direito como mero instrumento restringe suas possibilidades de contenção do abuso de poder político.

Somente na segunda metade do século XX, ao término da Segunda Guerra Mundial, que se percebe no cenário internacional que determinados pressupostos civilizatórios não podem ser negociáveis. A dignidade humana, a liberdade e os demais princípios e direitos elencados pela Declaração Universal de Direitos Humanos estabelecem um marco inicial do processo pelo qual o Direito irá readquirir sua autonomia, já não mais estruturada a partir de um sistema normativo autorreferente, porém fundada sobre um núcleo elementar de proteção do ser humano a partir de suas dimensões mais sensíveis, inclusive diante do poder da economia capitalista, onde a desigualdade é sempre pressuposta. É esse compromisso internacional de proteção da humanidade o *locus* privilegiado para se buscar compreender o que significa um Direito autônomo contemporaneamente. Não para menos que Owen Fiss infere ser a autonomia do Direito expressa como um compromisso com a realização da justiça, entendida pelo autor estadunidense como a expressão das práticas cotidianas dos valores públicos que constituem uma sociedade a partir do jurídico⁷¹, o qual é, então, o âmbito privilegiado para defesa dos direitos humanos.

Tanto Fiss quanto Castanheira Neves reconhecem ser hoje a autonomia do Direito uma questão central para a defesa dos direitos humanos. Deve-se enfatizar que esta nova autonomia já não é a mesma defendida pelo positivismo jurídico e o jusracionalismo, como alude o jurista lusitano. Embora ainda seja importante a ideia de sistematicidade no interior do Direito, ela, por si só, se faz insuficiente para garantir um lastro hermenêutico para a atribuição de sentido por parte do intérprete. Não bastam considerações preocupadas eminentemente com problemas de sintaxe para garantir segurança democrática no processo decisório. Mesmo quando o intérprete diz estar se valendo de métodos como subsunção ou leituras sistemáticas das normas jurídicas com a finalidade de aclarar o máximo possível o

70 NEVES, António Castanheira. **O Direito Hoje e com que Sentido?** - O Problema Actual da Autonomia do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 35.

71 FISS, Owen. A Autonomia do Direito. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Constituição e Crise Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 62.

sentido de um enunciado, algo fica de fora se não ocorre uma devida recuperação histórica das práticas institucionais que endossam ou refutam uma determinada norma jurídica. Na verdade, pode-se dizer ser a autonomia do Direito “primeva” demasiadamente restrita ao que a filosofia hermenêutica denomina como *logos apofântico*⁷².

A primeira pista desta limitação vem dada pelo próprio Castanheira Neves, quando infere ser a concepção de autonomia do Direito primeva demasiadamente engessada em contraste a uma dinamicidade social cada vez mais intensa⁷³. Definitivamente a sintática e a semântica não são bastantes para abarcar todas as questões requerentes de respostas jurídicas. Essa insuficiência decorre de uma cisão inconciliável entre mundos prático e teórico. Para esclarecer melhor esse ponto deve-se novamente recorrer à Kelsen: o declínio das vertentes objetivistas do positivismo jurídico, especialmente a jurisprudência dos conceitos, já enunciava claramente esse problema de insuficiência ôntica dos enunciados, isto é, os códigos e as leis jamais conseguiriam dar conta de regularem a complexidade social apenas por meio de sua textualidade. Por isso se recorriam a métodos ou mecanismos exógenos ao Direito para que fossem colmatadas as “lacunas” deixadas pela legislação⁷⁴. Kelsen, ciente desse ecletismo epistemológico que começava a se instaurar na teoria jurídica de seu tempo, procurou purificá-la das demais ciências ao justamente retirar a interpretação do âmbito da ciência do Direito⁷⁵.

Criava-se assim uma dualidade: de um lado, o conhecimento teórico do Direito, eminentemente dedicado a descrever o conteúdo dos enunciados normativos qualificados como jurídicos de maneira neutra, sem qualquer juízo e valor sobre a justeza ou não do conteúdo jurídico por parte do investigador e; de outro, a aplicação ou interpretação do Direito, onde a simples descrição do que os enunciados jurídicos diziam nem sempre era suficiente para dar conta daquilo que a complexidade social exigia. Em outras palavras, a razão prática, isto é, saber como aplicar corretamente uma norma jurídica diante da factualidade concreta, não era preocupação da teoria do Direito, mas de política judiciária. Kelsen, a partir seu dualismo teórico, deu conta do problema que pretendia resolver: garantia

72 Sobre essa restrição ao *logos apofântico*, especialmente por parte do positivismo jurídico: STRECK, Lenio Luiz. **O que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?**. 4º ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a. p. 86 *et seq.* Sobre a distinção entre *logos* hermenêutico e apofântico: STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2º ed. Porto Alegre: EDIPUC, 2010. p. 29-30.

73 NEVES, António Castanheira. **O Direito Hoje e com que Sentido?** - O Problema Actual da Autonomia do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 29-30.

74 OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Hermenêutica e Ciência Jurídica: gênese conceitual e distância temporal. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. 2º ed. Rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 42.

75 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8º ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 393.

um estatuto científico ao Direito por meio da razão teórica e, simultaneamente, proteger a “pureza” desta mesma cientificidade ao colocar fora dela a questão da interpretação, onde o problema de buscar respostas corretas era frequentemente acompanhado por considerações ideológicas, sociais e psicológicas da parte dos juristas contemporâneos ao austríaco. Em uma última síntese: Kelsen não estava preocupado com respostas corretas na aplicação do Direito nos limites de sua teoria⁷⁶.

A segunda pista da insuficiência de uma autonomia do Direito entendida no primeiro sentido (positivista) vem dada pelo próprio conteúdo programático e dirigente insculpido no constitucionalismo pós Segunda Guerra Mundial. Se o mesmo constitucionalismo possui as virtudes de instituir um compromisso de transformação do *status quo* social, é preciso fazer a indagação sobre como garantir sua autonomia frente a legislação infraconstitucional, para que não haja aquilo que Gomes Canotilho denomina como “legalização da Constituição”, ou um preenchimento de baixo para cima⁷⁷. Novamente aqui se percebe o equívoco de uma “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”, instituindo a analogia, os “costumes” e os “princípios gerais do Direito” como fontes jurídicas, pois assim, somente se obtém a legalização da constituição ou, como lembra Streck, sua codificação⁷⁸, pois são metodologias diretamente relacionadas ao problema das “lacunas”, coisa que o próprio *caput* do artigo 4º da referida lei deixa claro, sem se tratar de mero acaso no entanto. O problema das lacunas é, na verdade, o problema da razão prática no interior do Direito, isto é, saber qual a aplicação justa ou correta de suas normas. Ao recorrer a expedientes como a analogia a legislação brasileira deixa clara a marca de um excessivo apego ao plano explicitativo por parte da comunidade jurídica brasileira, em detrimento do *logos* hermenêutico, possibilitador de qualquer solidariedade.

O descuido com o plano hermenêutico do sujeito impossibilita a conquista de uma efetiva autonomia do Direito, uma vez que este *logos* é responsável por constituir um *a priori* compartilhado, ou ainda, uma estrutura prévia de sentido pela qual todas as pessoas conseguem ter acesso ao mundo⁷⁹. Em outros termos, compreender algo pressupõe sempre a existência de uma pré-compreensão, um certo “patrimônio de ideias prévio” sobre o que seja

76 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5º ed. Rev. Mod. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2014b. p. 35-37.

77 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador** – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 409.

78 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 10º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 141.

79 STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2º ed. Porto Alegre: EDIPUC, 2010. 32-36.

este algo, ainda que de maneira irrefletida, por parte do sujeito⁸⁰. Assim, já não se pode falar mais de um “grau zero de sentido” do qual parte aquele que investiga um objeto, um ponto de neutralidade que possibilita ao sujeito se abstrair de si próprio, pois seus preconceitos são fundamentais para a compreensão de algo. Para a hermenêutica filosófica isso não significa que alguém possa simplesmente dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa” porque o faz com base em seus preconceitos. Hans-Georg Gadamer, o grande responsável pela reabilitação dos preconceitos na filosofia, adverte que o sujeito precisa tomar consciência de seus pré-juízos para que as coisas possam vir a fala, isto é, mostrarem-se em sua alteridade. Exige-se que os pré-juízos sejam eles mesmos enfrentados, colocados à prova, para que se possa saber quais deles são autênticos, mais adequados para compreender um determinado objeto, sob pena de este ser assujeitado aos pré-juízos inautênticos carregados pelo intérprete⁸¹.

Eis o ponto nevrálgico: expedientes como subsunção e analogia não servem para advertir o sujeito de seus pré-juízos, e tampouco para orientá-lo em conhecer quais deles são ou não autênticos. Assim, quando se defende no Direito a subsunção do fato concreto ao enunciado legal, nada mais faz o intérprete do que julgar de acordo (e no conforto) de seus preconceitos irrefletidos. Quando a subsunção não é suficiente, nos chamados *hard cases* pela doutrina, se percebe com maior clareza o descuido de parcela da comunidade jurídica brasileira com o plano hermenêutico, pois se recorrem novamente a expedientes metodológicos (analogia e ponderação) ou conceituais (costumes e princípios gerais do Direito). Em termos mais singelos, um “*hard case*” somente ocorre quando os preconceitos irrefletidos do intérprete já não proveem uma interpretação confortável, seja por conta de ambiguidades, vagezas ou considerações de ordem material, como critérios de justiça e equidade. O dever que se coloca ao intérprete é rever seus pré-juízos, confrontá-los com a história institucional da comunidade jurídica na qual está situado, para saber quais deles são autênticos ou não. Muitos dos métodos trazidos pela doutrina (ponderação, analogia), bem como as chamadas técnicas de interpretação (gramatical, teleológica, sistemática, histórica) muito pouco podem fazer nessa empreitada, trabalham em um plano eminentemente explicativo, isto é, com os enunciados já estabelecidos, e portanto não servem para colocar a prova os preconceitos do intérprete, senão para revesti-los como metódicos. Como adverte Miozzo, não há um critério para definir quando se está diante de um *hard* ou *easy case*⁸²,

80 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 10^o ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 250-251.

81 GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Tradução de Benno Dischinger São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 187-188.

82 MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação Jurídica e Criação Judicial do Direito** – de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014. p. 27.

quem dita esta escolha são os preconceitos, mesmo quando inadvertidos, nas abordagens eminentemente metodológicas.

Como já referido, o Direito tem algo a dizer, possui um conteúdo próprio ligado aos direitos humanos nos Estados democráticos. Sua autonomia não se sucede através de métodos, e sim por meio de seus princípios. Estes são os responsáveis por resgatar a tradição hermenêutica do Direito, blindando-o contra os influxos de seus predadores exógenos (economia, moral e política os mais conhecidos) e endógenos (discricionariedade judicial, uso precário da jurisdição constitucional e o senso comum teórico dos juristas)⁸³. Esclareça-se desde já: princípios não são entendidos aqui apenas como mandados de otimização ou comandos teleológicos, mas como um argumento que retoma historicamente as práticas institucionais que venham a expressar em sua melhor luz a moralidade política de uma dada comunidade. Eles impõe aquilo que Dworkin denomina por responsabilidade política dos juízes, a qual exige das autoridades políticas tomem somente as decisões que possam justificar no âmbito de uma teoria política que igualmente justifique outras decisões as quais se proponham tomar⁸⁴.

Não se tem a pretensão de defender a tradição acriticamente ou uma espécie de tradicionalismo⁸⁵. No entanto, não se pode afastar a ideia de que uma devida compreensão dessa mesma tradição seja condição de possibilidade para que o fenômeno se mostre em sua alteridade. Novamente, o papel que os preconceitos desempenham ajuda a esclarecer a proposta aqui desenvolvida: a tradição condiciona os pré-juízos do sujeito, na medida em que ele, como já dito, não se situa em um grau zero de sentido. No entanto, são estes mesmos pré-juízos que permitem o acesso ao mundo, a questão a saber quais deles são ou não adequados para a compreensão de algo. Tradição deve ser entendida como condição de possibilidade. É ela quem fornece os preconceitos do sujeito, quem deve procurar enfrentá-los para saber

83 STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “Letra da Lei” é uma Atitude Positivista?. *In: Novos Estudos*. Vol. 15. nº 1. Itajai: Univali, 2010. p. 164.

84 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 137.

85 Não se está pensando aqui em uma tradição definida. Para a hermenêutica filosófica a ideia de tradição está muito mais ligada ao trabalho que a história exerce e vai sendo tramado sobre a compreensão. Tradição, portanto, não é algo objetivável, nas palavras de Grondin, mas algo que imperceptivelmente condiciona a compreensão por meio de um patrimônio de ideias que o sujeito herda de seu contexto histórico, isto é, seus preconceitos. Quando se refere à necessidade de resgatar a tradição para uma devida compreensão dos fenômenos, se está querendo dizer que o intérprete deve procurar (re)conhecer seus preconceitos para conseguir contemplar quais são mais adequados para permitir que aquilo que está sendo estudado possa “vir à fala” em sua alteridade. Como se percebe, a hermenêutica filosófica não se estrutura verticalmente do sujeito em direção ao objeto, mas horizontalmente por meio do diálogo que permite ao objeto possuir uma certa autonomia em relação ao sujeito, pois os sentidos já não se encontram à disposição deste. Neste sentido: GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de Marcos Marciolino. São Paulo: Parábola, 2012. p. 69.

quando são autênticos ou inautênticos. Como se percebe, a subjetividade não morreu, apenas já não assujeita as coisas, as respeita em sua alteridade.

O problema da afirmação de tal pressuposto teórico passa não só pelas resistências teóricas do positivismo jurídico – corrente para a qual o Direito é uma racionalidade instrumental, apesar de postular uma autonomia para o jurídico no primeiro sentido a que se aludiu com Castanheira Neves – como também pelos influxos de um mercado globalizado, cada vez mais dinâmico, o qual vê com bons olhos a flexibilização dos espaços jurídicos em prol da aceleração e facilitação das transações financeiras internacionais. Encabeçado pelo neoliberalismo, o funcionalismo retorna, e a ideia de um Direito sujeito aos interesses do mercado – por meio de sua otimização econômica dos interesses envolvidos nos processos de tomada de decisão – ganha nova força. Claro que a preservação das condições de liberdade para empreender e a proteção ao patrimônio privado são elementos centrais para compreender a sociedade ocidental de hoje e, embora o Direito forneça guarida ao mercado, é preciso enfatizar, como faz Fiss⁸⁶, ser esta guarida contingencial. O jurídico não se encontra a serviço do capital como mecanismo de otimização. Embora possa eventualmente assim proceder, somente o faz (ou deve fazer) na medida em que tais diretrizes são compatíveis com seu conteúdo próprio, e mais especificamente com a proteção dos direitos humanos, inclusive os de natureza social, cultural e ambiental.

Isso se verifica muito bem por meio da doutrina de Eros Grau: o fato de a Constituição brasileira de 1988 haver incorporado como fim a erradicação da pobreza e marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, inciso III), determinar que a propriedade deverá atender a sua função social (artigo 5º, inciso XXIII) e prever um rol de direitos sociais não significa socialismo, antes o contrário, se reconhece ser o regime econômico adotado pelo Estado brasileiro precisamente o capitalista, mormente quando se refere ao valor social que a própria livre iniciativa desempenha (artigo 1º, inciso IV) ao mesmo tempo em que se garante a propriedade privada como um direito fundamental (artigo 5º, inciso XXII)⁸⁷. A adoção do capitalismo como modelo econômico sob hipótese alguma pode significar a sujeição do Direito à maximização do capital. O conteúdo programático e dirigente da Constituição Federal impede que o legislador tome caminhos que contrariem as diretrizes de transformação do *status quo* social mesmo quando estas venham a colidir com o que seria mais proveitoso sob a ótica da economia.

86 FISS, Owen. A Autonomia do Direito. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Constituição e Crise Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 60.

87 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: Interpretação e Crítica. 8º ed. Rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 232.

E calha aqui registrar que ao se defender uma autonomia para o Direito no sentido aqui proposto, não há a pretensão de isolamento do jurídico diante dos demais sistemas sociais e ramos do conhecimento humano. Não se trata aqui de pretender advogar um dualismo entre Direito e economia ou justiça social e economia. Seria demasiado simplório pensar ser possível alcançar qualquer objetivo social simplesmente substituindo a economia pelo Direito. Na verdade, existe um diálogo entre ambos os campos do conhecimento bem como entre os respectivos sistemas sociais aos quais se dedicam a estudar. Todavia, a hipótese aqui sugerida vai na direção de que, uma vez institucionalizada uma decisão através do jurídico, não é possível valer-se da economia como elemento corretivo *a posteriori* do Direito, pois a decisão pressupõe sempre um processo deliberativo democraticamente respaldado, seja por meio de eleições diretas, seja pelo debate difuso instituído na esfera pública de uma dada comunidade. Claro que a decisão tomada pode ser revertida subsequentemente (seja por meio de uma nova lei ou emenda à Constituição), todavia é preciso atentar para estes mesmos procedimentos de tomada de decisão, sobre qual é a autoridade competente para institucionalizá-la e se a nova decisão mostra-se constitucional em seu conteúdo. Como se percebe, o diálogo vem sempre mediado pela Constituição, a qual, para se valer dos termos da teoria dos sistemas, realiza o acoplamento estrutural entre o Direito, a política e a economia⁸⁸.

E tal não é sem consequências, posto que, assim sendo, ele [Estado] se mantém vinculado às *dores e delícias de ser o que é*. Um projeto estatal que se vê confrontado com a finalidade de transformar a sociedade, sobretudo na perspectiva da inclusão social, como projeto político-constitucional, e de outro lado, delimitando as proteções, resguardos e salvaguardas impostos por uma economia capitalista que, não mais podendo excluir totalmente, estabelece limites às possibilidades de concretização de um tal projeto. Ou seja, vive-se sobre a dualidade: política de inclusão vs. economia de exclusão ou, no limite, de semi-inclusão⁸⁹.

Autores como Pisarello defendem que ao incorporar compromissos de transformação social, o constitucionalismo radical foi a primeira expressão jurídica não civilista da solidariedade na medida em que propugnava pela erradicação de toda e qualquer estratificação, expressando um ideal de fraternidade pela realização da igualdade⁹⁰. Todavia, tal assertiva se mostra refratária ao constitucionalismo democrático que, embora expresse esses mesmos compromissos de transformação social, precisa conviver com uma economia capitalista. Tampouco a solidariedade pode ser pensada como algo unidimensional, como

88 NEVES, Marcelo. **Constitucionalização Simbólica**. 3º ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 65-66.

89 MORAIS, José Luiz Bolzan de. O Estado e Seus Limites – Reflexões Iniciais Sobre a Profanação do Estado Social e a Dessacralização da Modernidade. **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. LXXXII Coimbra: Universidade de Coimbra, 2007. p. 579. Grifos no original.

90 PISARELLO, Gerardo. Solidariedad e Insolidariedad em el Constitucionalismo Contemporáneo: Elementos para una Aproximación. In: **Revista de Estudios Sociales**. N° 46. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2013. p. 87-88.

apenas almejar um modelo de sociedade mais igualitário, sendo mais apropriado falar em solidariedades já que diversos podem ser os elos intersubjetivos que revelam a correlação entre as vidas dos membros de uma comunidade política. Para Walhof⁹¹, generalidades como dignidade humana ou linguagem não possuem, por si sós, a capacidade de desenvolver um vínculo suficientemente forte entre pessoas para que estas efetivamente se importem com as vidas umas das outras. Tampouco estes vínculos precisam ser criados, pois já estão pressupostos nas diversas articulações, políticas ou não, desempenhadas socialmente. A solidariedade, como será melhor aprofundado no terceiro capítulo, é antes algo que precisa ser trazido à percepção dos sujeitos evidenciando o entrelaçamento mútuo de suas vidas a partir de determinadas questões, como a ambiental e a desigualdade social, sendo uma tarefa da política impulsionar estas percepções.

Quanto ao Direito, embora ele não seja capaz de criar solidariedade, sem dúvidas pode incorporá-la por meio da moralidade política que adota e que encontra expressão em sua Constituição. Eis a importância de se reconhecer para o Direito um elevado grau de autonomia, pois sem ela as expressões da solidariedade incorporadas pelo Direito se perdem em prol do subjetivismo do intérprete, dos desideratos de otimização econômica, da conveniência política ou então do moralismo. Defender que o Direito tenha autonomia é almejar que ele seja capaz de dar respostas próprias, não no sentido em que o positivismo jurídico e o juraracionalismo pretendiam, através somente da sintática e da semântica, pois contemporaneamente se agrega ao jurídico um forte conteúdo moral fundado nos direitos humanos e consubstanciados pela Constituição. Entenda-se bem: não se pretende negar a importância que a ideia de sistematicidade desempenha para uma devida compreensão do Direito, mas de inferir que ela, tomada por si só, não é o bastante para garantir ao jurídico sua autonomia, seja por conta de a realidade não caber totalmente no interior de um ordenamento normativo, descambando assim na discricionariedade percebida tanto em Norberto Bobbio quanto em Hans Kelsen, seja pelas novas exigências de uma teoria do Direito cada vez mais comprometida com seu conteúdo, sempre mediado pelos direitos humanos.

Para se recuperar o sentido da Constituição deve-se empreender o resgate da história institucional, ou melhor, de seus fundamentos. Como muito bem esclarece o jurista espanhol Gregório Peces-Barba Martínez, uma aproximação aos direitos fundamentais eminentemente preocupada, desde um ponto de vista dogmático, a descrever suas fontes, garantias e técnicas de proteção, desacompanhada da recuperação de suas origens e fundamentos, somente

91 WALHOF, Darren R. Friendship, Otherness, and Gadamer's Politics of Solidarity. In: **Political Theory**. Vol. 35. N° 5. Thousand Oaks: Sage Publications, 2006. p. 575.

consegue mostrar o “para quê”, porém não o “porquê” de haverem direitos fundamentais. Nas palavras do professor espanhol, esse “desinterés por la fundamentación se puede convertir em confusión de la función con la fundamentación, cuando se vacía de contenido a los derechos y se les reduce a una técnica de control social⁹²”, Direito como mera técnica que paga tributos ao funcionalismo que se pretende enfrentar aqui.

Há, portanto, um elo genético entre o Direito democraticamente constituído e os direitos humanos. E por autonomia do Direito deve ser entendida a capacidade que o jurídico possui de fornecer resposta próprias de acordo com o conteúdo moral que institucionalmente o orienta por meio de sua principiologia. É, portanto, condição de possibilidade para a consolidação de qualquer Estado Democrático de Direito ou solidariedade no espaço jurídico. Por tal motivo a mera técnica apenas assujeita o jurídico aos ditames contingenciais da política e da economia, colocando em jogo decisões sensíveis para a emancipação e, conseqüentemente, para própria justiça social. Neste contexto se vislumbra a importância assumida pela jurisdição constitucional, pois como deve ser o Judiciário o Poder contramajoritário, é ele próprio o responsável por assegurar a autonomia do Direito frente as investidas políticas realizadas por maiorias eventuais na tentativa de institucionalizar decisões que venham a colocar em xeque a substancialidade democrática incorporada pelo jurídico. Logo, posições doutrinárias que aceitam a discricionariedade, quando não o próprio ativismo judicial, como modo de democratizar o Direito, nada mais fazem do que tentar enfrentar o positivismo jurídico por meio daquilo que o caracteriza: a racionalidade instrumental.

Somente se consegue levar a cabo qualquer projeto a partir da solidariedade quando se consegue estabelecer uma elo intersubjetivo entre os membros de uma comunidade política, os quais devem compartilhar sentido para possibilitar o entendimento entre si. Muito mais do que uma discussão envolvendo contemporâneos, o diálogo entre os membros entre os membros de comunidade transcende o presente e se enraíza na história, na tradição hermenêutica pressuposta em todas suas práticas políticas e jurídicas, e os princípios são os rastros necessários para o resgate da tradição hermenêutica no interior do Direito que, por isso deve reivindicar sua autonomia, afinal, ele tem algo a dizer. Sem a intersubjetividade, o Direito, bem como qualquer outro projeto político, se torna uma verdadeira Torre de Babel, com cada um dos responsáveis por erigi-la falando uma linguagem privada distinta. Logo, reconhecer o papel desempenhado pelo sentido (ou senso) comum possibilita a existência do entendimento entre diferentes sujeitos acerca de uma mesma coisa, permitindo aos

92 MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Madri: Dykinson, 2004. p. 30.

participantes de um debate recorrerem àquilo que não pode ser demonstrado metodologicamente, enfraquecendo a participação cívica dos indivíduos conforme fragilize sua percepção de convivência em uma mesma realidade, de como muito bem apontou Damiani⁹³.

A discricionariedade política através dos Poderes Legislativo e Executivo não é o único problema a ser enfrentado pela autonomia do Direito, uma vez que também o Judiciário mostrou ao longo da história ser responsável pelo assujeitamento do jurídico. Ingeborg Maus⁹⁴, ao rememorar a experiência alemã no começo do século XX, pontua que a tensão existente entre vinculação à legalidade e independência dos tribunais terminaria por corresponder à própria dissolução do parlamentarismo instituído pela Constituição de Weimar. A desconfiança da magistratura em relação aos poderes políticos constituídos era anterior a 1919 e foi em boa medida uma herança do império alemão: a remuneração dos juízes vinha sendo paulatinamente reduzida em relação aos militares e demais funcionários públicos ao mesmo tempo em que crescia a influência do parlamento em face da jurisprudência, mormente com a promulgação do código civil no ano 1900. Vendo seu prestígio regredindo social e funcionalmente, crescia no imaginário judicial a defesa de uma independência maior do Judiciário em relação ao Legislativo: a estrutura consensual da legalidade vista como reducionista dos antagonismos sociais, o confronto entre as particularidades das diversas matérias jurídicas que colocavam em xeque a unidade do sistema jurídico e o próprio *déficit* parlamentar de uma devida formação jurídica serviram de pretexto para que fosse concedido aos tribunais um poder de buscar resolver os antagonismos de valores e interesses ocasionados pela sociedade de classes. Neste sentido, acrescenta Ingeborg Mauss, a ciência “jurídica alemã saudará, no interesse de uma prática jurídica consistente, que o nacional-socialismo tenha construído um ‘sistema de valores unitário’, o qual encerrou a concorrência social de sistemas de valores diferenciados”⁹⁵.

Por isso a pergunta se mesmo após o constitucionalismo democrático da segunda metade do século XX, quando o Direito passa a incorporar uma substancialidade moral a qual não permite afastar a validade da legitimidade de uma norma jurídica; após a doutrina da constituição dirigente, que já não deixa dúvidas quanto a inexistência de um poder

93 DAMIANI, Alberto Mario. Humanismo Civil y Hermenéutica Filosófica. Gadamer Lector de Vico. In: **Cuadernos Sobre Vico**. Nº 15-16. Sevilla: Universidad de Sevilla. 2003. p. 35.

94 MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade – O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In: **Novos Estudos**. Nº 58. São Paulo: Cebrap, 2000. p. 193 *et seq.*

95 MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade – O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In: **Novos Estudos**. Nº 58. São Paulo: Cebrap, 2000. p. 196.

discricionário do legislativo diante do conteúdo constitucional voltado a transformação do *status quo* e promotor da justiça social por meio de princípios, normas programáticas, políticas públicas e direitos sociais estabelecidos desde o vértice do sistema normativo, ou seja, a Constituição; se realmente desejável, ou mesmo democrático, se defender ativismos ou discricionariiedades judiciais. Após a Constituição Federal brasileira de 1988 não há razões para se valer de expedientes que fragilizam a autonomia do Direito em prol de subjetivismos porque a própria institucionalidade é o meio privilegiado para impulsionar um ambiente político democrático, seja enquanto processo ou ideal de uma sociedade mais justa e igualitária⁹⁶, pois do contrário o jurídico queda silenciado e perde seu vínculo com os direitos humanos, se tornando então uma mera linguagem justificadora de decisões políticas tomadas ou não arbitrariamente. Em outras palavras, ao se fragilizar a autonomia do Direito se perde aquilo que Dallari define como o “padrão objetivo do justo”⁹⁷.

Ao fim, cabe referir que autonomia do Direito permanece controversa no âmbito da teoria jurídica. A defesa de uma racionalidade instrumental para o Direito continua arraigada na comunidade jurídica brasileira e estrangeira, bastando para tanto remontar ao artigo de Leslie Green⁹⁸, para quem o jurídico é invariavelmente uma racionalidade instrumental, e qualquer fim ou conteúdo tido como inerente ao jurídico discutível pelo amplo dissenso existente acerca de quais seriam estes fins e conteúdos. Todavia, não é em torno do consenso que se procura fundar a hipótese de um Direito capaz de fornecer respostas próprias – e sim pela moralidade política que incorpora, passível de ser intersubjetivamente resgatada pela virtude da integridade no Direito – e tampouco desqualificar como “jurídico” sistemas autoritários de regulação da vida em sociedade. Em tal caso se tem juridicidade, não obstante, submetida ao poder político, e portanto, sem nenhuma autonomia frente a ele. Eis a importância de se falar em autonomia do Direito: caso se pretenda comprometer o jurídico com a realização da democracia, este não deve estar simplesmente a disposição dos demais sistemas sociais. Somente assim se consegue garantir as condições mínimas necessárias para a garantia de participação cidadã tanto nos processos de tomada de decisão quanto na efetivação do conteúdo constitucional dirigente, atribuição do Judiciário enquanto instituição contra majoritária. Em que pese para isso seja preciso buscar caminhos para a configuração de um novo senso comum.

96 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 97.

97 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 64.

98 GREEN, Leslie. Law as Means. *In: Legal Research Paper Series*. Nº 8. Oxford: Hart Publishing, 2009. p. 13 *et seq.*

1.3 A mitificação do ativismo judicial como problema para a realização constitucional da solidariedade: a fragilização da autonomia do Direito a partir da má compreensão do desempenho da jurisdição constitucional

No Estado Democrático de Direito, como visto, cresce a importância da jurisdição constitucional, e o caso brasileiro não é diferente. A Constituição Federal de 1988 instituiu princípios, direitos fundamentais sociais e difusos visando a transformação do *status quo* social em um país com grande *déficit* histórico tanto no que se refere à consolidação de uma democracia – fato constatável pela quantidade de ditaduras civis e militares instauradas desde a proclamação da República – quanto no tocante à promoção de ações objetivando reduzir as desigualdades sociais de causas diversas. Tamanho contraste, quando posto diante de um Poder Judiciário empoderado pelo controle de constitucionalidade tanto difuso quanto concentrado, impulsiona um desaguar de demandas sociais cada vez maiores nos tribunais. Desenvolveu-se então um problema de judicialização da política, o qual deve(ria) despertar preocupação por parte da comunidade jurídica por conta da hipertrofia pela qual a magistratura se depara. Isto é, se de um lado ficou o Judiciário encarregado de preservar a força normativa da Constituição por meio do controle de constitucionalidade, por outro, a democratização cada vez maior do acesso à justiça fez com que demandas tradicionalmente encaminhadas para os Poderes representativos (Legislativo e Executivo) passassem a ser canalizadas em direção à jurisdição em busca de soluções e respostas principalmente relacionadas ao conteúdo social da Constituição, as quais demandariam muito mais tempo e complexidade pelas vias políticas e administrativas ordinárias.

A judicialização da política, no entanto, não é uma exclusividade do cenário brasileiro. Também nos países europeus que passaram pelo modelo de Estado de bem-estar social ao longo do século passado, viram entre as décadas de 70 e 80 o crescimento das políticas neoliberais, movimento cuja uma das principais bandeiras era a retração da atividade estatal na esfera social e civil. Conseqüentemente, a perda de direitos os quais estavam antes assegurados em nome da diminuição de despesas por parte dos governos também fez com que questões antes tratadas nas esferas representativas migrassem para os tribunais. Em suma, enquanto nos países periféricos a judicialização da política ocorre por força do *déficit* social

histórico, nos países centrais este fenômeno se sucede pela diminuição do *Welfare State*⁹⁹. Portanto, é possível dizer que judicialização da política é um fenômeno contingencial, e acompanha as sociedades contemporâneas na medida em que as Constituições estabeleçam direitos e regulações as quais possibilitam um maior desaguamento de demandas aos tribunais devido às decisões ou omissões dos poderes representativos ou à própria morosidade do processo político¹⁰⁰.

Não obstante, a judicialização da política não se deve somente por conta de fatores institucionais, como uma Constituição dirigente e compromissória e o empoderamento pelo qual passou o Judiciário com a redemocratização. Também fatores políticos, como o presidencialismo de coalizão, onde o governo precisa formar maiorias parlamentares por meio de alianças partidárias, atua como fator de congestionamento da pauta política, pois questões delicadas ou controversas são, não raras vezes, deixadas propositalmente sem resposta por parte dos Poderes representativos que não querem arcar com os seus custos políticos. Como resultado, os grupos sociais cujas demandas não são atendidas recorrem ao Judiciário para que ele decida acerca da legitimidade de seu pleito. Como se percebe, esta expansão é em boa parte decorrente de uma “‘aceitação’, expressa ou tácita dos demais ‘Poderes’”¹⁰¹.

Diversos são os exemplos de questões controvertidas levadas até o Supremo Tribunal Federal envolvendo a reivindicação de direitos: a ação direta de inconstitucionalidade 4277, a qual requeria a equiparação das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo à união estável prevista no artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal e no artigo 1723 do Código Civil; a Arguição de descumprimento de preceito fundamental de número 186, bem como a ação declaratória de constitucionalidade 41, ambas envolvendo o estabelecimento de cotas raciais e sociais, sejam nas universidades públicas, sejam nos concursos para cargos e empregos públicos. Tais casos servem para ilustrar a importância que vem assumindo o Poder Judiciário na tomada de decisão política, seja por conta da inconformidade assumida por setores sociais com o posicionamento do Legislativo, seja para ratificar e assegurar políticas sociais que objetivam a promoção de uma igualdade material.

Também se destaca serem as leis estaduais as que mais frequentemente são objeto de ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal – 1.429 ações entre os anos de 1988 e 2005 – mormente quando o teor da legislação impugnada versa sobre

99 SANTOS, Boaventura de Souza. **Para Uma Revolução Democrática da Justiça**. 3º ed. Rev. São Paulo: Cortez, 2011. p. 13-19

100 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial** – Limites da Atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013. p. 32.

101 BRANDÃO, Rodrigo. A Judicialização da Política: Teorias, Condições e o Caso Brasileiro. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 623.

administração pública, o que corrobora serem as ações diretas de inconstitucionalidade “importante instrumento de racionalização, centralização e homogeneização da produção normativa dos estados, incorporando-se, portanto, como peça fundamental na arquitetura do federalismo brasileiro”¹⁰². Outrossim, uma importante constatação é o fato da propositura das ações diretas de inconstitucionalidade ser bastante sensível à conjuntura político partidária no espectro federal, pois os partidos que exercem a oposição ao governo tendem a expressar sua contrariedade também incitando o Judiciário a se pronunciar sobre a inconstitucionalidade das leis federais¹⁰³.

Tanto o potencial centralizador desempenhado pela jurisdição constitucional concentrada quanto a sensibilidade político-partidária do agir dos legitimados para a propositura de suas respectivas ações, além do papel destacado que o Supremo Tribunal Federal vem assumindo na resolução de questões controvertidas social e politicamente, colocam em relevo a importância de se pensar no controle racional das decisões judiciais. Destarte, não é comum que autores venham a confundir judicialização da política com ativismo judicial. Embora ambos os conceitos sejam frequentemente tratados conjuntamente pela doutrina, se referem a fenômenos distintos. Enquanto o primeiro é, como dito, contingencial e tem causas que fogem ao controle do Poder Judiciário, fazendo com que demandas sociais e questões políticas controversas sejam a ele levadas em busca de soluções, o segundo se refere ao exercício da magistratura como um ato de vontade, atribuindo aos tribunais competências que não lhes são previstas constitucionalmente¹⁰⁴. O ativismo judicial, diferentemente da judicialização da política, diz respeito a uma tomada de posição da própria magistratura, e é possibilitada no âmbito doutrinário pelo reconhecimento ou defesa da discricionariedade, entendida aqui como uma liberdade por parte do intérprete em escolher uma resposta dentre as várias possíveis sem se preocupar em justificá-la como correta perante a tradição hermenêutica, implicando no afastamento da legalidade constitucional vigente por razões alheias àquelas reconhecidas pelo próprio Direito por meio de seus princípios¹⁰⁵.

102 VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete Anos de Judicialização da Política. In: **Tempo Social, Revista de Sociologia da USP**. Vol. 19. n° 2. São Paulo: USP, 2007. p. 51.

103 VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete Anos de Judicialização da Política. In: **Tempo Social, Revista de Sociologia da USP**. Vol. 19. n° 2. São Paulo: USP, 2007. p. 43.

104 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial** – Limites da Atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013. p. 36.

105 NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Ativismo Judicial como Conceito Natimorto para a Consolidação do Estado Democrático de Direito: as Razões pelas quais a Justiça não pode ser medida pela Vontade de Alguém. In: DIDIER JR, Fredie *et al.* **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: JUSPODIVM, 2013. p. 259

O próprio Supremo Tribunal Federal já discutiu alargar suas atribuições por meio de decisões que contrariam expressamente o texto da constituição, como é o caso da Reclamação 4335/AC. Nesta ocasião, a Corte, que já havia se pronunciado sobre a inconstitucionalidade da lei de crimes hediondos no que se referia à proibição da progressão de regime em recurso extraordinário, se deparou com uma decisão de primeira instância do Estado do Acre dando aplicação à disposição fulminada com nulidade. Conforme o artigo 53, inciso X, da Constituição Federal, compete privativamente ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” em sede de controle difuso de constitucionalidade. Ademais, a referida casa do Congresso Nacional não havia tomado nenhuma medida relativamente à parte da lei declarada inconstitucional, a qual, portanto, permanecia vigente. Diante deste quadro, os ministros Eros Roberto Grau de Gilmar Ferreira Mendes advogaram a tese de que o referido dispositivo da Constituição Federal havia passado por uma mutação constitucional e, assim, embora o texto permanecesse o mesmo, seu sentido havia sofrido alterações ao longo do tempo por conta das práticas congressuais. Os votos dos referidos ministros orientaram-se então na direção de que mesmo em controle difuso de constitucionalidade as decisões do Supremo Tribunal Federal poderiam se revestir de força abstrata e vinculante de plano, isto é, sem a necessidade de nenhuma participação do Senado Federal, o qual passaria somente a dar publicidade aos posicionamentos assumidos pela Corte. Embora a tese dos ministros não tenha saído vitoriosa, ela inegavelmente se expressou como ato de vontade, instrumentalizando conceitos da teoria do Direito para justificar a expansão das atribuições da Corte em nome de uma maior eficiência da jurisdição difusa.

Caso semelhante também se sucedeu com o julgamento conjunto dos mandados de injunção 670, 708 e 712, quando se discutia o direito de greve dos servidores públicos, o qual, nos termos do artigo 37, inciso VII, deveria se suceder nos termos de lei específica que jamais veio a ser promulgada. Revendo o posicionamento não concretista¹⁰⁶ que vinha adotando desde a promulgação da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, a partir do voto do

106 De acordo com Gisele Cittadino, “em anos mais recentes, o constitucionalismo brasileiro tem discutido os efeitos das decisões em mandados de injunção utilizando os modelos das teorias concretistas e das não concretistas. As primeiras podem ser de três tipos: a concretista geral, em que, diante da ausência de norma regulamentadora, cabe ao Poder Judiciário suprir a lacuna; a concretista individual, quando a decisão judicial produz efeitos apenas para o impetrante; e, finalmente, a concretista intermediária, em que o Poder Judiciário informa a omissão ao órgão responsável, estabelece prazo para a elaboração da norma regulamentadora e só após a expiração esse prazo pode suprir a lacuna para o caso concreto. Sem efeitos *erga omnes*. A teoria não concretista não difere da tese da subsidiariedade, pois aqui cabe ao Judiciário apenas o reconhecimento da inércia do legislador e a consequente comunicação ao órgão competente sobre a necessidade de regulamentação”. CITTADINO, Gisele. Mandado de Injunção. In: AVRITZER, Leonardo *et al* (orgs.). **Dimensões Políticas da Justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 520.

ministro Gilmar Mendes, decidiu pela aplicação, em abstrato, da lei de greve da iniciativa privada a todos os empregados e servidores públicos enquanto a lei dedicada a regulamentar seu direito de greve não viesse a ser editada, adotando-se então o concretismo geral para eficácia das decisões em sede de mandado de injunção. O que merece ser problematizado aqui não é tanto o reconhecimento do direito de greve quanto a concessão de eficácia *erga omnes* a uma decisão tomada em ação tradicionalmente entendida como de efeitos concretos. Por mais que tenha o Judiciário a responsabilidade de preservar a força normativa da constituição, especialmente os direitos fundamentais por meio do mandado de injunção, cabe salientar ser esta responsabilidade compartilhada com os Poderes Legislativo e Executivo. Portanto, não caberia ao Supremo Tribunal Federal revestir de abstração os efeitos de sua decisão, devendo, se fosse preciso, reconhecer o direito de greve da categoria do setor público por meio da extensão dos efeitos da lei que regula o mesmo direito no setor privado a cada remédio impetrado, sempre com efeitos concretos. Afinal, muita coisa ainda precisa ser refletida, como o caso de greve das polícias e do serviço público de saúde – para ficar apenas com algumas hipóteses –, questões que precisam passar pela esfera pública para formação de opinião pública e tomada democrática de decisão.

Em ambos os casos, o Supremo Tribunal Federal decidiu por razões políticas, isto é, argumentos finalísticos para tomada de suas decisões e, ao assim proceder, fragilizou a autonomia do Direito, a qual se sustenta por meio de argumentos de princípios, os quais realizam o constrangimento histórico para que algo seja interpretado em um determinado sentido. Consequentemente, quando se julga a partir de política, também se assume o exercício da judicatura como um ato de vontade, ou um exercício de poder, pois já não se dialoga com a tradição, e tampouco há um enfrentamento dos preconceitos inautênticos por parte do intérprete, resultando em um Direito que pouco pode contribuir para a construção de uma sociedade democrática porque instrumentalizado como mera linguagem justificadora do uso de poder. Ao fim, acaba-se dando razão a Kelsen quando separava a teoria jurídica, responsável pela descrição do ordenamento normativo coativo chamado Direito, e a interpretação deste mesmo pelas autoridades públicas, uma vez que inevitavelmente eivada pela subjetividade.

O ativismo judicial, todavia, somente consegue prosperar quando no âmbito doutrinário não se consegue constranger as posturas que aceitam ou até mesmo incentivam a discricionariedade, radicalmente perigosa para o constitucionalismo democrático e compromissório, pois deixa de lado a intersubjetividade sobre a qual se assenta a autonomia do Direito em prol da subjetividade apenas daquele que interpreta. Mesmo quando nutrido por

boas intenções, como alguns autores neoconstitucionalistas como Julius-Campuzano¹⁰⁷, o ativismo judicial, na tentativa de tornar a Constituição “o melhor que ela pode ser”, faz com que os tribunais, para criar novos direitos, se envolvam em questões morais, políticas, econômicas ou até mesmo filosóficas sem que haja a recuperação da tradição hermenêutica subjacente ao Direito, o qual termina sendo predado por elementos alheios à sua conformação histórica¹⁰⁸, tornando a Constituição algo “dado”, ou um texto desprovido de contexto, fazendo com que os compromissos de transformação igualitária da sociedade soem como apenas mais um entre tantas outras promessas políticas vagas e afastadas da realidade social.

Vale ainda destacar o fato de que apesar de o Estado Democrático de Direito significar o comprometimento da institucionalidade estatal com a transformação do *status quo* social, ele está também situado em um contexto econômico capitalista, acarretando consequências importantes, uma vez que, de um lado, há um projeto de inclusão social instituído desde a Constituição, espalhando-se para todo o sistema jurídico bem como à diretividade da atividade do Estado, e por outro, delimitando as proteções sociais por imposição de uma economia de mercado. Logo, se as capacidades materiais de realização dos preceitos constitucionais são limitadas, devendo ter papel importante os mecanismos de deliberação pública nos processos de tomadas de decisão quanto à alocação de recursos para a realização dos fins constitucionais, ocorre uma usurpação da soberania popular quando os tribunais arrogam para si legitimidade para a tomada das decisões que constitucionalmente são da responsabilidade dos demais Poderes¹⁰⁹. Assim, o ativismo judicial coloca em xeque a legitimidade do próprio Judiciário enquanto instituição garantidora das regras do processo democrático.

A discricionariedade alimenta o ativismo judicial e conseguir superá-la é, portanto, o desafio imposto pelo Estado Democrático de Direito à comunidade jurídica brasileira. Como já referido acima, somente se consegue pensar em uma realização constitucional da solidariedade a partir de uma ótica intersubjetiva, onde os sujeitos compartilham sentido, necessário e possibilitador da vida cívica. À teoria do Direito se impõe estar preocupada com

107 Para Julius-Campuzano, no contexto do constitucionalismo democrático, “a interpretação e aplicação das lei deixou de ser já uma tarefa exclusivamente mecânica, limitada, portanto, à função lógico-dedutiva que o positivismo estabeleceu ao poder judiciário. No seu lugar, emerge uma interpretação complexa e aberta das cláusulas constitucionais que, por sua própria natureza, exige um trabalho depurado e minucioso na ponderação dos bens em conflito. A discricionariedade judicial incorpora-se ao sistema de interpretação e aplicação do Direito a partir da ótica de um conjunto de valores cuja realização exige cessões e garantias” (JULIUS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em Tempos de Globalização**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 51.

108 MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional: Entre Direitos, Deveres e Desejos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 88-89.

109 MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional: Entre Direitos, Deveres e Desejos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 105.

uma teoria da decisão e, mais amplamente, da interpretação. E nessa empreitada se mostra, no mínimo, problemático o alinhamento com o positivismo jurídico, corrente teórica que jamais conseguiu dar conta da discricionariedade da atividade interpretativa. Para Kelsen, as disputas doutrinárias acerca do único sentido correto de uma norma não eram nada mais do que disputas políticas e/ou ideológicas acerca do papel desempenhado pelo Direito. Posicionamentos doutrinários, por mais robustos que viessem a ser seus argumentos em direcionar a interpretação, jamais poderiam ser tomados como objeto da ciência do Direito porque não consubstanciavam normas jurídicas, estas sim alvo de análise da teoria¹¹⁰.

É preciso deixar desde já claro não ser a interpretação algo problemático apenas no positivismo kelseniano. É, na verdade, um denominador comum dos diferentes movimentos e teorias que se qualificaram e qualificam como juspositivistas¹¹¹. Nos quadros do objetivismo primevo, exegese e jurisprudência dos conceitos, a crença em uma isomorfia entre texto e norma deixava de lado o problema da interpretação que sequer percebido enquanto tal. A aplicação deveria ser realizada por meio de metodologias, especialmente a subsunção, dos enunciados aos casos concretos. O sentido destes mesmos enunciados deveria ser obtido pelas relações entre os signos que os compunham. Interpretar era, em um primeiro momento, uma questão de sintática. Ademais, diferentes teorias contemporâneas, mormente neoconstitucionalistas, ainda creem na possibilidade de se realizar subsunções no Direito, mas já advertidas da insuficiência da semântica para abarcar uma realidade complexa, desenvolvem metodologias diversas para controlar a racionalidade do sujeito na resolução daquilo que se conhece por *hard cases*.

Apostas em metodologias tem como consequência um *déficit* democrático na decisão judicial, pois esta passa a deixar de realizar um necessário resgate da história institucional subjacente ao próprio Direito por meio de argumentos os quais podem ser dos mais variados, desde contingenciais, vinculados na política, na moral ou na economia, até os propriamente jurídicos, calcados em princípios que expressam a moralidade política de uma determinada comunidade. Mesmo os chamados casos fáceis, resolvidos por mera “subsunção”, para parte da doutrina, não colocam em questão os preconceitos do intérprete. De todo modo, o positivismo jurídico, através de seu “ânimo descritivo”, ainda deixa de lado os problemas relativos a uma teoria da decisão e, por isso se torna uma abordagem que pouco pode

110 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo Constitucional**. 3º ed. Rev. Ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016b. p. 34.

111 STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017a. p. 53.

contribuir nesta discussão, pois a discricionariedade não fica devidamente problematizada, ou então permanece vista como inerente ao exercício da judicatura.

Também o neoconstitucionalismo padece com o mesmo problema, conquanto além de simplesmente reconhecer a discricionariedade na interpretação, ela passa a ser vista, não raras vezes, como algo a ser incentivado¹¹². Para muitos autores, a aproximação entre Direito e moral decorrente do constitucionalismo democrático significou a entrada de “valores” para o campo jurídico por meio de princípios. Sob a ótica referida, seria responsabilidade do intérprete resgatar os valores postos “por trás” dos textos legais e constitucionais, a fim de realizar materialmente os critérios de justiça e igualdade. Teria então lugar a superação do positivismo jurídico, encarado como algo ligado ao “juiz boca da lei”, em direção a um exercício da magistratura “sensível” ao conflito entre valores constitucionais ocorrentes especialmente nos casos difíceis¹¹³. O curioso é que, ou estas mesmas doutrinas terminam por reconhecer a discricionariedade como algo inescapável para a interpretação, mormente nas hipóteses de “*hard cases*”, ou então escoram-se em metodologias, tal qual o positivismo jurídico que pretendem superar.

Deve-se ter em mente que no Estado Democrático de Direito a legalidade não deve vir desindexada de sua constitucionalidade, e por isso a lei se torna um importante mecanismo do agir estatal na realização da justiça social. Ademais, há um processo deliberativo pressuposto na tomada de decisão política nos espaços democráticos. Ou seja, pressupõe-se que a lei seja fruto de um debate público o qual extrapola os limites da atividade parlamentar e se estende difusamente por todo o tecido social no processo de formação da opinião pública¹¹⁴. Por isso, ao se apostar na discricionariedade, se favorece a invasão da esfera pública pelo poder burocrático, perdendo lugar o poder comunicativo aberto a todos em prol de deliberações centralizadas e verticais impostas por um corpo de tecnocratas, o que consistiu, vale frisar, em uma das maiores preocupações de autores como Jürgen Habermas, que entendiam ser a tecnocracia apenas uma forma de exercício do poder justificada pela racionalidade tecnicista da modernidade e, de todo modo, autoritária porque centrada em suas próprias razões¹¹⁵.

112 Por todos: JULIUS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em Tempos de Globalização**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 51.

113 STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “Letra da Lei” é uma Atitude Positivista?. In: **Novos Estudos**. Vol. 15. nº 1. Itajai: Univali, 2010. p. 160.

114 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, Política e Filosofia** – Contribuições para uma Teoria Discursiva da Constituição Democrática no Marco do Patriotismo Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 46.

115 FREITAG, Bárbara; ROUANET, Sérgio Paulo (orgs.); FERNANDES, Florestan (coord). **Habermas: Sociologia**. 3º ed. São Paulo: Ática, 1993. p. 19

A jurisdição constitucional é algo demasiadamente caro ao constitucionalismo para ser deixada à mercê da vontade dos juízes. É necessária uma prestação de contas hermenêutica capaz de constranger a atividade de aplicação do Direito no sentido de uma resposta tida como correta porque respaldada pela tradição hermenêutica. Se o Direito tem algo a dizer, então se deve deixar de lado posturas subjetivistas e reconhecer a possibilidade de haverem respostas corretas. A tese da resposta correta, ao contrário de significar uma exigência concreta e objetivista de interpretação, é, na verdade, uma postura assumida pelos intérpretes da Constituição em engajarem-se em um debate franco, isto é, reflexivo e crítico, buscando reconhecer as qualidades e fragilidades de suas teses, a fim de se buscar o melhor entendimento acerca da aplicação de alguma norma¹¹⁶. Para tanto, é preciso se preocupar com a discricionariedade, e enfrentar uma corrente teórica que influenciou fortemente o pensamento jurídico nos últimos dois séculos: o positivismo jurídico e suas principais consequências para o atual estágio do constitucionalismo.

116 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição Constitucional**. 3º ed. Rev. Ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016b, p. 57.

2 PORQUE (AINDA) É PRECISO DISCUTIR POSITIVISMO JURÍDICO: DESVENCILHANDO-SE DA DISCRICIONARIEDADE E CAMINHANDO PARA UMA IDEIA DE SOLIDARIEDADE

Discutir positivismo jurídico contemporaneamente não constitui uma tarefa fácil, seja em razão da variedade de movimentos teóricos que reivindicam a denominação “positivismo jurídico”, seja em virtude da ampla influência que estes movimentos desempenharam na conformação do conhecimento do Direito ao longo do tempo. Já não se deve debater o tema fazendo tábula rasa, afirmando que o juiz não deve ser “a boca da lei” e, a partir de tal enunciado, pretender defender um pós-positivismo. O objetivismo da escola de exegese francesa, que acreditava ser possível realizar a subsunção do fato concreto à norma, embora seja tido por superado pelas correntes neoconstitucionalistas, ainda se faz presente no cenário brasileiro por conta de posicionamentos institucionais que pretendem corroborar a existência de textos com enunciado autossuficiente, como as súmulas vinculantes, ou então com a institucionalização de métodos de interpretação, como a subsunção e a analogia. Ademais, o problema da discricionariedade surge como algo que impõe uma inflexão teórica mais aguda, pois é o âmago do que se poderia chamar de uma falta de solidariedade no desempenho da jurisdição constitucional brasileira.

O positivismo jurídico, ao desconhecer ou deixar de lado qualquer possibilidade de estabelecer um plano intersubjetivo de fundamentação, não enfrenta o problema da discricionariedade ou então aposta em métodos para o controle da racionalidade do intérprete. Em qualquer dos casos, como se verá, o problema da discricionariedade persiste, pois a excessiva preocupação em caracterizar o Direito positivo a partir de uma teoria do ordenamento jurídico fará com que a questão relativa à fundamentação do Direito fique de lado. Todavia, é a fundamentação o que possibilita falar em autonomia do Direito, o qual, enriquecido pela substancialidade advinda dos direitos humanos, estabelece um núcleo duro daquilo que não está disponível ao sistema político no Estado Democrático de Direito.

É no momento da fundamentação, portanto, que se realiza uma prestação de contas democrática quanto ao respeito pela Constituição. Por outro lado, somente se consegue falar em uma “prestação de contas” quando se tem em mente a existência um sentido compartilhado. Eis a dificuldade apresentada pelo positivismo para a jurisdição constitucional: ao deixar de lado a questão envolvendo a intersubjetividade, fragiliza a

autonomia do Direito por desprezar os problemas relativos aos fundamentos do Direito. Consequentemente, se esvazia qualquer substancialidade existente na Constituição, a tolhendo de assumir qualquer espécie de compromisso no sentido de transformar a realidade social brasileira. No mesmo sentido, cabe a pergunta de qual seja a real função de uma jurisdição constitucional, pois sem um núcleo substancial, quedaria difícil falar em força normativa da constituição sem tornar este conceito uma mera retórica por parte dos tribunais.

2.1 O problema da discricionariedade no curso do pensamento jurídico ao longo de dois séculos: perspectivas de um imaginário jurídico dominante refratário à intersubjetividade

Em uma primeira avaliação sobre o assunto, Norberto Bobbio¹¹⁷ e Squella¹¹⁸ alertam para o fato de o positivismo jurídico não ser simples derivação do positivismo filosófico, embora ambas as concepções mantenham entre si certas relações, como adverte Kelsen¹¹⁹. Não se trata de uma corrente de pensamento iniciada na filosofia transposta para o campo jurídico. Na verdade, a relação entre os dois movimentos se sucede de maneira ocasional, embora no século XX tenha ocorrido uma maior correspondência entre autores identificados como neopositivistas tanto na seara jurídica quanto filosófica¹²⁰. A expressão “positivismo jurídico”, antes de uma postura filosófica propriamente dita, deriva da locução “Direito positivo”, isto é, um Direito verificável empiricamente nas mais variadas sociedades em oposição a um “Direito natural”, o qual jamais se revela imediatamente ao investigador, mas possui uma pretensão de universalidade e imutabilidade ao longo do tempo¹²¹.

Tradicionalmente, e mais especificamente até a modernidade, a contraposição entre um Direito positivo e um Direito natural significava apenas uma diferença de grau, ou seja, ambos eram considerados “Direito” no mesmo sentido. O que se discutia não era a validade de um ordenamento sobre o outro, e sim aquele que possuía preferência como legitimador da

117 BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico** – Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 15 *et seq.*

118 SQUELLA, Agustín. **Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos**. México: Fontamara, 1995. p. 9

119 KELSEN, Hans. ¿Que es el Positivismo Jurídico?. *In: Revista de la Facultad de Derecho de México*. Nº 61. Vol. XVI. México: UNAM. 1966. p. 131.

120 SQUELLA, Agustín. **Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos**. México: Fontamara, 1995. p. 9

121 BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico** – Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 15.

autoridade política dentro de um determinado território. Pois bem, o positivismo jurídico pode ter sua origem vislumbrada na ideia segundo a qual o Direito natural já não era mais “Direito” no sentido genuíno que possuía o Direito positivo¹²². A este último era atribuída independência com relação às exigências de um conteúdo prévio e determinado por ideais de justiça e moralidade, sendo um dos mais conhecidos defensores de tal perspectiva o inglês John Austin¹²³, para quem “the existence of law is one thing, its merit or demerit is another”¹²⁴. Haviam razões para que essa transformação na compreensão acerca do que seja “Direito” na acepção genuína do termo viesse a ocorrer. A progressiva ruptura com as estruturas medievais fundadas na tradição fez com que a pretensão de atemporalidade dos valores absolutos *a priori* postulados pelo jusnaturalismo fosse também colocada em xeque, pois favorecia a manutenção de um *status quo* social e político¹²⁵. O Direito positivo, por sua vez visto como uma construção humana e terrena, possuía condições de tornar-se independente de outras esferas de poder, sendo um importante aliado na luta pelo abandono das estruturas do *ancién régime*.

É ilustrativa a situação da escola da exegese, a qual se consolidou na França na virada do século XVIII para o XIX. Norberto Bobbio¹²⁶ identifica cinco causas históricas para o advento desta escola. Para o autor italiano, a primeira delas diz respeito ao próprio fato da codificação, a qual servia como mecanismo de controle das decisões tomadas pelo aparelho burocrático estatal. Com isso quedava afastado o jusnaturalismo como um concorrente de onde também os membros do governo poderiam buscar fundamentos. A segunda causa diz respeito à mentalidade dos próprios juristas que, guiados por um princípio de autoridade, buscavam na legislação a *vontade* do legislador que pôs a norma jurídica. Aqui vale também a consideração de que no período, por conta da forte influência do iluminismo, encontrava-se consolidada a ideologia de uma racionalidade intrínseca a atividade legislativa, uma vez que o ideal de soberania popular rousseauiana consubstanciada na atividade parlamentar não poderia agir em contrariedade aos interesses do povo. Por isso a interpretação de uma lei em dissonância com a vontade legislativa subjacente ao texto legal era igualmente entendida

122 BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico** – Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 26

123 AUSTIN, John. **The province of Jurisprudence Determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 157.

124 “A Existência do Direito é uma coisa, seus méritos ou deméritos são outra” (Tradução livre).

125 ROCHA, Leonel Severo. Da Epistemologia Jurídica Normativista ao Construtivismo Sistemático II. *IN*: ENGELMAN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 170.

126 BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico** – Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 78-83.

como manifestação de um ideal antidemocrático¹²⁷, o que leva a terceira causa para o estabelecimento da exegese: a doutrina da divisão dos Poderes através de uma leitura na qual ao juiz era vedada a criação do Direito, pois do contrário estaria invadindo a esfera de competência do Legislativo, legítimo detentor desta tarefa. O que se garante com tal doutrina é uma progressiva separação entre política e Direito em prol de uma regulação da influência que a primeira exerce sobre o segundo: aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizada no Judiciário¹²⁸.

Um quarto fator determinante foi a crença generalizada na certeza do Direito. A sistematização de um Direito que até a queda da monarquia era regionalizado criava situações de embaraço diante da variedade de normas que regulavam uma mesma conduta, dificultando bastante as relações privadas entre pessoas de diferentes localidades. A codificação surge para também uniformizar estes padrões e estabelecer segurança jurídica em todo o território francês, possibilitando o conhecimento antecipado e com precisão das consequências de cada comportamento. Segurança e certeza, portanto, somente poderiam ser encontradas onde houvesse um corpo estável de normas aplicáveis uniformemente para toda uma população, de maneira que o jusnaturalismo não se apresentava como apto a tal tarefa porque embora visasse estabelecer valores a serem observados de antemão, não havia sequer consenso entre seus defensores sobre quais seriam estes mesmos valores. O Direito então se torna um mecanismo para solucionar as discussões acerca daquilo que seria justo em cada caso concreto a partir de uma decisão legislativa institucionalizando o padrão a ser observado e eliminando disputas acerca do que seja justiça no momento da aplicação na norma ao caso concreto.

Por fim, como uma última causa elencada por Bobbio para a consolidação da exegese, tem-se a pressão exercida pelo regime napoleônico sobre as instituições de ensino superior do Direito a fim de consolidar uma perspectiva objetivista do fenômeno jurídico fortemente centralizada no ideal de codificação. Havia também a desconfiança em relação a um corpo burocrático e de magistrados herdados e potencialmente identificados com o antigo regime. Logo, a consolidação da revolução passava pelo rigoroso controle dos fundamentos das decisões judiciais, as quais poderiam não só solapar as decisões tomadas pelo Legislativo como igualmente facilitar um processo de restauração da monarquia pela via legal. O Direito natural era visto não apenas como “não jurídico”, mas verdadeiramente pernicioso na medida

127 DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 121.

128 FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4º ed. Rev. Ampl. São Paulo: Atlas, 2003. p. 73.

em que poderia fornecer razões para a não aplicação do Direito positivo quando este era entendido como ilegítimo diante de uma percepção de justiça não conformada com a do novo regime.

Como se percebe, haviam razões teóricas, políticas e ideológicas para a diferenciação qualitativa entre os Direitos natural e positivo na França. No contexto anglo-saxão podem ser também identificadas causas semelhantes, como comenta Hart acerca do utilitarismo, corrente política a qual se filiam tanto John Austin quanto Jeremy Bentam. Para Hart, ninguém jamais conseguiu combinar simultaneamente a paixão por reformas sociais e o respeito à legalidade como os utilitaristas, a preocupação daqueles que na Inglaterra da virada do século XVIII para o XIX se ocupavam com o período de transição pelo qual estavam atravessando as sociedades ocidentais residia no abuso do poder não só por quem representava as estruturas medievais, porém igualmente por conta daqueles que se apresentavam ao povo como reformadores. Aquilo que ambos os autores estavam procurando denunciar ao defender a separação entre o Direito e a moral era possibilitar a visão clara por parte de quem viesse a se debruçar sobre o assunto de que do simples fato de o jurídico estar posto não se deduz automaticamente sua legitimidade. Tal distinção, ao contrário de simplesmente se constituir em um dogmatismo, tem a pretensão de abrir os olhos acerca da possibilidade da existência de leis iníquas e compreender o caráter específico da autoridade de uma ordem legal¹²⁹. Destarte, a positivação do Direito implicou também uma transformação no imaginário dos juristas, os quais já não o viam como um fenômeno estático e avesso a transformações sociais. O fato de que a cada legislatura novas leis pudessem vir a ser promulgadas, revogadas e até emendadas conferia à legislação uma dinamicidade que até então jamais havia possuído¹³⁰, e por isso embora fosse um importante instrumento de reforma social, também poderia sê-lo para cometer abusos, seja por parte de reformadores ou restauradores.

A distinção realizada entre Direito e Moral (mais conhecida pela denominação *tese da separação*) é uma das pedras angulares de quase a totalidade das teorias que reivindicam serem positivistas. Na verdade, a preocupação de distinguir o Direito que “é” daquele que “deve ser” conduzirá a uma preocupação fortemente descritiva daquilo que se constitui para os positivistas o “Direito” no sentido genuíno do termo – leia-se: Direito positivo – em oposição às demais esferas da vida em sociedade e também em contraste ao Direito natural. A disputa entre jusnaturalistas e positivistas conduzirá os últimos a certo descaso com questões

129 HART. Herbert L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. In: **Harvard Law Review**. Vol. 71. N° 14. Harvard: The Harvard Law Review Association, 1958. p. 595-596.

130 FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. 4° ed. Rev. Ampl. São Paulo: Atlas, 2003. p. 74.

atinentes a aplicação das normas jurídicas até pelo menos metade do século XX, tratadas como indagações secundárias ou então alheias a uma teoria do Direito, sendo o caso mais emblemático deste posicionamento o de Hans Kelsen, para quem o problema de saber qual é a interpretação correta ou mais adequada não ocupação de sua teoria pura do Direito¹³¹.

A tese da separação pressupõe um relativismo moral, ou seja, diante do caleidoscópio de sistemas morais diferentes e antagonísticos que compõe uma comunidade política, não é possível eleger aquele que seja o responsável por guiar a atividade interpretativa e emprestar legitimidade ao Direito. Assim, a ocupação do cientista que se empenha na tarefa de fornecer um quadro descritivo pressupõe sempre um distanciamento com relação ao que ele próprio tem para si como valioso ou iníquo – ou, se for preferível dizer, uma posição de neutralidade – para uma análise e descrição do fenômeno jurídico sem interferências externas. Uma das posições mais conhecidas a este respeito é a de Hans Kelsen, que já na primeira página de sua Teoria Pura do Direito esclarece ser objetivo primordial de sua obra “garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”¹³². A ciência jurídica, logo, pretende despojar-se de todos seus elementos ideológicos ou interesses políticos, recusando-se a fornecer substrato material pelo qual ordens sociais vigentes venham a ser tidas como legítimas ou ilegítimas¹³³.

O positivismo jurídico é uma corrente que não pretende estabelecer critérios de legitimidade ou ilegitimidade aos diferentes regimes sociais e políticos aos quais encontram-se submetidos diferentes povos. Igualmente Herbert Hart, em boa medida endossando a preocupação de Bentham e Austin quanto ao abuso de poder político, entende que um conceito estreito de Direito que considere somente como válidas normas que encontram algum respaldo moral serve apenas para turvar uma necessária distinção do sistema jurídico tal como ele “é” de outras esferas sociais de poder, dificultando a diferenciação daquilo que moralmente está em jogo quando a conformidade à lei é exigida¹³⁴.

O declínio dos primeiros positivismos, mormente a jurisprudência dos conceitos na Alemanha, devido ao crescente processo de burocratização pelo qual atravessavam os países europeus na virada do século XIX para o XX, fez emergir uma nova gama de teorias e

131 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8º ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 393.

132 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8º ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 1.

133 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8º ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 118.

134 HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. 2º ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 210.

abordagens que, embora não abdicassem completamente da ideia de sistematicidade, pretendiam trazer para o interior do conhecimento jurídico elementos tradicionalmente entendidos como estranhos a ele, ou seja, se propunha a utilização de instrumentos e conceitos da história, psicologia e sociologia – entres os vários outros ramos do conhecimento humano – como tentativa de suplantar o vácuo deixado pelos primeiros movimentos positivistas, mormente naquilo que diz respeito ao espaço deixado pelas ditas “lacunas” do Direito, as quais, entendiam aqueles que atacavam o positivismo, somente poderiam ser superadas com o estudo de outras áreas para compreender a intenção do legislador ao editar determinada lei¹³⁵.

Embora tais abordagens não viessem a negar a ideia de sistematicidade, defendiam que na hipótese de lacuna da lei deveria ser empregada uma “livre investigação da realidade social” como base para o desenvolvimento de respostas na seara jurídica¹³⁶. É precisamente no contexto de proliferação destas teorias que Hans Kelsen vai pretender reabilitar uma epistemologia exclusivamente jurídica, de uma ciência eminentemente preocupada em produzir enunciados descritivos de seu objeto, o ordenamento jurídico – e mediamente as normas jurídicas. Essa preocupação eminentemente descritiva está calcada em uma ruptura entre realidades teórica e prática: enquanto a primeira possuía estabilidade e clareza pela descrição de enunciados normativos, a segunda apresentava-se contaminada pela indeterminabilidade da interpretação, sempre ligada à subjetividade daquele que aplica o Direito¹³⁷. Em suma, a preocupação da teoria pura quanto à questão da decisão judicial é de tão somente descrever seu conteúdo e enquadrá-la no interior do ordenamento jurídico no qual se situa, jamais será a de prescrever critérios de correção da interpretação, tarefa atribuída ao que Kelsen diz ser uma política jurídica¹³⁸.

Kelsen tinha por objetivo recuperar o rigor lógico característico da jurisprudência dos conceitos, porém sabia que ideias como a de completude do sistema já não poderiam ser retomadas naquela quadra da história devido às críticas realizadas pelo movimento do Direito livre e a jurisprudência dos interesses. O artifício utilizado pelo autor austríaco em sua Teoria Pura do Direito foi realizar uma *separação entre conhecimento e vontade*, fazendo possível com que as questões atinentes a interesses e finalidades do campo jurídico fossem colocadas

135 OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Hermenêutica e Ciência Jurídica: gênese conceitual e distância temporal. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. 2º ed. Rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 42-43.

136 WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 159.

137 STRECK, Lenio Luiz. **O que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?**. 4º ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a. p. 65.

138 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8º ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 393.

em suspenso no momento de caracterização do objeto da ciência do Direito, o qual se constitui exclusivamente pelas normas jurídicas estudadas a partir de procedimentos lógico-sistemáticos no seio de sua teoria pura¹³⁹.

Afinal, poderia ser perguntado, no que consiste esta “positividade” do Direito que se procura descrever. Neste aspecto Kelsen reconhece haver uma relação mais próxima entre os positivismo filosófico e jurídico, pois em ambos os casos se trata de um direcionamento do conhecimento humano àquilo que se apresenta como “dado”, sendo sua descrição e apreensão a exclusiva tarefa de toda investigação científica, pretendendo-se com isso eliminar qualquer resquício de metafísica seja por recursos ao supra-sensível, causas primeiras ou formas apriorísticas do pensamento¹⁴⁰. Baurmann e Hartmut¹⁴¹ ajudam a elucidar essa diretriz positivista: a ideia de positividade define que somente o que é diretamente observável não é cientificamente suspeito, fazendo com que o positivismo jurídico tenda a reduzir as normas ou regras a meras regularidades de conduta externa. Para os autores, no âmbito da teoria do Direito foram os realistas jurídicos estadunidenses e escandinavos aqueles que levaram a última consequência tal concepção, pretendendo deduzir o enunciado de uma determinada norma jurídica em vigência à previsão de como a interpretariam os tribunais. De todo modo, o que se procurava com o postulado da positividade era a construção de uma ciência jurídica *empiricamente* verificável.

Logo, a “positividade” que se encontra na essência do positivismo jurídico é o fato de que as normas do Direito são instituídas por atos humanos, seja através de deliberações parlamentares, seja por costumes¹⁴². Por isso Kelsen defende que “na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica”¹⁴³. Norma, neste contexto, pode ser entendida como uma linguagem da qual se vale o Direito para qualificar um determinado acontecimento como jurídico. Para o autor austríaco nenhum fato possui uma juridicidade intrínseca à sua natureza, algo somente existe juridicamente após uma norma lhe emprestar significado. Em geral as normas jurídicas prescrevem condutas humanas através da

139 OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Hermenêutica e Ciência Jurídica: gênese conceitual e distância temporal. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. 2º ed. Rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 43-44.

140 KELSEN, Hans. ¿Que es el Positivism Jurídico?. In: **Revista de la Facultad de Derecho de México**. N° 61. Vol. XVI. México: UNAM. 1966. p. 131

141 BAURMANN, Michael; HARTMUT, Kliemt. ¿Tomar a la Ligera el Positivism Jurídico? In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. N°2. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1985. p. 168.

142 KELSEN, Hans. ¿Que es el Positivism Jurídico?. In: **Revista de la Facultad de Derecho de México**. N° 61. Vol. XVI. México: UNAM. 1966. p. 135.

143 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8º ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 79.

cominação de uma sanção em caso de sua inobservância, sendo acontecimentos não humanos seu objeto somente quando forem decorrentes de condutas humanas¹⁴⁴.

O importante de perceber na empreitada de Kelsen é a separação entre o Direito – um sistema normativo composto por normas coativas – e a ciência jurídica, um conhecimento direcionado não a prescrever condutas, mas tão somente descrever o conteúdo do Direito. Existem, portanto, dois níveis de linguagem dentro da obra kelseniana: o primeiro deles definido pela norma jurídica como meio de interpretação do mundo – como dito no parágrafo anterior, algo só possui significado jurídico na hipótese de uma norma jurídica lhe atribuir este sentido – constituindo-se em um momento de imputação onde há a prescrição de um dever-ser imposto pela cominação de uma sanção pelo seu descumprimento¹⁴⁵. O segundo é um nível de metalinguagem que não se preocupa com juízos de imputação, não prescreve nenhuma conduta, senão apenas descreve com pretensões de neutralidade a norma jurídica. “A ciência do Direito, por sua parte, é uma metalinguagem da norma jurídica e, por somente descrevê-la, situando-se no nível semântico-sintático do signo, pode ser verdadeira ou falsa em relação à objetividade da descrição efetuada”¹⁴⁶.

O problema da discricionariedade judicial não é uma preocupação no âmbito da teoria pura do Direito. Outras vertentes do positivismo, embora não recorram ao mesmo expediente de Kelsen para delimitar seu objeto, também acabam reconhecendo a indeterminabilidade do fenômeno jurídico, especialmente nas situações onde não se faz claro o texto normativo. Assim, Hart diz ser qualquer dispositivo, seja ele um precedente ou uma lei,

144 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8º ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 26.

145 Com efeito, algumas ressalvas precisam ser feitas. Não é objetivo desta exposição nivelar o conceito de norma entre todos os autores positivistas, pois aquilo que sucede é precisamente o inverso: mesmo no interior do positivismo normativista não há consenso acerca do que efetivamente constitui uma norma jurídica. Um exemplo bastante significativo pode ser extraído de Norberto Bobbio, quem assumiu ser Hans Kelsen seu autor da teoria do Direito por excelência, mas igualmente discorda da definição do teórico austríaco no que se refere ao objeto de suas teorizações. Para Bobbio, somente é possível definir o que seja uma norma jurídica estruturalmente, ou ainda, formalmente. Qualquer pressuposição no sentido de ser necessário haver um conteúdo específico para caracterizá-la acaba por fracassar no âmbito de uma teoria geral porque não consegue dar conta da ampla variação de conteúdo das normas jurídicas nos mais variados ordenamentos jurídicos. Para o teórico de Turim este parece ser um dos erros de Kelsen, quem ele entende conceituar por norma jurídica uma disposição acerca de uma sanção, e assim caracterizá-la através de seu conteúdo. Independentemente de a crítica de Bobbio ser procedente, o que se quer realçar é a ausência de um consenso entre os próprios positivistas normativistas acerca daquilo que decorre da positividade do Direito, a saber: as normas jurídicas. A controvérsia é ainda mais ampla quando se contrastam diferentes matrizes deste mesmo movimento. Hart, por exemplo, entende que considerar a sanção como um elemento constitutivo da norma jurídica ou necessariamente a ela agregado não consegue dar conta de todos os padrões de conduta que o mundo jurídico regula, conduzindo a distorções especialmente naquelas hipóteses em que é conferido a alguém, ou um copo de indivíduos, a autorização para a produção de normas jurídicas. BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3º ed. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 11, 228-230. HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. 2º ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 38 *et seq.*

146 ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2º ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 72

independentemente do cuidado havido na edição de sua redação ou enunciado para conseguir abranger com maior clareza possível os casos concretos que pretendem regular, passível de se mostrar indeterminado no momento de sua aplicação devido à textura aberta (*open texture*) ínsita a toda norma jurídica já que sua enunciação vem sempre mediada pela linguagem, deixando margens para dúvidas quanto a sua delimitação. Existem então *zonas de penumbra*, nas quais o oficial encarregado de aplicar o Direito se depara com várias alternativas possíveis de interpretação, sem que seja possível a determinação por qualquer meio acerca de qual seja a única correta. Nestas hipóteses, o teórico britânico afirma ser o problema solúvel no exercício de uma discricionariedade do aplicador, o qual se vê entre duas ou mais alternativas indicadas pela textura aberta das normas jurídicas¹⁴⁷.

Não obstante, a tentativa de superação do positivismo jurídico no contexto do constitucionalismo pós Segunda Guerra fez com que vários autores brasileiros e estrangeiros se dedicassem a realizar uma reaproximação entre Direito e moral, mormente por meio dos princípios constitucionais e de uma releitura de autores como Ronald Dworkin¹⁴⁸. Oportunamente se discutirá o modo como os princípios são o ponto de estofa da co-originariedade entre Direito e moral para o autor estadunidense, pois no momento se pretende realçar que as perspectivas denominadas em sua maioria por *neoconstitucionalistas* calcam-se em uma certa confusão com a ideia de posituação de valores por parte do Direito, ocasionando o que Streck denomina por *pampricipiologismo*¹⁴⁹, uma bolha especulativa de enunciados performativos criados *ad hoc* para justificar (e não fundamentar) a tomada de decisão por parte das autoridades públicas, especialmente de juízes e tribunais.

A má compreensão acerca do papel desempenhado pelos princípios constitucionais no espectro jurídico/constitucional brasileiro fez com que eles fossem sistematicamente utilizados como fatores de correção moral, política ou econômica do Direito em detrimento daquilo que efetivamente é institucionalizado pelo processo legislativo. Como consequência, fragiliza-se a autonomia do sistema jurídico, o qual passa a encontrar-se a serviço de preferências que não passaram pelo necessário processo deliberativo característico da democracia brasileira. Frize-se que não cabe ao Judiciário, ao arripio dos demais Poderes, no contexto do atual constitucionalismo avocar para si a responsabilidade por decidir questões ainda controversas no espaço político nacional. Por mais que exista um apelo social bastante grande em torno de cada um destes problemas, não cabe aos tribunais o julgamento político

147 HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. 2º ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 127-128.

148 STRECK, Lenio Luiz. Uma Leitura Hermenêutica das Características do Neoconstitucionalismo. In: **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 7. Nº 2. Brasília: IDP, 2014c. p. 26.

149 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5º ed. Rev. Mod. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2014b. p. 524 *et seq.*

sobre eles, isto é, a partir de argumentos teleológicos exercerem os juízes uma “correção” da norma jurídica em um sentido que atenderia “melhor” ao seu presumido fim. Deve-se reconhecer que os princípios constitucionais, antes de abrirem o sistema jurídico a outros sistemas sociais, na verdade o blindam frente a estes, possibilitando que o Direito consiga autonomamente dar suas respostas aos problemas levados até ele. Logo, as respostas dadas na seara jurídica não devem ser morais, econômicas ou políticas. Cada um destes sistemas sociais exerce sua parcela de influência na formulação do Direito posto, entretanto, uma vez institucionalizada pelo ordenamento jurídico uma perspectiva através do processo legiferante, não cabe ao Judiciário estender o debate para “otimizar” a norma através de critérios finalísticos¹⁵⁰.

Por isso as críticas dirigidas ao neoconstitucionalismo e as abordagens tidas como pós-positivistas. Para Ferrajoli¹⁵¹, o neoconstitucionalismo, ao tentar superar uma relação meramente descritiva entre o conhecimento jurídico e seu objeto em prol de uma atuação teórica também prescritiva – para o autor italiano através de questões sobre “como é justo que seja” ou “como não pode não ser” - termina por confundir a eficácia da norma jurídica com sua validade ao realçar demasiadamente a atuação do Judiciário na realização do Direito, pois o concebe como uma prática confiada a atividade judicial. Ferrajoli então define tais vertentes pós-positivistas como *constitucionalismo principialista*, o qual defende, em linhas gerais, que com os “princípios de justiça de caráter ético-político, como a igualdade, a dignidade das pessoas humanas e os direitos fundamentais, desapareceria o principal traço do positivismo jurídico: a separação entre Direito e moral”¹⁵², e que tem como principais consequências: a rejeição da tese da separabilidade; o protagonismo assumido pela argumentação jurídica como consequência da tese de que os direitos fundamentais não são regras, mas princípios jurídicos os quais estão virtualmente em confronto e precisam ser matizados entre si; e finalmente a ideia de que o Direito se sucede a partir do âmbito eminentemente pragmático, ou seja, daquilo que os tribunais dizem que o Direito é.

Também Bruno Torrano critica o pós-positivismo por entender a denominação albergar um conjunto de vertentes teóricas que, quando não enaltecem, também não conseguem dar conta de controlar a discricionariedade do intérprete. Em uma pesquisa de jurisprudência,

150 STRECK, Lenio Luiz. O Supremo Tribunal Deve Julgar por Políticas ou Princípios? In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (orgs.) **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: IusPodivm, 2013. p. 260.

151 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Principialista e Constitucionalismo Garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo: Um Debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: 2012.. p. 21.

152 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Principialista e Constitucionalismo Garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo: Um Debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: 2012.. p. 19.

defendeu o autor a tese de ser a invocação de princípios constitucionais o principal subterfúgio utilizado por juízes e tribunais para justificarem uma decisão que contraria o teor de uma lei, mesmo quando não é tida por inconstitucional, e portanto, ser válida no interior do ordenamento jurídico, comportamento que não enaltecido pelo positivismo jurídico, o qual vem injustamente recebendo a pecha de ser propagador da discricionariedade judicial pela doutrina e jurisprudência¹⁵³. Assim, conclui Torrano, desta vez voltando suas críticas ao que ele denomina por “pós-positivismo hermenêutico”, que em um contexto onde nem mesmo conceitos elementares de teorias como o positivismo jurídico são compreendidos corretamente, autorizar juízes a realizar uma leitura moral do Direito é, no limite, conferir-lhes poder para dizerem aquilo que, em sua intimidade, pensam ser justo¹⁵⁴.

O positivismo jurídico (e aqui incluem-se também os diferentes neoconstitucionalismos) possui sérias dificuldades em lidar com o problema da discricionariedade. Com a emergência do Estado Democrático de Direito e a importância assumida pela jurisdição constitucional em assegurar a vinculatividade do conteúdo substancial incorporado pela Constituição para a realização da justiça social, parece que as indagações envolvendo uma teoria da decisão ganharam contornos cruciais para a existência do Direito enquanto algo autônomo. Por isso a dificuldade encontrada pelas abordagens neoconstitucionalistas acerca da discricionariedade fez com que alguns juristas abandonassem a nomenclatura, para quem “a superação do positivismo implica o enfrentamento do problema da discricionariedade judicial ou também poderíamos falar, no enfrentamento do solipsismo da razão prática”¹⁵⁵.

No final das contas, o problema da discricionariedade somente consegue ser enfrentado a partir de um plano intersubjetivo de fundamentação. O positivismo não consegue vislumbrar a existência de um pré-compreensão possibilitadora do acesso ao mundo pelo sujeito, permanecendo preso a um preconceito iluminista inautêntico em relação aos preconceitos, os quais são necessários para perceber a existência de um plano compartilhado de sentido. Se o sentido é compartilhado, é possível haver diálogo, é possível que as pessoas consigam se articular em torno de projetos de vida comuns, especialmente no que se refere ao Direito, permitindo se ter uma postura de buscar as melhores respostas para as diferentes

153 TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei**: Entre Positivismo Jurídico e Pós-positivismo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 220 *et seq.*

154 TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei**: Entre Positivismo Jurídico e Pós-positivismo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 225.

155 STRECK, Lenio Luiz. Uma Leitura Hermenêutica das Características do Neoconstitucionalismo. *In*: **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 7. Nº 2. Brasília: IDP, 2014c. p. 43.

indagações levadas ao campo jurídico sem a necessidade de se recorrer a soluções centradas sobre a convicção pessoal de quem esteja encarregado de aplicar o Direito.

Para Kelsen, a interpretação estava invariavelmente eivada pelo subjetivismo oriundo das convicções morais, políticas e ideológicas do intérprete. Contudo, diferentemente de tentar enfrentar o problema lançando mão de um plano intersubjetivo de fundamentação, apenas o evitou ao retirar do âmbito de sua teoria pura do Direito a questão de saber qual é a resposta correta dentre as várias interpretações possíveis de uma mesma norma. Não reconhecia o jurista austríaco a possibilidade de o intérprete enfrentar seus preconceitos para conseguir apreciar criticamente aqueles que se mostravam mais adequados à compreensão do caso concreto. Consequentemente, a via do diálogo entre sujeito e sua tradição ficava inviabilizada no plano jurídico, e discricionariedade era, portanto, inerente à atividade de interpretação dos tribunais e da própria doutrina.

Este é o núcleo central da discricionariedade que pode também ser conferido na ideia de *open texture* de Hart, e as posturas neoconstitucionalistas, quando terminam reconhecendo a existência de discricionariedade por parte do intérprete, também conseguem realizar pouco mais do que aceitar o que Kelsen já havia percebido há muito tempo: que o Direito está factualmente ligado à política e à moral. Por isso alguns autores vem apontando o que seria a faceta “positivista” do próprio neoconstitucionalismo: aceitação da discricionariedade. Para se conseguir construir uma teoria que realmente se pretenda “pós-positivista”, é preciso dar conta deste problema que o positivismo jurídico não conseguiu¹⁵⁶. Não basta a boa intenção de realizar uma “correção” do Direito por meio de juízos morais, ou por valores sociais que se encontrariam por “debaixo” do texto, porque isto é, no final das contas, fazer o que Kelsen entendia ser feito nas práticas judiciais. Colocado assim, fica claro o “positivismo jurídico” de cada uma das posturas jurídicas que reconheçam a discricionariedade: nenhuma delas consegue escapar à aporia kelseniana.

Todo esse esforço de análise para dizer e demonstrar que a discricionariedade é, ao cabo, incompatível com a solidariedade, afinal, parte do pressuposto da inexistência desta na afirmação/interpretação do Direito. Justiça social é, neste contexto, apenas mais uma boa intenção a ser realizada pela política (representativa ou judiciária) quando esta julgue oportuno e conveniente, e não a expressão de um feixe de normas constitucionais vinculantes de toda atividade estatal. Este é um quadro que precisa ser superado caso se pretenda preservar a força normativa da Constituição, a qual pressupõe uma solidariedade, a

156 STRECK, Lenio Luiz. Uma Leitura Hermenêutica das Características do Neoconstitucionalismo. In: **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 7. Nº 2. Brasília: IDP, 2014c. p. 30.

capacidade de uma articulação conjunta entre diferentes sujeitos, para conseguir realizar uma justiça social insculpida no texto constitucional e que encontra respaldo no resgate das virtudes políticas expressas ao longo da história institucional brasileira. A discricionariedade, enquanto conceito central do ativismo judicial, não permite que o intérprete esteja aberto ao que o Direito tem a lhe dizer, isto é, por ela, a discricionariedade, o jurídico é emudecido em prol dos prejuízos inautênticos do aplicador, ocasionando a perda da força normativa da Constituição por decorrência da perda de sua autonomia.

Então parece ficar clara a dificuldade levantada pela discricionariedade em face da jurisdição constitucional: se os sentidos estão à disposição do sujeito, se a Constituição não consegue dizer nada ao aplicador, parece inevitável o desvirtuamento da tarefa de proteger a normatividade constitucional, a qual pressupõe um elevado grau de autonomia por meio de seus princípios que, por sua vez, somente conseguem se manifestar em um contexto de respeito aos direitos humanos. Sem estes, o Jurídico perde sua capacidade de proteger aqueles submetidos a seu império dos abusos do poder político e econômico, tornando-se dispositivo meramente regulador das vidas individuais em suas relações privadas e públicas. Parece, pois, que partindo do pressuposto que o constitucionalismo democrático incorpora um conteúdo crítico de transformação social o Direito seja capaz de impulsionar e consolidar mudanças consubstanciadoras de uma justiça social, todavia, para isso é necessário um modelo de compreensão do Direito que não o deixe refém da subjetividade e tampouco ignore comprometimento deste ideal de transformação social com a realização dos direitos humanos.

2.2 A autonomia do Direito obscurecida pela teoria do ordenamento jurídico: a necessidade de se recuperar os fundamentos dos direitos humanos e da Constituição para preservar a autonomia do Direito

Da afirmação de que *o Direito tem algo a dizer*, de que ele possui um elevado grau de autonomia, não se deve tirar a conclusão de que a textualidade dos provimentos normativos são autossuficientes de significado. Por isso se deve resgatar no âmbito histórico os compromissos firmados através do Direito no sentido de resguardar a dignidade humana, de prover o Direito de um conteúdo indisponível a maiorias políticas, compromissos que sucedem tanto nos âmbitos territoriais de cada Estado bem como no ambiente internacional por meio dos tratados internacionais de direitos humanos. Sem autonomia, como já dito,

parece haver pouca margem para se pensar em intersubjetividade ou justiça social no Direito, que termina sendo apenas uma gramática apropriável para o exercício do poder. O positivismo jurídico, ao elaborar uma teoria do ordenamento jurídico pela qual a validade de uma norma se afere exclusivamente por meio de um critério formal, coloca em jogo a autonomia do Direito por desvinculá-lo de seu elo substancial com os direitos humanos. É este lastro que sustenta o conteúdo indisponível do jurídico diante dos influxos dos demais sistemas sociais, garantindo que as questões levadas aos tribunais não sejam somente problemas relativos a economia ou à política. Portanto, no Estado Democrático de Direito se reconhece que o elo entre direitos humanos e constitucionalismo democrático não é um problema simplesmente formal, pois diz respeito aos seus próprios fundamentos.

Norberto Bobbio reconhecia esse problema dos fundamentos dos direitos humanos ao entender que estes não devem ser entendidos como algo “dado”, todavia constituídos historicamente e sujeitos a avanços e retrocessos, surgindo somente no momento em que as condições históricas de uma dada civilização os possibilitassem. Embora tal afirmação possa em uma primeira vista parecer truística, carrega consigo o extenso debate entre positivistas e jusnaturalistas acerca dos fundamentos do próprio Direito. Isso fica mais claro quando o autor italiano discute a possibilidade de haverem fundamentos absolutos, é dizer, uma razão de tal modo elaborada a ponto de tornar-se irresistível a qualquer espécie de oposição, como por muito tempo pretenderam os autores ligados ao Direito Natural. Para Bobbio, no entanto, a ideia de um fundamento último para os direitos humanos não apenas é inviável como contraproducente, seja por ser algo desmentido pelo curso histórico, seja porque após a Declaração Universal dos Direitos Humanos a questão do fundamento perdeu grande parte de seu interesse. Para o jurista italiano, o problema contemporaneamente já não se refere à busca de razões, e sim na garantia das condições necessárias para a realização da proteção humana nos mais diferentes aspectos elencados pelos documentos internacionais a respeito do assunto¹⁵⁷.

Embora não creia em um fundamento último para os Direitos Humanos, Bobbio entende existir certo consenso universal acerca de valores expressos pela Declaração Universal de Direitos Humanos que, apesar de trazer em seu bojo determinações oriundas do jusnaturalismo, constitui-se como um ato positivo e determinado elencando um rol de valores e preocupações comuns a toda comunidade internacional. Decorrente da visão partilhada universalmente de que os direitos humanos possuem um fundamento é a exigência de respeito

157 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 23.

a eles, por isso Bobbio diz que o problema da fundamentação é ineludível. Apesar de inevitável, entendia o jurista italiano que esta era uma indagação que na contemporaneidade deveria ficar em segundo plano, pois aquilo que hoje seria mais sensível ao tema era a preocupação com as garantias de realização e proteção dos direitos humanos¹⁵⁸. Com efeito, a Declaração Universal de Direitos Humanos estabeleceria um sistema de valores universalmente aceitos “não em princípio, mas *de fato*, na medida em que o consenso sobre sua validade e capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado”¹⁵⁹.

Como se pretende mostrar neste tópico, embora Bobbio esteja preocupado em superar a discussão entre jusnaturalistas e positivistas quanto aos fundamentos dos direitos humanos para que os esforços empreendidos pela teoria jurídica sejam direcionados para a efetivação destes, sua proposta de um “consenso universalmente aceito” a partir da Declaração de 1948 é, ela mesma, uma criadora de dificuldades para uma devida compreensão e, conseqüentemente, aplicação dos próprios direitos humanos, pois desemboca em um formalismo que míngua as possibilidades de diálogo entre os tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição. O sentido dos direitos humanos, e do constitucionalismo democrático, somente pode ser apreendido quando resgatadas as razões pressupostas por eles ao longo de sua afirmação histórica no enfrentamento das diferentes situações de precariedade da dignidade humana que visam combater. Se o que deve ocupar os juristas hoje é a efetivação dos direitos humanos, como pretendia Bobbio, então a inevitável pergunta de seus fundamentos não pode ficar em segundo plano como um problema “em boa parte resolvido”, mas sim visto como a outra face do mesmo problema da aplicação e merecedor de uma igual preocupação.

O problema ganha ainda mais força porque foram as Constituições as responsáveis por aproximar o conteúdo das declarações internacionais de direitos à realidade de cada país, mormente a partir dos chamados direitos fundamentais. Isso em boa parte se sucede pela situação peculiar na qual ainda se encontram os tratados internacionais de direitos humanos, os quais embora não sejam apenas uma recomendação doutrinária ou uma carta de boas intenções, tampouco conseguem se fazer valer com força jurídica nos âmbitos internos de cada Estado, muitas vezes a pretexto de preservação da soberania Estatal. Este parece ser um obstáculo apresentado pelo próprio positivismo jurídico na compreensão dos Direitos

158 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25-26.

159 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 28.

Humanos. É bastante significativo o fato de Bobbio assumir como seu autor da teoria do Direito por excelência ser Hans Kelsen¹⁶⁰, quem tinha como preocupação eminente a purificação do fenômeno jurídico de tudo aquilo o quanto não se pudesse definir rigorosamente como Direito.

A pretensão da teoria pura do Direito era a de construir uma teoria genuinamente jurídica, definindo rigorosamente o que venha a ser o próprio Direito, bem como o caminho possível para se constituir uma epistemologia sem interferências de outras áreas do conhecimento. Entendido como um ordenamento normativo coativo, o Direito era o objeto de estudo daquilo que Kelsen chamou de ciência jurídica. Essa ideia de ordenação era a responsável por distinguir as normas jurídicas de outras normas exteriores ao Direito – como a moral – pois o critério de validade de uma norma componente deste ordenamento precisava ser encontrado somente em outra norma, de grau hierárquico superior, que por sua vez encontrava sua validade em outra norma a ela também mais elevada. Para evitar que esse raciocínio terminasse em um regresso ao infinito, Kelsen concebeu uma norma fundamental hipotética (porque poderia ser tão somente pressuposta na validade das demais normas), de caráter eminentemente formal, uma vez que emprestava validade às demais normas jurídicas prescindindo de qualquer conteúdo dado como autoevidente em uma sociedade¹⁶¹. Bobbio, seguindo esta mesma trilha, reafirma que o problema de saber qual é a legitimidade da norma fundamental é uma inquirição que extrapola os limites da investigação jurídica, e a qual somente pode ser buscada no exterior do sistema jurídico¹⁶², reforçando, assim, a conhecida tese da separação.

Há então um o problema lançado para o Estado Democrático de Direito: a localização da norma fundamental estaria em um plano internacional e englobaria os direitos humanos, reconhecendo a validade de todos os ordenamentos jurídicos com eles compatíveis; ou se situaria no plano nacional determinando a validade do ordenamento de um país independentemente de sua conformidade aos tratados internacionais acerca do assunto. A primeira posição parece ser difícil de defender, pois seria preciso dizer que ordenamentos jurídicos de países que atravessam por ditaduras ou de um modo ou outro ferem o conteúdo dos direitos humanos seriam nulos, o que definitivamente não parece ser o caso, pois apesar de todas estas contrariedades ainda se atribui o *status* de jurídico a estes ordenamentos. A

160 BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3º ed. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 11.

161 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8º ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 217.

162 BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3º ed. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 223-224.

opção de Norberto Bobbio é a de que “a Declaração Universal [de Direitos Humanos] é algo mais do que um sistema doutrinário, porém algo menos do que um sistema de normas jurídicas¹⁶³”, mesmo porque o documento internacional não reivindica ser uma sistematização jurídica, mas um “ideal comum a ser alcançado por todos os povos e todas as nações”¹⁶⁴, evidenciando a falta de força normativa dos direitos humanos quando seguida a ótica adotada pelo jurista italiano.

Comparato afirma que os direitos fundamentais são uma resposta às críticas – que o autor qualifica como positivistas – de que os direitos humanos, por não serem incorporados pelos ordenamentos internos dos Estados, encontram-se desprovidos de validade jurídica. Os direitos fundamentais assim cumpririam a função de conceder validade aos direitos humanos. Entretanto, se faz necessário referir aqui que tal resposta termina também dando razão às críticas positivistas que procuram responder, pois acaba por reconhecer a mesma cisão entre direitos humanos e fundamentais, recorrendo aos últimos como medida de validação dos primeiros¹⁶⁵. A tese que se pretende mostrar neste subcapítulo vai em sentido distinto: a validade dos direitos humanos não depende de algum provimento por parte do ordenamento jurídico interno do Estado e tampouco esta calcada em um “consenso universal”. Isso não quer dizer que não se possua mais nenhuma autonomia para discutir a adequação dos tratados internacionais de direitos humanos à realidade brasileira, e sim que o conteúdo da Constituição Federal brasileira é indissociável do conteúdo dos direitos humanos, independentemente de estarem diretamente incorporados pelo ordenamento jurídico interno do Estado. O elo entre ambos é interpretativo, e não formal. Talvez por já reconhecer esta nova realidade figurada no horizonte da teoria do Direito, também Comparato admita que no âmbito teórico e doutrinário atual seja cada vez menos forte a vinculação da validade dos direitos humanos ao seu reconhecimento explícito pelos direitos fundamentais¹⁶⁶. A proteção dos direitos humanos precisa transcender as fronteiras de um debate eminentemente formal acerca da posição hierárquica e se concentrar mais no vínculo substancial existente entre eles e a Constituição. A distinção é meramente linguística, e não genética, o sentido de um somente pode ser atribuído quando o outro está também pressuposto no horizonte do

163 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 31.

164 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 31.

165 COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3º ed. Rev. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 59-60.

166 COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3º ed. Rev. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 61

intérprete¹⁶⁷. Sob tal ótica se consegue reconhecer a “necessidade de aproximação das fontes e a des(hierarquização) das ordens jurídicas interna e internacional. As fronteiras entre o direito constitucional e o direito internacional devem estreitar-se apontando para uma progressiva constitucionalização do Direito internacional¹⁶⁸”. Com efeito, realizar um diálogo entre direitos humanos e fundamentais fica obstruída quando visto por meio do paradigma positivista, mormente por conta da ideia de ordenamento jurídico, cuja preocupação se mantém eminentemente estrutural na relação das normas entre si.

Aquilo que o presente trabalho quer realçar é uma dimensão que permanece ainda pouco explorada pela doutrina e jurisprudência brasileiras: o caráter interpretativo dos direitos humanos (e do próprio Direito). Como dito acima, a Declaração Universal de Direitos Humanos é um documento datado, e portanto expressa uma série de preocupações características de um período histórico determinado: o segundo pós-guerra. Veja-se que mesmo a preocupação de proteção de todos os seres humanos expressa pela Declaração não foi suficiente para que medidas políticas fossem efetivamente tomadas para realizar alguma espécie de transição pacífica nas antigas colônias europeias que conquistariam suas independências ainda no século XX. A discriminação racial e em virtude do sexo até hoje permanecem problemas não resolvidos. Ademais, países como o Brasil, de herança escravocrata e onde a industrialização tardou a chegar, amargam um gigantesco fosso social entre ricos e pobres. Havia um *déficit* semântico acerca de quem estaria abrangido pela Declaração de 1948, seja por conta dos preconceitos presentes na época, seja por conta da conveniência política. Somente com as diferentes lutas e realidades que tomaram lugar ao longo do século XX que a abrangência da ideia de igualdade de direitos passou a ser alargada para locais onde antes não era reconhecida, mesmo que para isso fossem necessárias novas declarações para proclamar aquilo que hoje se diria óbvio: que ninguém pode ser discriminado em razão de sexo, idade, etnia ou posição social. Sob esta perspectiva, deve-se destacar o vínculo genético existente entre direitos humanos e fundamentais: não é adequado compreender os últimos como algo absolutamente isolado ou distinto dos primeiros. Com efeito, se pode afirmar que o papel desempenhado pelos direitos fundamentais no âmbito do Estado Democrático de Direito está em constituir as condições materiais de significação dos

167 FERREIRA, Rafael Fonseca. **Internacionalização da Constituição**: Diálogo Hermenêutico, Perguntas Adequadas e Bloco de Constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016. p. 298.

168 FERREIRA, Rafael Fonseca; ANADON, Celine Barreto. O Diálogo Hermenêutico e a Pergunta Adequada à Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil: Caminhos para um Processo de Internacionalização da Constituição. In: **Revista de Direito Internacional**. Vol. 12. Nº 2. Brasília, 2015. p. 182.

direitos humanos¹⁶⁹. Outrossim, se afirma que o sistema internacional de direitos humanos “atribuiu aos Estados (via Constituições) as funções de mediar a identidade comum-protetiva e as tradições de cada povo (costumes, cultura, raça, religião e etc.) naquilo que lhes é particular e não universalizável”¹⁷⁰.

Esse viés interpretativo dos direitos humanos e fundamentais tem consequências importantes para a teoria do Direito. O problema já não diz mais respeito apenas ao estatuto que um determinado direito possui dentro de uma determinada comunidade, porém sobre qual é efetivamente seu conteúdo, ou, em termos mais simples, à questão de saber quando alguém tem direito a algo. Embora seja possível afirmar um forte reconhecimento por parte da comunidade internacional acerca da necessidade de proteção da dignidade humana em suas mais variadas facetas, se mostra inevitável a pergunta acerca de qual a abrangência de cada direito humano para somente então se poder pensar concretamente em sua realização ou proteção. Do contrário, a defesa de qualquer direito não passa de exercício retórico, esvaziando a substancialidade histórica consubstanciada tanto nos tratados internacionais acerca do assunto quanto no constitucionalismo democrático pós Segunda Guerra Mundial. Apenas para situar uma discussão bastante recente e com sérios reflexos no âmbito pragmático: em 2016, no julgamento do *Habeas Corpus* de número 128.292 de São Paulo, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o âmbito de incidência da presunção de inocência para prevenir o cumprimento provisório da pena estendia-se somente até o segundo grau de jurisdição, alterando o posicionamento que vinha adotando até então. Não obstante, se consegue verificar que para restringir o âmbito de incidência de um direito fundamental ou humano não é necessário colocar em questão sua existência ou seu *status*.

Portanto, a discussão precisa ser inevitavelmente estendida para o âmbito do significado de cada um dos direitos, algo de suma importância para que a jurisdição constitucional consiga preservar o núcleo de significado dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, do ideal de justiça social insculpido na Constituição. E isso necessariamente traz a baila o problema de sua fundamentação – caso não se pretenda simplesmente aceitar uma atribuição de sentido discricionária – porque deve haver uma prestação de contas hermenêutica por parte do intérprete. Aqui vale a advertência de que no atual estágio do constitucionalismo, o Estado somente pode ser considerado democrático

169 FERREIRA, Rafael Fonseca. **Internacionalização da Constituição**: Diálogo Hermenêutico, Perguntas Adequadas e Bloco de Constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016. p. 38.

170 FERREIRA, Rafael Fonseca. ANADON, Celine Barreto. Perspectivas de uma (Trans)Constitucionalidade em Direitos Humanos: Ensaio para além de uma Proposta da Centralidade Estatal. *IV*: MARQUES, Carlos Alexandre M.; STOLZ, Sheila; VERAS NETO, Francisco Quintanilha (orgs.). **Hermenêutica, Sociedade e Natureza**: Análise Crítica dos Paradigmas (Pós) Modernos. Rio Grande: Editora da Furg, 2014. p. 194.

quando respaldado pelos compromissos internacionais de proteção da dignidade humana, ou seja, a democracia, contemporaneamente, se encontra estreitamente vinculada com os conteúdos estabelecidos pelos direitos humanos¹⁷¹. Nada parece ser mais próximo daquilo que determina do §2º do artigo 5º da Constituição Federal, e desse modo o resgate do significado de algum direito fundamental passa inevitavelmente pelo resgate de sua aplicação e consolidação ao longo da história também no âmbito internacional. Direitos fundamentais, logo, não são conceitos autóctones. Fundamento e significado não podem ser cindidos por completo na aplicação. Trata-se de uma afirmação de suma importância para a compreensão do que seja estar amparado por algum direito e, por isso, intimamente relacionada com a questão de sua proteção. Sem este lastro fornecido pelo Direito internacional, a justiça social também perde sua força por conta do esvaziamento de seu núcleo enquanto ideal de transformação do *status quo* social para se tornar um artifício retórico, uma vez que desvinculada da tradição hermenêutica.

Igualmente, sem este elo fundamental entre direitos humanos e constitucionalismo democrático o Direito perde sua autonomia. Veja-se que pensar em solidariedade no exercício da jurisdição fica aqui prejudicado porque não se consegue discutir aquilo que seria elementar para o exercício do diálogo na busca por respostas jurídicas corretas: os fundamentos da decisão judicial. É a partir dos fundamentos que se pode verificar se, na decisão, houve uma efetiva prestação de contas hermenêutica, resgatando o sentido dos princípios jurídicos por meio da substancialidade moral por eles incorporada, substancialidade moral que, embora venha expressa mais claramente na Constituição Federal, encontra-se situada em um ambiente internacional de proteção da dignidade humana. A teoria do ordenamento jurídico positivista, ao focar apenas o problema da validade de uma norma sob uma perspectiva formal, deixa de lado o problema relativo aos fundamentos. Como consequência, a discussão envolvendo os princípios jurídicos fica esvaziada. Para compensar este esvaziamento substancial do Direito, diante da impossibilidade de se discutir os fundamentos de cada decisão judicial para averiguar se ela é adequada a uma moralidade política consubstanciada pela Constituição e os direitos humanos, se recorre a métodos, procedimentos lógico-formais para tentar controlar a racionalidade do intérprete.

O deslocamento do debate do elo fundamental entre direitos humanos e fundamentais (e, numa perspectiva mais ampla, o próprio constitucionalismo democrático), se sucede pelo demasiado apego a estruturas formais para constituir a racionalidade da decisão dentro do

171 FERREIRA, Rafael Fonseca. **Internacionalização da Constituição**: Diálogo Hermenêutico, Perguntas Adequadas e Bloco de Constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016. p. 38

sistema jurídico. Do mesmo modo com que os chamados métodos de interpretação invocados para emprestar racionalidade à interpretação apenas a esvazia de um conteúdo substancial proveniente da história institucional da comunidade política do intérprete, a cisão entre direitos humanos e fundamentais esvazia os últimos de seu lastro moral. Para compensar tal *déficit* se recorre aos métodos e/ou à sistematização, permanecendo, contudo, o problema da legitimidade democrática da decisão, jamais obtidas por meio de uma racionalidade técnica *per se*, pois há a necessidade de comprometimento com a busca por respostas adequadas à Constituição, o que sempre pressupõe a capacidade de esta “dizer algo”, possuir um conteúdo que não se encontra a disposição do intérprete, conteúdo este estritamente vinculado aos direitos humanos. A legitimidade das decisões judiciais, e assim da própria jurisdição constitucional, não prescinde da discussão envolvendo seus fundamentos. As controvérsias envolvendo o significado não são passíveis de serem resolvidas por meio de métodos ou sistematizações, já que pressupõe uma estrutura prévia de sentido, a qual jamais é alcançada por tais procedimentos. Essa é, a término, a grande incompatibilidade entre positivismo e o pensamento de uma jurisdição constitucional nos marcos de uma solidariedade constitucional: não basta restringir o Direito a um *logos* apofântico, à lógica, pois esta não é suficiente para pautar a intersubjetividade inerente ao debate envolvendo quais são as respostas corretas aos diferentes problemas jurídicos.

Todas estes problemas ocorrem porque o positivismo jurídico ignora um plano intersubjetivo de fundamentação, e mais especificamente, o fato de o Direito ser um conceito interpretativo, algo vivo no interior de uma comunidade política, pois atua cotidianamente na vida de todos aqueles submetidos a seu império, sendo cotidianamente aplicado por diferentes cidadãos e autoridades. Sem ele, a substancialidade crítica incorporada pelo Direito por meio de sua Constituição se perde, e com ela, qualquer possibilidade de se pensar justiça social no Direito, bem como a incumbência democrática desempenhada pela jurisdição constitucional em garantir a força normativa da Constituição.

2.3 A intersubjetividade contra a técnica: caminhando em direção à realização da solidariedade pelo Direito

Como exposto no subcapítulo 1.3, o ativismo judicial é uma postura pela qual o Judiciário toma para si competências que não lhe são constitucionalmente previstas, deixando

de decidir a partir de princípios e valendo-se de argumentos finalísticos de cunho moral, político ou econômico. Uma abordagem que propugne por um ideal de solidariedade na realização do Direito por parte da jurisdição constitucional precisa dar conta do problema de estabelecer os caminhos pelos quais se possa discutir se uma decisão ser ou não considerada correta. O positivismo jurídico não consegue dar conta do controle da racionalidade do aplicador, apostando para tanto em métodos ou então encarando a questão de saber qual é a resposta correta dentre as várias possíveis em uma dada situação como um problema exógeno à teoria do Direito. No entanto, investigar tal problemática se mostra produtora na medida em que coloca em evidência a necessidade de se pensar em um plano intersubjetivo de fundamentação, possibilitador do diálogo entre sujeitos em sociedades plurais e complexas como as contemporâneas, e obscurecido pela racionalidade lógico explicitativa do positivismo jurídico que desloca o problema da fundamentação à aplicação de um método.

O ânimo descritivo do positivismo jurídico, focado em desenvolver uma epistemologia adequada ao seu objeto – o Direito positivo, em oposição ao Direito natural – fez com que o problema da aplicação fosse colocado em segundo plano. Mas mesmo quando ele era alvo do estudo, persistia a discricionariedade, entendida aqui como “a liberdade que teria ou tem um juiz para decidir quando o ordenamento jurídico não estabelece claramente como deve ser decidido o caso”¹⁷². Portanto, até mesmo a ambição objetivista de uma escola como a da exegese francesa soçobrava diante das complexidades advindas de suas pretensões de completude do sistema legal. Um exemplo disso pode ser vislumbrado na discussão rememorada por Norberto Bobbio¹⁷³ envolvendo o artigo 4º do código civil francês de 1804. Na oportunidade, colocava-se a questão de saber até que ponto tinha o magistrado liberdade para interpretar a legislação nos casos em que fosse ambígua frente ao caso concreto levado a juízo, pois a alegação de que o sistema jurídico não fornecia uma resposta clara (*non liquet*), impossibilitando a tomada de decisão dotada de certeza, estava expressamente vedada pelo mesmo código. A questão então orbitava entre duas possibilidades: a primeira delas era a de que o magistrado se encontraria livre para “criar” o Direito através de suas convicções pessoais de justiça de acordo com o fato concreto o qual estivesse sob exame da jurisdição; a outra era buscar no interior do sistema legal princípios gerais, obtidos por indução, responsáveis por nortear a totalidade das normas domésticas, bem como o recurso a analogia como mecanismo para a verificação ou não de uma semelhança entre o caso concreto

172 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e Jurisdição** – Diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 33.

173 BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 74-81.

diretamente regulado pelo Direito e aquele que encontrava-se fora do quadro semântico do enunciado normativo, entretanto visto como merecedor de igual tratamento.

Seja por conta da pouca confiança do regime napoleônico em sua magistratura, em boa parte herdada do chamado *ancién régime*, seja pelo imaginário contemporâneo de ser o método o meio privilegiado de controle de racionalidade, a opção adotada foi a segunda, incorporando-se assim as conhecidas analogia e princípios gerais do Direito para o interior do sistema jurídico. Tal medida mostrou ser meramente paliativa frente a complexidade insistentemente reforçada pelas situações concretas levadas ao Judiciário a procura de uma resposta jurídica. A crença do positivismo jurídico exegético era de extrair aprioristicamente o sentido das normas jurídicas por meio de operações de sintaxe, ficando o intérprete encarregado de apenas realizar um silogismo entre os enunciados obtidos e o caso levado a julgamento, isto é, a identificação entre uma premissa maior, correspondente ao enunciado normativo, e uma premissa menor, a descrição do caso concreto sob exame. A analogia, como muito bem acrescenta Norberto Bobbio¹⁷⁴, não possui uma estruturação tão distinta do silogismo, a diferença crucial é apenas a de não haver um juízo de identificação entre as premissas, mas um de semelhança entendida como suficientemente relevante para justificar a aplicação de um enunciado legal a uma hipótese não tratada por ele imediatamente.

A “falha” encontrada no processo de analogia é que não há um “meta-método” para a verificação da suficiência da semelhança entre dois casos concretos para justificar a abrangência de ambos pela mesma norma legal, mesmo quando esta trata de apenas um deles. Essa aproximação termina ficando a cargo da subjetividade do intérprete ao cabo, frustrando a principal finalidade de qualquer método: o controle da racionalidade do sujeito. Também quanto aos princípios gerais do Direito não se consegue estabelecer um critério unívoco quanto ao seu real significado devido à sua abstração. Warat entendia que os princípios gerais do Direito se tratavam de diretrizes retóricas ou estereótipos, pois tanto em uma quanto em outra hipótese “son fórmulas huecas, sin significación de base, mediante los cuales veladamente se introducen criterios axiológicos, cuya participación en la interpretación de la ley, niega la dogmática”¹⁷⁵. Deveria, portanto, causar constrangimento a resistência dos princípios gerais do Direito e da analogia no imaginário jurídico brasileiro institucionalizados pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. É dizer, no mesmo ambiente

174 BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 216 *et seq.*

175 “[...] são fórmulas ocas, sem significação de base, mediante as quais veladamente se introduzem critérios axiológicos, cuja participação na interpretação da lei, nega a dogmática” (Tradução Livre de: WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 155-156).

doutrinário onde se defende não ser mais o juiz apenas a boca da lei, também são repristinados os recursos utilizados pela própria exegese como solução de lacunas e obscuridades do texto normativo. Cabe rememorar a advertência de Streck de que a ideia de uma Lei de Introdução ao Código Civil surgiu em um ambiente onde a principal preocupação do Direito era com a resolução de problemas privados, por isso tal norma equivalia a uma lei de introdução ao Direito. O que edição da lei 12.376 fez foi institucionalizar este imaginário alterando o nome para “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”, expressando inequivocamente a resistência de um positivismo primevo, pelo qual jamais se conseguiria a constitucionalização do Direito civil, apenas a codificação da Constituição¹⁷⁶. Por outro lado, em se tratando da diferença entre princípios gerais do direito e princípios constitucionais é devida a advertência de que os últimos não são uma continuidade dos primeiros, porém justamente o contrário: enquanto os primeiros serviam como “reforço” da razão prática no interior do Direito quando as regras do sistema não conseguiam abarcar um determinado caso concreto, os últimos não servem como algo meramente suplementar. São, ao contrário, a condição de possibilidade de qualquer interpretação que se pretenda correta, pois permitem o exercício do diálogo entre o intérprete e sua tradição hermenêutica no Direito¹⁷⁷.

Interessante também perceber a existência de mecanismos desenvolvidos pelo Direito brasileiro voltados justamente ao controle da interpretação dos juízes e tribunais. O caso mais emblemático é precisamente o das súmulas vinculantes, as quais permitem ao Supremo Tribunal Federal, após o julgamento reiterado em um mesmo sentido, por decisão com quórum qualificado de 8 dos 11 ministros, efetivamente editar uma norma jurídica com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes em sede de controle concreto de constitucionalidade. Curioso constatar que, no mesmo cenário onde a doutrina já não aceita por unanimidade o “juiz boca da lei” atribuído às escolas objetivistas do positivismo jurídico se recorram a enunciados com pretensão de transcendentalidade para o controle da interpretação judicial. A súmula vinculante também constitui-se como texto e, a menos que se repristine a tese da exegese de isomorfia entre texto e norma, se reconhece que esta resulta da interpretação (aplicação) de um texto jurídico. A discussão ganhou ainda mais força com o novo código de processo civil, o qual faz diversas referências ao uso de precedentes, característicos do sistema de *common law* anglo-saxão. Mas a força gravitacional de um precedente não ocorre por conta da normatividade atribuída a ele. Não se forma um precedente simplesmente porque

176 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 10º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 141.

177 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 5º ed. Rev. Mod. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2014b. p. 66-67.

um tribunal julgou neste ou naquele sentido. Ele se forma através de uma série de decisões tomadas ao longo do tempo pelos tribunais afirmando uma *ratio decidendi*, isto é, uma razão de decidir de determinada maneira uma dada situação concreta. A regra estabelecida pelo precedente vem sempre acompanhada da questão fático-jurídica que resolveu, e portanto não é uma norma abstrata como pretende ser a súmula vinculante¹⁷⁸. “Em outras palavras, não cabe ao *leading case* determinar sua aplicação aos casos futuros, e sim os casos futuros é que vão estabelecer qual a medida de relevância do caso em que gerou o precedente”¹⁷⁹.

Por isso Abboud critica as súmulas vinculantes quando afirma não haver nenhum acréscimo democrático em substituir o juiz boca da lei pelo “juiz-boca-da-súmula-ou-de-qualquer-outro-provimento-vinculante”¹⁸⁰, pois ao cabo o problema hermenêutico persiste: o texto precisa ser interpretado, não possui um significado imanente a ele. O sentido é sempre atribuído pelo sujeito e uma norma jurídica não prescinde da realidade fática levada em consideração. Ingenuidade crer que enunciados possam ter a pretensão de abarcar toda a realidade ou que seja possível por mera subsunção aplicá-los a situações fáticas independentemente de suas peculiaridades. Uma hipótese emblemática a ser considerada é a da súmula vinculante número 11, a qual dispõe sobre o uso de algemas por parte das autoridades, as quais poderiam utilizar o instrumento “em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros”. Mesmo diante do enunciado emitido pelo Supremo Tribunal Federal ainda persistiram diversas hipóteses nas quais não se faz clara a necessidade da utilização das algemas, ocasionando um considerável número de reclamações àquela corte para que se pronunciasse acerca de qual deveria ser a aplicação da referida súmula vinculante¹⁸¹.

178 ABOUD, Georges. STRECK, Lenio Luiz. **O que é Isto – O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes?**. 2º ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 46.

179 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 665. Grifos no original.

180 ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 575.

181 “Levando-se em consideração somente a Súmula Vinculante nº 11 é possível constatar que diversas foram as reclamações levadas até o Supremo Tribunal Federal questionando a legitimidade do uso de algemas nas mais variadas hipóteses, de modo que a Corte vem construindo a partir da discussão dos casos concretos a efetiva abrangência do referido enunciado sumular. Ilustrativamente, e sem a pretensão de avaliar a correição de tais decisões, cabe referir que já se entendeu: ser justificado o uso de algemas no réu quando a sala de audiências conta com somente um policial, sob a alegação de proteção da integridade física dos presentes (Reclamação nº 8.712/RJ); a simples autorização, por parte do juiz, para o uso de algemas, deixando à discricionariedade policial a utilização ou não do mecanismo, não constitui ofensa à Súmula Vinculante nº 11 (Reclamação nº 7.814/RJ); ser lícito o uso de algemas para a transferência de presos tendo em consideração o pequeno efetivo da polícia local (Agravo Regimental na Reclamação 8.409/MG)”. FERREIRA, Rafael Fonseca; BRUM, Rômulo Gubert de Mello. **Jurisdição Constitucional, Coerência e Integridade: Contribuições para o Pensamento de um Poder Judiciário Democrático**. In: **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Vol. 33 nº 2. Pouso Alegre: 2017. p. 141-142.

Por mais que se pretenda a uniformização da jurisprudência lançando-se mão do uso de provimentos com efeito vinculante, é preciso reconhecer que esta vinculação somente pode se suceder interpretativamente¹⁸². O fato de se viver em um mundo de sentidos e significados compartilhados faz ser necessário um diálogo com as razões de decidir tomadas por outras autoridades encarregadas pela aplicação do Direito. É esta tradição trazida pelo precedente aquilo que constrange o intérprete a rever seus conceitos – ou melhor, seus preconceitos – para somente então conseguir visualizar o fenômeno em sua autenticidade e singularidade. Se não ocorre esse constrangimento, o sujeito não se adverte de seus pré-juízos, e com essa inadvertência assujeita o fenômeno, a situação fático-jurídica requerente de uma resposta, retirando sua singularidade. Logo, de pouco resolve conceder eficácia abstrata e efeitos vinculantes a enunciados sumulares para que casos concretos sejam a eles subsumidos se o problema o qual se procura terminar persiste: é preciso interpretar, e inevitavelmente isso ocasiona controvérsias somente solúveis no quadro de um diálogo institucional.

O problema da discricionariedade no Brasil se expressa por uma série de sincretismos teóricos e paradigmáticos. De um lado ainda se aposta em voluntarismos como a capacidade de o Poder Judiciário trazer a tona os valores encontrados “por baixo” do texto constitucional para a realização de uma sociedade democrática. Por outro, e justamente para controlar estes voluntarismos, se situam mecanismos de cunho objetivista, característicos do positivismo primevo, como analogia, princípios gerais do Direito e provimentos vinculantes quando entendidos como capazes de, por si só, estabelecer uma resposta de antemão a uma controvérsia quanto a aplicação do Direito. Ora, não é possível simplesmente retirar a interpretação por meio de enunciados vinculantes porque nenhuma súmula tem poderes para revogar uma condição ontológica do sujeito. Também não se pode simplesmente abraçar as teses que advogam qualquer espécie de discricionariedade, pois atual estágio no constitucionalismo também os tribunais devem estar permeados pela democracia, é dizer, precisam prestar contas de suas decisões para uma comunidade mais ampla.

Analogia, princípios gerais do Direito e súmulas vinculantes. Todas estas tentativas de controlar a interpretação possuem um denominador comum: pressupõe a inexistência de um plano intersubjetivo anterior que constranja o sujeito a decidir em determinada direção, solapando qualquer pretensão de se pensar solidariamente o Direito. Tal pressuposição afasta a jurisdição constitucional de sua atribuição democrática porque reveste a decisão judicial com uma retórica tecnocrata: diferentemente de encontrar as razões de decidir na história

182 ABOUD, Georges. STRECK, Lenio Luiz. **O que é Isto – O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes?**. 2º ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 112.

política e institucional buscando resgatar as tradições e decisões que melhor expressem os ideais de moralidade política de sua comunidade e assim prestar contas de se sua decisão respeita ou não estes marcos estabelecidos intersubjetivamente ao longo do tempo, ao apostar em metodologias ou provimentos vinculantes de cariz objetivista o intérprete coloca o fundamento de sua decisão em uma espécie de argumento autoreferenciado, isto é, justifica sua decisão não em razão de seu conteúdo respeitar a substancialidade moral subjacente ao Direito, e sim na simples observância de uma formalidade, a qual dificilmente pode ter sua adequação ao caso concreto demonstrada, que todavia se pretende justificar por sua reivindicação de tecnicidade.

Sem esta substancialidade que se esvai na simples observação de uma formalidade o Direito perde seu potencial emancipador porque também perde sua autonomia. Retorna-se, na melhor das hipóteses, à autonomia do Direito propugnada pelo positivismo: um conjunto de enunciados autorreferentes. Visto sob tal perspectiva ao jurista não resta nenhuma razão para apostar no Direito, somente aceitá-lo. Consequentemente, a solidariedade neste contexto é inexistente, uma vez que renuncia qualquer pretensão de intersubjetividade, qualquer compromisso de discutir a correção ou não de uma decisão. Com a compreensão dos direitos fundamentais parece estar ocorrendo algo semelhante. A preocupação em saber o *status* hierárquico dos direitos humanos no interior do ordenamento jurídico brasileiro tem deixado em segundo plano a discussão envolvendo o elo genético, ou de substância entre estes e os direitos fundamentais. Como resultado, o sentido dos últimos é pensado desarticuladamente de sua imbricação histórica com as lutas pela emancipação da humanidade frente aos diferentes fatores que pauperizam sua dignidade.

Se a discricionariedade coloca em risco a autonomia do Direito porque contrária a qualquer ideia de solidariedade que este deva pressupor nas democracias constitucionais contemporâneas, a desindexação do conteúdo dos direitos fundamentais do conteúdo dos direitos humanos fragiliza a autonomia do Direito porque retira deste seu núcleo substancial. A autonomia do Direito, como visto, pressupõe esta substancialidade porque o jurídico, nas democracias constitucionais contemporâneas, passou a incorporar um conteúdo moral crítico que impede serem razões de política ou economia os critérios de decisão acerca dos direitos de cada cidadão e, mais amplamente, da atuação do Estado. Deve ser o próprio Direito quem fornece as razões de decidir por meio de seus princípios. Se não fosse assim, o desempenho da jurisdição constitucional perderia seu sentido, afinal, caberia a pergunta de como (ou porque) proteger a Constituição se ela não carrega consigo nenhuma materialidade capaz de fornecer fundamentos para a interpretação. Mas se ela fornece esses fundamentos, é

necessário saber quais eles são, o que somente se concebe em um ambiente onde se reconheça o compartilhamento do sentido, a disposição para se debater a correção das interpretações jurídicas. De todo modo, a substancialidade assumida pelo constitucionalismo contemporaneamente a partir de seu elo fundamental com os direitos humanos é ponto nevrálgico para se compreender a autonomia do Direito e o papel desempenhado pela jurisdição constitucional, pois a crença de que métodos possam resolver os problemas de dirimir dúvidas no momento da interpretação permanece algo que impede o desenvolvimento de qualquer solidariedade no espectro jurídico.

Princípios, não abrem a interpretação do Direito para conteúdos de outros sistemas normativos. Antes o contrário: os princípios são responsáveis por blindar o jurídico a interferências posteriores ao processo deliberativo com lugar nos Poderes representativos. Política, economia e moral influenciam o conteúdo da legislação conforme são discutidas tanto na esfera pública quanto na tomada de decisão pelo Legislativo e Executivo. Não obstante, uma vez institucionalizado um determinado conteúdo pelo Direito não é tarefa dos princípios “corrigir” posteriormente o mérito da norma por meio de critérios da própria política, moral ou economia¹⁸³. Então, se fosse possível conferir tal propriedade aos princípios constitucionais seria preciso reconhecer que, em última análise, não seria o Direito quem devesse ditar as respostas dos tribunais aos milhares de casos até eles levados cotidianamente, mas a própria moral, política ou economia, pretensos critérios últimos de validade do sistema jurídico. Também seria questionável democraticamente a capacidade de o Poder Judiciário poder simplesmente arrogar para si a responsabilidade de tomar decisões políticas que envolvem uma ampla exigência de legitimidade por meio do debate público e da representação política. Entenda-se bem: é claro que uma norma jurídica pode ter sua validade afastada por ofender os princípios constitucionais, todavia deve ficar claro que estes mesmos princípios são decorrentes de uma moralidade política institucionalizada ao longo da história pelo aparato jurídico de uma sociedade, ou seja, um princípio precisa ter seu sentido resgatado a partir das decisões tomadas pelas autoridades encarregadas de aplicar a norma jurídica ao longo de tempo, decisões essas que também expressam uma dimensão de justiça, equidade, igualdade ou outra virtude política incorporada ao Direito¹⁸⁴. Em outras palavras, um princípio somente pode resultar de um diálogo do intérprete com sua tradição, condição de possibilidade para a construção de um Direito intersubjetivo, onde quem aplica uma norma

183 STRECK, Lenio Luiz. **O que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?** 4º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013b. p. 113.

184 DWORKIN, Ronald. **Levando o Direito a Sério**. 3º ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 36.

precisa fazer sempre uma prestação de contas da decisão que tomou para sua comunidade, e não simplesmente assumir posicionamentos voluntaristas sob o pretexto teórico de divisão estrutural entre regras e princípios, como se estes conceitos fossem eminentemente questões de semântica no interior do Direito¹⁸⁵.

Os problemas metódicos, portanto, ocorrem quando não se consegue advertir do caráter interpretativo do Direito. A tese do fato social, embora realce o fato de o Direito positivo ser um dado empírico, oriundo de uma vontade humana, deixa de lado a atribuição de sentido existente no interior de uma sociedade a este mesmo Direito. Assim concebido, a interpretação deixa de ser uma atividade mecânica¹⁸⁶, pois o sujeito atribui sentido aos enunciados jurídicos, sentidos estes que não estão inteiramente a sua disposição, fazendo com que deva ser revolvida a tradição hermenêutica do intérprete a fim de buscar as virtudes políticas que melhor expressem uma concepção íntegra e coerente de princípios. Isso porque do Direito, nas palavras de Dworkin, se exige que todos os cidadãos sejam considerados como dignos de igual consideração e respeito, obrigando a considerar sua comunidade política como um ente personalizado, capaz de assumir ideais e compromissos com cada um de seus membros¹⁸⁷. Essa afirmação do autor estadunidense é bastante próxima do ideal de solidariedade aqui propugnado, pois a realização de uma justiça social pressupõe exatamente este compromisso intersubjetivo entre diferentes sujeitos na realização da substancialidade dos direitos humanos incorporadas pelo constitucionalismo brasileiro após 1988.

Interpretar o Direito, não é uma atividade mecânica, como parecem fazer crer aqueles que acreditam em casos fáceis resolvíveis por subsunção, em oposição aos casos difíceis, nos quais o intérprete precisa justificar argumentativamente sua decisão¹⁸⁸. Essa demanda argumentativa se faz sempre necessária, para que seus fundamentos sejam passíveis de serem discutidos em uma esfera mais ampla, empenhada em alcançar um ideal de resposta correta. Somente se consegue falar em casos fáceis quando se está diante de uma situação confortável com os próprios preconceitos, os quais deixam de ser revisados pela tradição hermenêutica para assujeitarem o caso sob *judice*, isto é, só há casos fáceis quando o intérprete já tem a resposta antes mesmo de a pergunta ser formulada¹⁸⁹. A crença na possibilidade de se

185 FERREIRA, Rafael Fonseca. (a) crítica recepção das teses alexyanas: o *locus* da discricionariedade judicial em *terrae brasilis*. In: **Direitos Fundamentais e Justiça**. Ano 7. N° 27. Porto Alegre: HS, 2013. p. 96-97.

186 DWORKIN, **O Império do Direito**. 2° ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 56-58.

187 DWORKIN, **O Império do Direito**. 2° ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 208.

188 Por todos: Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5° ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 381 et seq.

189 DWORKIN, **O Império do Direito**. 2° ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 423-424.

conseguir respostas apenas por meio de métodos advém da cegueira do positivismo jurídico para o plano hermenêutico, ou seja, por não conseguir reconhecer a existência de uma tradição hermenêutica que se antecipa ao intérprete e torna possível o compartilhamento do sentido, o positivismo jurídico termina por apostar na lógica, em procedimentos metódicos para o controle da racionalidade do intérprete. Entretanto, com isso igualmente se perde o problema da fundamentação que, como já dito, ao contrário de se situar em uma moralidade política substancializada pelos direitos humanos é deslocada em direção à técnica, cujo fundamento termina sendo autorreferente.

Dizer que o Direito é um conceito interpretativo é dizer, ao fim, que o Direito é algo cuja realização somente acontece mediante atribuição de sentido por parte de todos aqueles com ele envolvidos. Quando a este conceito interpretativo se agrega a ideia de autonomia do Direito, se deve ter em mente que o sentido atribuído ao Direito não pode estar inteiramente a disposição daqueles que o interpretam, e por isso o problema da fundamentação se faz presente, pois são os direitos humanos os responsáveis por estabelecer o que se poderia chamar de “núcleo duro” dos compromissos assumidos pelo jurídico na proteção da dignidade humana. Portanto, mais do que se recorrer a métodos, é preciso pensar em um plano intersubjetivo de fundamentação e compreensão dos fenômenos, o qual o positivismo jurídico por vezes não consegue alcançar, para se conseguir pensar em justiça social e solidariedade no Direito. Saber o que se quer referir com esta ideia de solidariedade, e como ela se reflete no exercício da jurisdição constitucional é, portanto, um caminho essencial para se compreender o exercício da jurisdição constitucional no Brasil contemporaneamente.

3. INTERSUBJETIVIDADE E A REALIZAÇÃO DA SOLIDARIEDADE PELA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A compreensão do papel da jurisdição constitucional contemporânea deve colocar em relevo o plano intersubjetivo de fundamentação envolvido no processo de decisão. Como se pretende mostrar neste capítulo, somente por meio do compartilhamento de sentido que se pode pensar em respostas corretas no interior do Direito. Mais do que isso, também por meio da intersubjetividade se pode pensar em um ideal de solidariedade, pois os vínculos que revelam o entrelaçamento das vidas dos membros de uma mesma comunidade política envolve uma co-percepção, a qual tanto diz respeito a identidade de alguém enquanto integrante de uma comunidade, quanto a diferença, pois o outro é fundamental para que o diálogo aconteça.

Como se pretende mostrar, embora o Direito não crie solidariedade, ele é um importante meio de resgatá-la porque incorpora uma moralidade política que, interligada aos direitos humanos, recorda os diversos laços de solidariedade que unem os diferentes membros de uma comunidade política. Ao se enfrentar a tese da separação entre Direito e moral se desvela um potencial emancipador para o Direito, o qual, no entanto, somente se realiza a partir de uma postura não discricionária por parte da jurisdição constitucional, responsável por preservar a autonomia da Constituição e, conseqüentemente, a do próprio Direito.

Por fim acaba-se por concluir que Direito é, tal qual as palavras de Ronald Dworkin, uma questão de princípio. Ao contrário de se pautarem por critérios políticos, econômicos ou qualquer outro argumento teleológico, os quais sempre subordinam o Direito a outros sistemas sociais, os princípios servem para constranger o sujeito em interpretar em um determinado sentido que expresse a moralidade política institucionalizada pelo jurídico ao longo da história. São eles, os princípios, que ao incorporarem uma moralidade para o Direito permitem o resgate dos diferentes elos de solidariedade apontados pela Constituição e, ao mesmo tempo, servem para controlar a racionalidade do intérprete através de um plano intersubjetivo, possibilitando o debate quanto ao acerto ou não de uma interpretação através da discussão de seus fundamentos. Em suma, a realização constitucional da solidariedade somente se realiza por meio da jurisdição a partir de uma postura anti-discricionária que respeite a autonomia do Direito.

3.1 Um plano intersubjetivo de compreensão como pressuposto da solidariedade: uma abordagem a partir da hermenêutica filosófica

A pretensão de, por meio de técnicas e métodos, controlar a racionalidade do sujeito se mostra falha no momento da interpretação do Direito, pois o problema não é meramente lógico. Antes diz respeito a um compartilhamento de sentido em que exige uma prestação de contas do intérprete por parte de sua comunidade política. Isso implica uma intersubjetividade que não se fazia presente, ao menos a maior parte do tempo, nas doutrinas positivistas do Direito. Logo, a importância de se explorar a pretensão de Gadamer de desvincular a experiência da verdade do método, herança do cartesianismo moderno. Não se trata de negar o método como um caminho viável para acessar a verdade, e sim de mostrar que este caminho não é único, nem exclusivo. A obra *Verdade e Método* procura resgatar precisamente outras experiências de verdade que passaram menosprezadas pela tradição epistemológica cartesiana. Assim, se questiona os dois pressupostos estabelecidos por René Descartes: a busca de um saber que seja absolutamente claro e certo, e o de que o fundamento do conhecimento se encontra na evidência reflexiva do próprio pensamento que pensa a si mesmo. Para a hermenêutica filosófica¹⁹⁰, o saber humano depende da tradição e dos pré-juízos. Ao encontrar-se imerso em uma linguagem, em um mundo do qual herda um horizonte histórico, o sujeito é recordado por sua consciência histórica efetual da impossibilidade do ideal de total transparência do conhecimento¹⁹¹.

No entanto, seria equivocado ver a hermenêutica filosófica como um apelo de total contrariedade ao método. Sua objeção não é contra o uso de métodos por parte das ciências, mas aquilo que se poderia chamar de fascinação despertada pela metodologia responsável por confinar a compreensão em uma ótica instrumentalizada. O resgate da experiência artística e de outras tradições, tais quais o humanismo e a retórica, se revestem de especial importância na obra de Gadamer ao revelarem uma concepção de compreensão que extrapola os estreitos limites impostos pela ciência moderna. Tais limites são realçados pelo caráter de acontecimento da compreensão, que por isso não se encontra a disposição do sujeito.

190 Não se quer aqui menosprezar a importância da filosofia hermenêutica heideggeriana para a constituição da própria hermenêutica filosófica e para a construção de um paradigma intersubjetivo da filosofia. A referência à hermenêutica filosófica aqui é por conta do recorte utilizado pelo trabalho e porque foi Gadamer quem se dedicou a investigar o fenômeno da compreensão e sobre como este conceito foi forjado (e o quanto ele é fundamental para) pelas ciências do espírito.

191 GRONDIN, Jean. **Introducción a Gadamer**. Tradução de Constantino Ruiz-Garrido. Barcelona: Herder Editorial, 2003. p. 18.

Compreender não se confunde com conhecimento, está muito mais próximo de uma habilidade prática que os sujeitos possuem de serem capazes de algo e, simultaneamente, se compreenderem em relação a este algo¹⁹². Com efeito, também pressupõe um certo grau de incapacidade, de maneira que jamais se possui pleno domínio sobre alguma coisa. É a compreensão entendida como forma originária de ser no mundo, portanto, o núcleo fundamental da obra *Verdade e Método* e da hermenêutica filosófica. Trata-se do questionamento acerca das condições de possibilidade do conhecimento humano, o qual ultrapassa os limites impostos pelo paradigma cientificista da modernidade, estendendo-o a todo o horizonte da vida humana¹⁹³.

O problema de diferenciar as ciências humanas das da natureza teve um início relativamente recente, no século XIX. O desafio que se colocava na época para as primeiras consistia em adotar ou não os métodos das últimas para poderem ganhar legitimidade enquanto conhecimento efetivamente científico. Ciências humanas e naturais, então, se situariam sob um único paradigma unificado de ciência, o que era incentivado pelo positivismo filosófico da época. Todavia essa tendência não era uniforme no cenário europeu. A escola histórica alemã, especialmente com as teorizações de Dilthey, pretendia identificar as peculiaridades das ciências humanas, e conseqüentemente as necessárias diferenças que deveriam existir entre seus métodos e aqueles das ciências naturais. Mas o que indaga Gadamer é se uma metodologia é realmente o caminho da hermenêutica nas ciências do espírito. Apesar das melhores intenções de uma metodologia própria, entendia Gadamer que ao se proceder assim ainda se está deixando ofuscar pelo modelo das ciências naturais¹⁹⁴.

Gadamer pretende mostrar que a compreensão das ciências humanas passa pelo resgate da tradição humanista, tomando o conceito de formação como ponto de partida, a ideia de que as ciências humanas também educam, sensibilizam aqueles que as estudam. Formação não é, então, um meio para se atingir um determinado fim (angariar mais materiais e métodos ou acumular conhecimento), trata-se de um processo pelo qual o sujeito apropria-se daquilo que lhe é instruído, aquilo que aprende integra-se a ele¹⁹⁵. A formação está relacionada com a capacidade de abstração de cada sujeito na obra, capacidade de conseguir se distanciar

192 GADAMER, Hans-Georg.. **O Problema da Consciência Histórica**. 2º ed. Tradução de Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 58-59.

193 SILVA JÚNIOR, Almir Ferreira. **Estética e Hermenêutica: A Arte como Declaração de Verdade em Gadamer**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Letras Filosofia e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2005. p. 24

194 GRONDIN, Jean. **Introducción a Gadamer**. Tradução de Constantino Ruiz-Garrido. Barcelona: Herder Editorial, 2003. p. 46-47.

195 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meuer. 15º ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 47.

do imediato em direção a uma universalidade. Aquele que se entrega à particularidade é inculto. Assim, possuir um grande acervo de materiais e métodos não basta para caracterizar a formação. Se faz necessário um distanciamento do sujeito de sua imediaticidade para que lhe seja possível conceder vigência e validade ao pensamento do outro. Trata-se do reconhecimento da finitude humana e a disposição para reconhecer aquilo que não se sabe¹⁹⁶.

Reconhecer no estranho o que é próprio, familiarizar-se com ele, eis o movimento fundamental do espírito, cujo ser é apenas o retorno a si mesmo a partir do ser-outro. Nesse sentido, toda formação teórica, mesmo o cultivo de idiomas e aquisição de concepções de mundo estrangeiros, é a mera continuação de um processo de formação que teve início bem mais cedo. Cada indivíduo particular que se eleva de seu ser natural a um espiritual encontra no idioma, no costume, nas instituições de seu povo uma substância prévia de que deve se apropriar, como o aprender a falar. Assim, cada indivíduo já esta sempre a caminho da formação e da superação de sua naturalidade, na medida em que o mundo em que está crescendo é formado humanamente em linguagem e costumes. [...]

Com isso fica claro que o que perfaz a essência da formação não é o alheamento como tal, mas o retorno a si, que pressupõe naturalmente o alheamento. Nesse caso, a formação não deve ser entendida apenas como o processo que realiza a elevação histórica do espírito ao sentido universal, mas é também o elemento onde se move aquele que se formou¹⁹⁷.

Claro que o movimento da formação transcende a metodologia das ciências naturais. Reconhecer que o outro pode estar correto mesmo quando defende uma ideia diferente, ou até mesmo antagônica, implica que o sujeito reconheça sua finitude. Ao tentar superar o imediato e buscar alcançar um sentido universal (diga-se: compartilhado), é também realizado um trabalho de formação espiritual que além de buscar compreender algo, compreende a si próprio, percebendo as limitações e perspectivas impostas pela finitude humana¹⁹⁸. Desenvolve-se então um “tato”, o qual dificilmente poderia ser explicado por meio de uma metodologia, mas que existe na formação de um senso comum¹⁹⁹. Não se trata, como pode parecer, de um sentimento subjetivista por parte do sujeito, uma vez que o tato pressupõe sempre o elemento da formação, o distanciamento de si próprio para ser possível ao sujeito manter-se aberto ao diferente e conseguir alcançar um sentido universal. “Um sentido universal e comunitário... esta é, de fato, uma formulação para a essência da formação em que ressoa um amplo contexto histórico²⁰⁰”.

196 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meuer. 15º ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 44 *et seq.*

197 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meuer. 15º ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 50.

198 DAMIANI, Alberto Mario. Humanismo Civil y Hermenêutica Filosófica. Gadamer Lector de Vico. *In: Cuadernos Sobre Vico*. Nº 15-16. Sevilla: Universidad de Sevilla. 2003 p. 34

199 GRONDIN, Jean. **Introducción a Gadamer**. Tradução de Constantino Ruiz-Garrido. Barcelona: Herder Editorial, 2003. p. 50.

200 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meuer. 15º ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 54.

Esta ideia de um sentido universal ou comum, é o segundo conceito da tradição humanista que Gadamer recupera. O um senso comum foi fortemente desacreditado ao longo da modernidade como algo efetivamente perigoso, um conjunto de preconceitos falsos no qual alguém que não tomasse cuidado poderia cair, e cuja prevenção era a confrontação com a dúvida e o método científico. Como destaca Grondin, na tradição retórica o senso comum ocupava um espaço importante na medida em que possibilitava a comunicação, àquele que fala recorrer a convicções fundamentais universalmente compartilhadas dentro de uma comunidade. Diferentemente do que ocorre com a ciências naturais, as quais dispõe de um mundo exterior objetivável, as dimensões moral, política e histórica de uma comunidade jamais conseguem passar pela mesma espécie de objetivação porque não se manifestam por meio de um saber puramente metódico ou empírico²⁰¹. Logo, não é de causar estranhamento que ao senso comum esteja também ligada a noção de um *bom senso*, que constitui um sentido possuído pelos indivíduos para orientarem-se na vida em sociedade²⁰².

Ao senso comum está intimamente ligado a noção de juízo, cuja atividade de subsumir o particular ao universal não pode ser demonstrada logicamente, tratando-se, pois, de algo que não pode ser ensinado, somente exercido caso a caso²⁰³. Essa é a razão do descrédito por parte do iluminismo em relação ao juízo e ao senso comum, pois ao passo que o primeiro não seria passível de nenhuma demonstração lógica, e portanto, tido como guiado estritamente pela razão, o segundo, que fornece o substrato de um sentido comunitário foi visto como extremamente perigoso na medida em que constitui os preconceitos do sujeito, algo que precisa ser constantemente posto em dúvida. A filosofia iluminista do século XVIII entendia então que “o que surge com a incondicionalidade de um mandamento moral não pode ser baseado num sentimento, mesmo quando compreendido não como individualidade do sentimento mas como caráter comum da sensibilidade ética”²⁰⁴.

Também o conceito de gosto faz parte da tradição humanista, porém diferentemente do que uma primeira impressão poderia causar, trata-se de uma noção cuja origem está muito mais próxima da moral do que da estética, de uma capacidade que o sujeito possui de distanciar-se de seus interesses imediatos, não sendo, logo, algo estritamente privado, senão também social, pois o gosto quer sempre ser bom gosto. Tal qual o juízo, o gosto também não

201 GRONDIN, Jean. **Introducción a Gadamer**. Tradução de Constantino Ruiz-Garrido. Barcelona: Herder Editorial, 2003. p. 51

202 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meuer. 15º ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 62.

203 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meuer. 15º ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 69-70

204 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meuer. 15º ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 69-70

é demonstrável e tampouco algo que possa ser ensinado, mas que pode formar-se possibilitando que a partir dele se englobe no individual o universal. “Desta forma, tanto o gosto quanto o juízo são julgamentos do individual com vistas a um todo, a ver se ele se ajusta a todos os outros, se ‘combina’”²⁰⁵. Para Gadamer, um sentido como o gosto é fundamental sempre que alguém precisa movimentar-se em um todo, o qual todavia não está dado como tal, o que seria de importância capital para o Direito porque seu conhecimento por parte do sujeito é sempre complementado – ou até mesmo produzido – a partir da singularidade dos casos concretos, de modo que o juiz não reproduz o significado de uma norma ao aplicá-la, antes também ele ajuda a transformar o Direito ao atribuir sentido ao texto²⁰⁶.

É evidente que não se trata apenas do juízo lógico, mas do juízo *estético*. O caso singular em que atua o juízo nunca é um mero caso; ele não se esgota em ser uma particularização de uma lei ou conceito universal. Antes, ele é sempre um “caso individual”, e nós o chamamos de um caso particular, um caso especial, por não ter atingido a regra. [...] Isso significa que o julgamento do caso não se restringe a aplicar o padrão universal – de acordo com o qual ele ocorre –, mas o codetermina, completa e corrige. Daí segue que essa avaliação mais individualizada da decisão seja a única determinante para elas, mas se trata sem dúvida de um momento imprescindível [...] Assim, embora o gosto não seja a base do juízo ético, é por certo seu mais elevado complemento²⁰⁷.

O que explicaria então o esquecimento da tradição humanista e a hegemonia da metodologia científica para a caracterização das ciências humanas durante o século XIX? As considerações kantianas acerca da possibilidade da metafísica como ciência são indicadas por Grondin como o primeiro passo no caminho de estetização da tradição humanista, pois é a partir de então que tem início um processo de exaltação das ciências naturais e de sua metodologia – exaltação que foi radicalizada ainda no século XIX. Com efeito, todo o conhecimento que não estivesse vincado em tal metodologia científica careceria de legitimidade, ficando relegado a uma questão de gosto, mas agora um gosto esvaziado de seu conteúdo moral ou cognitivo porque restrito a sua dimensão lúdica, tornando-se, em outras palavras, uma questão de opinião. Os conceitos cardeais da tradição humanista são então estetizados, jogando as ciências humanas em um dilema expresso do seguinte modo: método ou estética²⁰⁸.

Os positivismos jurídicos parecem ter adotado uma escolha bastante clara quanto ao dilema proposto pela modernidade: método. Com isso, surgia o problema de como

205 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meuer. 15^o ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 78

206 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meuer. 15^o ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 79

207 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meuer. 15^o ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 80

208 GRONDIN, Jean. **Introducción a Gadamer**. Tradução de Constantino Ruiz-Garrido. Barcelona: Herder Editorial, 2003. p. 53-55

transformar o Direito em uma ciência, uma vez que se tratava de um sistema social contaminado pela razão prática, mormente no momento de sua interpretação, quando se percebia que os enunciados legais no mais das vezes não eram suficientes para dar conta da realidade social, cada vez mais complexa. Essa aposta em uma espécie de isomorfia entre texto normativo e Direito, característica daqueles positivismos conhecidos como primeiros²⁰⁹ já se mostrava fracassada no final do século XIX. Uma das soluções mais refinadas para conseguir dar conta das interferências ocasionadas pela moral no interior da interpretação jurídica foi elaborada por Hans Kelsen. Diferentemente do que afirmavam os outros positivismos, Kelsen reconhecia a impossibilidade de se separar a moral do Direito, no entanto, entendia ser possível afastar os juízos morais no interior da ciência jurídica. Como consequência da dupla estrutura de linguagem, permanecia a interpretação, isto é, a aplicação do Direito, relegada a segundo plano, pois sempre eivada pela razão prática do aplicador. No fundo, Kelsen termina recorrendo a uma ruptura entre razões prática e teórica, de modo que é a última, metodicamente controlável, aquela que garante a cientificidade do Direito.

A discricionariedade é uma fatalidade no âmbito da teoria pura do Direito, enquanto o cientista ficaria encarregado de descrever as normas jurídicas, as autoridades encarregadas por sua aplicação realizam juízos práticos sobre a maneira correta de uma norma jurídica ser interpretada. Aqui reside a grande irrisignação da hermenêutica no espaço da teoria do Direito: ela pretende superar esta ruptura entre razões prática e teórica, especialmente por meio da circularidade hermenêutica envolvida com processo de compreensão. Tanto a filosofia hermenêutica quanto a hermenêutica filosófica assumem que a subjetividade não funda si própria: por elas, o mundo vivido deixa de ser apenas um conceito complementar à epistemologia para vir a ser a condição de possibilidade de investigação, ao nível filosófico, de um sujeito pensado historicamente, finito. “Mundo”, portanto, já não é algo inteiramente construído pela razão (ou pura racionalidade) e tampouco uma realidade exterior completamente independente do sujeito²¹⁰. A conclusão a qual se pode chegar é a de que a relação sujeito-objeto já não fundamenta o conhecimento humano, pois há sempre algo

209 STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “Letra da Lei” é uma Atitude Positivista?. *In: Novos Estudos*. Vol. 15. n° 1. Itajai: Univali, 2010. p. 160-161.

210 É preciso ter claro que, para compreender esta ideia de mundo, Heidegger opera aquilo que Ernildo Stein denomina por “encurtamento hermenêutico”, o qual “libera a Filosofia de Deus e do Mundo (natural), temas introduzidos pelas teorias da representação e da subjetividade” e os quais serviam como fundamentos últimos para a objetividade dos entes. “A partir de então, tem início uma mudança de paradigma filosófico, preocupado em pensar o provisório e o conhecimento finito. Isso também se reflete na concepção de verdade, agora tida como contingente, relativa a uma existência concreta, mas que nem por isso completamente subsumida aos processos intelectivos singulares de cada sujeito”. STEIN, Ernildo. **Seis Estudos Sobre “Ser e Tempo”**. Petrópolis: Vozes, 1990. p. 9 e 13; e STEIN, Ernildo. **Racionalidade e Existência: O Ambiente Hermenêutico das Ciências Humanas** 2° ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2008. p. 81 *et seq.*

pressuposto a essa relação, sua condição de possibilidade: a existência do sujeito em um mundo compartilhado que lhe é anterior²¹¹.

Tradicionalmente, a questão do fundamento da filosofia vem acompanhada daquilo que ficou conhecido como “trilema de Münchhausen”, o qual expressa sempre uma das três possibilidades: 1) a afirmação dogmática de um fundamento; 2) o regresso *ad infinitum* e 3) a circularidade em que aquilo que se pretende fundamentar já se encontra pressuposto no processo de fundamentação. Assim, parece não restar dúvidas de o mundo vivido estar situado na terceira possibilidade. Mas ao serem transplantados os limites da pura lógica formal, se percebe a possibilidade de uma “boa” circularidade, que pela ótica da filosofia hermenêutica implica não haver “compreensão do ser sem que o homem compreenda a si mesmo. E, de maneira inversa, o homem não compreende a si mesmo sem compreender o ser”²¹². Tal relação aparece de modo mais nítido no âmbito das ciências humanas, nos quais a circularidade hermenêutica evidencia a implicação entre sujeito e objeto. Afirma-se então a mútua dependência entre o fundante e o fundado e pela qual se erige a relação entre as ciências e a filosofia²¹³. Aquelas sempre pressupõem o mundo sobre o qual se dedica estudar a filosofia, porque sempre assumem um fundamento válido para seu conhecimento, para a realidade que se dedicam a conhecer através de seus respectivos recortes, para o acesso que o sujeito possui a esta mesma realidade. Por seu turno, a filosofia se dedica a estudar o mundo pressuposto pelas ciências. Por tal razão a afirma Stein que a filosofia trata do mundo, enquanto as ciências, inclusive o Direito, falam de dentro do mundo²¹⁴.

Neste contexto, não há mais dois níveis de linguagem no Direito. Também o cientista do Direito, mesmo quando pretende simplesmente descrever os textos legais, acaba prescrevendo, afinal quer que sua descrição esteja correta. Sua atividade não se resume a fornecer um conjunto de enunciados os quais podem ou não serem resgatados pelas autoridades responsáveis por aplicar o Direito. Deve-se ter claro aqui que, para a hermenêutica filosófica, não há sentido em separar a interpretação da aplicação. Interpretar algo é atribuir-lhe (aplicar-lhe) sentido. Talvez o exemplo mais enfático sobre tal afirmação seja dado pelo próprio Gadamer, quando trata da tradução de textos. O tradutor, embora queira permanecer fiel ao conteúdo daquilo que está traduzindo, não pode deixar de,

211 STEIN, Ernildo. **Mundo vivido**: Das Vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 134-135.

212 STEIN, Ernildo. **Mundo vivido**: Das Vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p 162.

213 STEIN, Ernildo. **Mundo vivido**: Das Vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p 158-159.

214 STEIN, Ernildo. **Aproximações Sobre Hermenêutica**. 2º ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010. p. 11.

simultaneamente, também interpretar, atribuir sentido a partir do idioma para o qual pretende transportar o texto objeto da tradução. Não há, portanto, simples reprodução, pois o intérprete precisa recuperar o horizonte no qual está inserido o texto e, com isso, inevitavelmente fundir este horizonte com seu próprio. O mesmo pode ser dito em relação ao Direito, pois a fusão de horizontes também ocorre entre o jurista e o texto. Com isso se percebe o engano de quando ainda se acredita contemporaneamente em subsunções, como se o sentido não dependesse de nenhum horizonte e estivesse “dado” pela própria textualidade²¹⁵. Do mesmo modo que o tradutor, aquele que interpreta o Direito, também atribui sentido, isto é, aplica. Sequer faz sentido sob a perspectiva da hermenêutica filosófica diferenciar a interpretação feita por doutrinadores e autoridades, pois a interpretação é um processo único e condição de acesso ao mundo pelo sujeito. Já não faz mais sentido se falar em *subtilitas intellegendi, interpretandi e applicandi*. Os anunciados não ficam pairando sobre a realidade esperando para subsumirem fatos concretos através da atividade dos juízes.

Para as vertentes mais tradicionais, a tarefa da hermenêutica na interpretação de textos implicava também uma exploração do horizonte no qual estava situado seu autor para conseguir compreender aquilo que efetivamente se pretendia dizer por meio do texto. Havia o pressuposto de que os horizontes do hermeneuta e o de o autor de algum texto pudessem ser separados com o intuito de se alcançar uma maior objetividade na interpretação textual. Gadamer irá mostrar que esta pretensa objetividade é uma ilusão e, embora reconheça a tarefa de se buscar reconstruir o horizonte histórico no qual um texto (e já não seu autor) foi escrito, afirma que o intérprete jamais consegue abandonar seu próprio horizonte de compreensão para se deslocar “objetivamente” em direção a outro. Antes o contrário: o horizonte no qual um determinado texto foi escrito somente se descortina a partir do horizonte do próprio intérprete, pois é este que lhe permite abertura ao mundo, de modo que já não são mais dois horizontes separados, onde se consegue transitar de um para o outro e vice-versa, e sim um único horizonte englobando ambos ou, para utilizar uma expressão relativamente conhecida da hermenêutica filosófica, há uma fusão de horizontes do texto e do sujeito.

Por tais razões é preciso ultrapassar a filosofia do sujeito para se poder pensar em solidariedade. Deve-se resgatar a tradição humanista, especialmente no tocante à existência de um senso comum. É o horizonte compartilhado aquilo que permite a realização conjunta de um projeto de sociedade estabelecido desde a Constituição, transpassando difusamente todas

215 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. 15ª ed. Tradução de Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 497 *et seq.*

as esferas sociais, institucionais e não institucionais. A tradição²¹⁶, portanto, é decisiva ao exercer constrangimentos sobre o intérprete uma vez que já não existe um grau zero de sentido pelo qual a subjetividade se envereda na empreitada de interpretar algum texto, o sentido é sempre compartilhado e exige uma “prestação de contas” hermenêutica, tarefa da fundamentação. Tais são os pressupostos filosóficos pelos quais se pode falar em responsabilidade política dos juízes, coerência e integridade no Direito.

Senso comum está intimamente relacionado com a noção de mundo tal qual concebido pela hermenêutica. Ele é condição de possibilidade para a realização de qualquer projeto de solidariedade, principalmente aqueles insculpidos na Constituição. O positivismo jurídico, por deixar de lado esta intersubjetividade, sempre teve problemas em reconhecer a co-originariedade entre Direito e a moral. Para muitos dos positivistas, a distinção entre moral e Direito se constituiu como uma pedra de toque porque não era possível encontrar, dentre todos os sistemas morais que integram comunidades políticas cada vez mais complexas, aquele que definitivamente correspondesse ao Direito. Diante de tal conjuntura se via o contato entre Direito e moral como meramente contingente: poderiam haver normas morais que prescrevessem rigorosamente a mesma conduta de uma norma jurídica, mas isto sempre ocorria por coincidência, jamais porque o Direito pressupusesse algum conteúdo moral para ser tido como válido.

Ora, desde já se pode estabelecer que sem um sentido comum não se consegue pensar em solidariedade, que é sempre um elo intersubjetivo de co-percepção que se estabelece entre os membros de uma mesma comunidade política. O Direito incorpora esta solidariedade, como se poderá perceber no capítulo seguinte, porém isto somente quando se reconhece a existência de um plano intersubjetivo de compreensão que evidencia o compartilhamento do sentido. A técnica e os métodos tradicionalmente empregados para se construir racionalmente as interpretações jurídicas não conseguem alcançar esta problemática. Solidariedade já não deve ser mais vista algo completamente alheio ao Direito, tal como pretendiam os positivismos que vislumbravam a questão de saber a legitimidade de um sistema jurídico

216 Não se está pensando aqui em uma tradição definida. Para a hermenêutica filosófica a ideia de tradição está muito mais ligada ao trabalho que a história exerce e vai sendo tramado sobre a compreensão. Tradição, portanto, não é algo objetivável, nas palavras de Grondin, mas algo que imperceptivelmente condiciona a compreensão por meio de um patrimônio de ideias que o sujeito herda de seu contexto histórico, isto é, seus preconceitos. Quando se refere à necessidade de resgatar a tradição para uma devida compreensão dos fenômenos, se está querendo dizer que o intérprete deve procurar (re)conhecer seus preconceitos para conseguir contemplar quais são mais adequados para permitir que aquilo que está sendo estudado possa “vir à fala” em sua alteridade. Como se percebe, a hermenêutica filosófica não se estrutura verticalmente do sujeito em direção ao objeto, mas horizontalmente por meio do diálogo que permite ao objeto possuir uma certa autonomia em relação ao sujeito, pois os sentidos já não se encontram à disposição deste. Neste sentido: GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de Marcos Marciolino. São Paulo: Parábola, 2012. p. 69.

como completamente estranha a uma teoria do Direito. O conteúdo moral incorporado pelo Direito desde a perspectiva aqui desenvolvida também é expressão das diferentes manifestações de solidariedade formadas ao longo da história. O jurídico desempenha um papel importante ao consolidar estes vínculos de co-percepção. Quando a jurisdição constitucional subverte a intersubjetividade não apenas afronta diretamente a autonomia do Direito, como também ajuda a escamotear aqueles diferentes elos de solidariedade por ele expressos. Por isso a exigência de se estabelecer uma concepção de jurisdição constitucional que conseguisse refletir uma realização constitucional da solidariedade.

Com Ronald Dworkin é que se realizaria uma oposição mais veemente à tese da separação entre Direito e moral, pois os princípios, no contexto da obra do autor estadunidense, são justamente a exigência de que um padrão deva ser observado por conta de alguma das virtudes da moralidade política de uma comunidade. Para o positivismo, tal concepção acerca de princípios seria inconcebível, afinal, não se poderia definir dentro de uma sociedade complexa como a contemporânea qual seria a moral “verdadeira” exclusivamente legitimada a assumir tal posto. No entanto, a moral a que se refere Dworkin é uma moral institucionalizada, incorporada pelas práticas políticas e jurídicas de uma comunidade ao longo do tempo. Para que a moralidade institucionalizada seja íntegra e coerente é preciso assentar-se em um paradigma filosófico que reconheça a intersubjetividade, a capacidade de se buscar um sentido comum, compartilhado pelos membros de uma sociedade.

Eis é a contribuição da hermenêutica filosófica para o Direito: ao buscar desvelar o fenômeno da compreensão, percebeu que esta somente é possível por meio da intersubjetividade. Enquanto as ciências naturais e exatas lidavam com realidades quantificáveis e passíveis de verificação empírica, as ciências sociais sempre implicam um retorno do sujeito à sua condição humana, nunca conseguiram manter o distanciamento exigido pela cientificidade positivista de seus objetos sem os mutilar porque eles deixavam clara a implicação existente entre sujeito e objeto, pois este somente se dava por meio de uma estrutura prévia de sentido²¹⁷. Mas então, a resposta que começa a se formar é sobre como pensar em decisões corretas no interior do Direito a partir da intersubjetividade, do senso comum, afinal, a coerência e a integridade exigem das autoridades públicas impessoalidade no exercício de suas atribuições a fim de reconhecer aquilo que o Direito fala, inclusive por

217 STEIN, Ernildo. **Racionalidade e Existência**: O Ambiente Hermenêutico das Ciências Humanas 2º ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2008. p. 45-47.

meio da moralidade e que incorpora e reflete os elos de solidariedade existentes ao longo da história.

3.2 A tarefa da jurisdição constitucional na realização da solidariedade como garantia de um Direito comprometido com a moralidade política

Para Walhof, o fato de *Verdade e Método* investigar o fenômeno da compreensão e empreender uma crítica às ciências humanas fez com que cientistas políticos somente fizessem remissão ao pensamento de Hans-Georg Gadamer quando a discussão girasse em torno de questionamentos como verdade e conhecimento. As considerações de Habermas seriam um exemplo bastante claro dos supostos problemas levantados pelo pensamento gadameriano quando transplantado para o plano político, pois a identificação do conhecimento com a autoridade ensejaria um viés acrítico para a hermenêutica filosófica, obscurecendo o papel coercitivo desempenhado pela linguagem nos debates políticos por não oferecer nenhuma contrapartida para identificar a comunicação da pseudocomunicação, ou ainda, o discurso racional da ideologia²¹⁸.

Embora a controvérsia entre ambos os teóricos esteja hoje em boa medida superada, ela não deixou de provocar uma maior aproximação de seus respectivos trabalhos, com Habermas cada vez menos inclinado a ampliar a psicanálise para o campo social como tentativa de romper com as ideologias socialmente hegemônicas – esse era o núcleo de sua disputa com a hermenêutica filosófica – para se dedicar a desenvolver sua teoria do agir comunicativo²¹⁹, e Gadamer procurando demonstrar mais explicitamente o potencial crítico de sua obra²²⁰. Como resultado, ocorreu uma maior convergência tanto no pensamento de Habermas quanto no de Gadamer, de modo que cada vez mais se começou a considerar suas divergências como “diferenças de enfoque”. Todavia, o pensamento gadameriano continuaria sendo lembrado mais por suas contribuições ontológicas construídas através da obra *Verdade e Método* do que por suas reflexões no campo da filosofia política presentes em seus trabalhos

218 WALHOF, Darren R. Friendship, Otherness, and Gadamer's Politics of Solidarity. In: **Políticoal Theory**. Vol. 35. Nº 5. Thousand Oaks: Sage Publications, 2006. p. 570.

219 GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2012. p. 91.

220 WALHOF, Darren R. Friendship, Otherness, and Gadamer's Politics of Solidarity. In: **Políticoal Theory**. Vol. 35. Nº 5. Thousand Oaks: Sage Publications, 2006. p. 570.

mais tardios²²¹, em que pese as considerações acerca da solidariedade poderem ser bastante frutíferas para os campos da política e do Direito.

Para Gadamer, a solidariedade está conectada com a prática, entendida como o modo de vida que envolve o uso da razão para fazer escolhas sobre o que é bom²²². Tais escolhas são esboçadas por normas compartilhadas, convicções e práticas, ou, para empregar a expressão utilizada pelo filósofo alemão em *Verdade e Método*, um senso comum aceito pelos sujeitos e por eles também revisado no momento de se realizar uma escolha²²³. Pode-se afirmar que, em termos gerais, “solidariedade” é o conceito que Gadamer emprega para destacar que estas normas e convicções unem os diferentes sujeitos de uma mesma comunidade em determinados projetos comuns. A solidariedade se relaciona com o fato de que quando alguém toma certas decisões não esboça razões e normas que digam respeito ao que seja “bom” ou “correto” apenas para própria individualidade, pois ao tomar tais escolhas também se decide aquilo que é tido por “bom” ou “correto” para uma comunidade²²⁴.

Com efeito, é preciso atentar para o fato de que a solidariedade, tal como entendida por Gadamer, não se confunde com a ideia de que os sujeitos devam enaltecer os interesses públicos ou comuns em detrimento dos privados. Uma solidariedade entendida como “bem comum” ou um conjunto de interesses comuns termina por empobrecer a ideia de solidariedade para o filósofo alemão porque, ao fazê-lo, perdem-se outros importantes meios de união nos quais diferentes pessoas e grupos se articulam. Em outras palavras, “Gadamer would not want to reduce solidarity to consciously shared interests because this reduction fails to capture the richness and complexity of the shared life underlying a political community”²²⁵. Para Wlahof, esta é a grande diferença entre a forma como a solidariedade foi entendida por Rorty e Gadamer, para o último, não é possível criar solidariedade porque esta não advém de uma consciência de similaridades: são as solidariedades que subjazem às comunidades políticas, e a política democrática pode e deve ajudar a desvelá-las, trazendo-as à consciência²²⁶.

221 WALHOF, Darren R. Friendship, Otherness, and Gadamer’s Politics of Solidarity. In: **Political Theory**. Vol. 35. Nº 5. Thousand Oaks: Sage Publications, 2006. p. 270.

222 GADAMER, Hans-Georg. **Reason in the Age of Science**. Tradução para o Inglês de Frederick G. Lawrence. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press, 1983. p. 87

223 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15ª ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 54.

224 WALHOF, Darren R. Friendship, Otherness, and Gadamer’s Politics of Solidarity. In: **Political Theory**. Vol. 35. Nº 5. Thousand Oaks: Sage Publications, 2006. p. 573.

225 “Gadamer não quer reduzir a solidariedade a interesses conscientemente compartilhados porque essa redução falha em capturar a riqueza e a complexidade da vida compartilhada subjacente à comunidade política”. Tradução livre de: WALHOF, Darren R. Friendship, Otherness, and Gadamer’s Politics of Solidarity. In: **Political Theory**. Vol. 35. Nº 5. Thousand Oaks: Sage Publications, 2006. p. 575.

226 WALHOF, Darren R. Friendship, Otherness, and Gadamer’s Politics of Solidarity. In: **Political Theory**. Vol. 35. Nº 5. Thousand Oaks: Sage Publications, 2006. p. 575.

Walhof²²⁷ alerta que duas são as premissas da solidariedade tal como ela é concebida por Gadamer: a primeira delas é a de que já existem solidariedades subjacentes a vida cívica, mesmo quando elas se mostrem difíceis de perceber. A tarefa política a ser empreendida é a de descobrir e dar voz às coisas que unem os membros de uma dada comunidade, em outras palavras, não se deve inventar a solidariedade, mas tornar-se consciente delas. Gadamer entende que a política pode e deve desempenhar a tarefa de trazer a atenção do público para os diferentes laços que evidenciam o entrelaçamento das vidas dos diferentes cidadãos de uma comunidade, seja ela um município ou um país²²⁸.

I am convinced that even in a highly bureaucratized, thoroughly organized and thoroughly specialized society, it is possible to strengthen existing solidarities. Our public life appears to me to be defective in so far as there is too much emphasis upon the different and disputed, upon that which is contested or in doubt. What we truly have in common and what unites us thus remains, so to speak, without a voice. [...] Our historical education aims in this direction, our political habits permit confrontations and the bellicose attitude to become commonplace. In my view we could only gain by contemplating the deep solidarities underlying all norms of human life. And in the face of the loss of the unifying power of religion and of the churches, we must retrieve what has become a social task for us in the last centuries: to become aware of what unites us. One may, I believe, also direct this appeal to today's politicians: to not always present us with the drama of their internal conflicts and of focusing on the next successful election, but also to present those common elements which unite us in being responsible for our future and the future of our children and children's children²²⁹.

A segunda premissa de Gadamer para pensar a solidariedade é a de que ela não recorre a noções universais como humanidade, racionalidade ou linguagem, pois o apelo a estas premissas soa demasiadamente vago para conseguir constituir um vínculo intersubjetivo de empatia em sociedades cada vez mais pluralizadas e complexas. Ao invés disso, o que se têm são várias solidariedades fundadas em questões particulares que unem diferentes grupos e

227 WALHOF, Darren R. Friendship, Otherness, and Gadamer's Politics of Solidarity. In: **Political Theory**. Vol. 35. Nº 5. Thousand Oaks: Sage Publications, 2006. p. 572.

228 GADAMER, Hans-Georg. **Hans-Georg Gadamer on Education, Poetry and History – Applied Hermeneutics**. Tradução para o Inglês de Lawrence Schmidt e Monica Reuss. Albany: State University of New York Press, 1992. p. 192.

229 “Estou convencido de que mesmo em sociedades altamente burocratizadas, em sociedades completamente organizadas e completamente especializadas, é possível fortalecer as solidariedades existentes. Nossa vida pública me parece ser incompleta enquanto houver demasiada ênfase sobre o diferente e o controvertido, sobre o que é contestado ou duvidoso. O que nós verdadeiramente possuímos em comum e o que nos une permanece, por assim dizer, sem voz. [...] Nossa educação histórica se volta para essa direção, nossos hábitos políticos permitem confrontações e a atitude belicosa se torna lugar comum. Ao meu ver, nós somente temos a ganhar por contemplar as profundas solidariedades subjacentes a todas as normas da vida humana. E em face da perda do poder unificador da religião e das igrejas, nós devemos recuperar o que se tornou uma tarefa social para nós nos últimos séculos: nos tornar atentos ao que nos une. Alguém pode, creio, também direcionar este apelo para os políticos de hoje: para nem sempre nos apresentar o drama de seus conflitos internos e se concentrar no sucesso das próximas eleições, mas também mostrar aqueles elementos comuns os quais nos unem para sermos responsáveis por nosso futuro e o futuro de nossos filhos e dos filhos de nossos filhos”. Tradução livre de: GADAMER, Hans-Georg. **Hans-Georg Gadamer on Education, Poetry and History – Applied Hermeneutics**. Albany: Tradução para o Inglês de Lawrence Schmidt e Monica Reuss. State University of New York Press, 1992. p. 192.

peças entre si. A solidariedade está relacionada com manifestações historicamente contingentes de questões compartilhadas por determinados grupos e pessoas²³⁰.

Na leitura de Walhof, amizade e solidariedade são fenômenos que não se confundem e tampouco são completamente paralelos. Tal qual a amizade, a solidariedade vem expressa por laços que refletem uma vida conjunta de recíproca co-percepção – laços que, embora possam incluir os de amizade, se estendem para a vida pública. Estes laços extrapolam o reconhecimento de similitudes e diferenças e emergem do encontro entre aqueles que são, de alguma maneira, importantes um para o outro. Do mesmo modo, a amizade, tal qual a solidariedade, não é uma qualidade ou virtude capaz de ser adotada e cultivada, embora virtudes e qualidades como honestidade e integridade possam vir a ser importantes na construção de uma amizade entre duas pessoas. Amizade é, antes de tudo, um bem que existe em virtude de ser compartilhada, sendo, portanto, algo necessariamente comum. Isso significa que a amizade cria laços diferentes de quaisquer outros relacionamentos, já que ninguém pode forçar ou ser forçado a manter amizade com outra pessoa. Com efeito, Walhof destaca duas características que marcam os laços entre amigos: a vida conjunta e a co-percepção²³¹.

Enquanto um bem compartilhado, a amizade envolve um ser-com (*being with*) ou viver-com (*living-with*) mútuo. O pouco convívio torna difícil o cultivo da amizade, embora o desenvolvimento tecnológico tenha hoje facilitado a existência de amizades em longas distâncias. Todavia, são as interações do cotidiano – que, quando tomadas por si sós não constituem algo de grande importância – aquilo que constitui em boa medida uma amizade, pois são a manifestação das vidas entrelaçadas dos amigos. A natureza deste laço, todavia, é algo que permanece escondido, aquilo que faz alguém sentir a empatia de um amigo ou por alguém não pode ser demonstrado ou reduzido a qualquer espécie de interesses ou gostos comuns²³². É a partir do convívio que se pode perceber a segunda característica da amizade: a co-percepção, pois o laço de amizade expõe um amigo ao outro a partir do convívio, em parte pelo aprofundamento de um conhecimento mútuo para além das similitudes e diferenças. Os amigos (re)conhecem um ao outro de maneira mais genuína porque seu convívio mais próximo faz com que seja possível perceber o entrelaçamento existente entre suas vidas²³³. O cultivo da amizade, sua manutenção, somente se dá quando os envolvidos percebem que as

230 WALHOF, Darren R. Friendship, Otherness, and Gadamer's Politics of Solidarity. In: **Political Theory**. Vol. 35. Nº 5. Thousand Oaks: Sage Publications, 2006. p. 575.

231 WALHOF, Darren R. Friendship, Otherness, and Gadamer's Politics of Solidarity. In: **Political Theory**. Vol. 35. Nº 5. Thousand Oaks: Sage Publications, 2006. p. 576.

232 WALHOF, Darren R. Friendship, Otherness, and Gadamer's Politics of Solidarity. In: **Political Theory**. Vol. 35. Nº 5. Thousand Oaks: Sage Publications, 2006. p. 577-578.

233 WALHOF, Darren R. Friendship, Otherness, and Gadamer's Politics of Solidarity. In: **Political Theory**. Vol. 35. Nº 5. Thousand Oaks: Sage Publications, 2006. p. 577-578.

decisões que tomam, os comportamentos que adotam podem influenciar seu relacionamento com os amigos.

Tanto a solidariedade quanto a amizade envolvem, ao cabo, uma co-percepção, a qual está relacionada com identidade e diferença sem se subsumir a nenhuma destas questões, situando-se, em verdade, entre elas. A identidade se realiza na percepção de uma vida entrelaçada, ou convívio, na conscientização de que as decisões que alguém está disposto a tomar podem ter consequências também para a vida dos outros. A diferença, todavia, é o que torna possível a compreensão, pois o estranhamento causado pelo outro é condição necessária para que o sujeito coloque em questão seus próprios preconceitos. A hermenêutica filosófica é, aliás, bastante enfática em apreciar que sem o outro, sem a diferença, sequer se pode falar em compreensão, pois a estrutura dialogal desta implica mais do que a simples apresentação das limitações do conhecimento de cada um, implica a própria condição de possibilidade do compreender. No processo dialógico os parceiros estão comprometidos com o saber, envolvem-se de tal maneira que não só discorrem sobre ideias distintas como mutuamente implicam-se, afetam-se e transformam-se²³⁴. Há um esforço em compreender o que o outro diz, e por isso o êxito de um diálogo também consiste em certificar-se de que quem participa dele "acompanha" e entende os pontos exteriorizados por cada um dos interlocutores. Desse acompanhar se presume também a disponibilidade em desistir ou renunciar às próprias convicções e argumentos, substituindo-os, se preciso, por aqueles apresentados pelos parceiros. Não se deve ter a pretensão de dar a última palavra, sem que com isto se queira defender uma auto-anulação por parte do sujeito, mas sua disposição em não assumir o protagonismo do conhecimento, participando, portanto, das regras do jogo dialógico. O autêntico filosofar, nas palavras de Rohden, "emerge e se desenvolve na relação entre perguntar e responder, falar e ouvir, silenciar e assimilar o que o outro diz ou quer dizer, sem primazia do tu ou do eu, mas daquela terceira margem que 'nasce' entre ambos"²³⁵. Por isso, o diálogo pressupõe a noção de amizade, pois nesse jogo de pergunta e resposta é que dois amigos podem desenvolver um conhecimento comum, no qual ninguém tem a pretensão de estabelecer a verdade definitiva e acabada²³⁶.

The appeal of this Gadamerian approach is that it gives us a way of conceptualizing solidarity and otherness without either making the other same or leaving the other completely other. Too often, the other is presented as wholly alien, something out of

234 FERREIRA, Rafael Fonseca. **Internacionalização da Constituição**: Diálogo Hermenêutico, Perguntas Adequadas e Bloco de Constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 196.

235 ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica: Uma Configuração entre a Amizade Aristotélica e a dialética Dialógica*. In: **Síntese – Revista de Filosofia**. Vol. 31. N° 100. Belo Horizonte: 2004. p. 197.

236 ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica: Uma Configuração entre a Amizade Aristotélica e a dialética Dialógica*. In: **Síntese – Revista de Filosofia**. Vol. 31. N° 100. Belo Horizonte: 2004. p. 194-197

our experience whose appearance shocks, disrupts, and confuses.[...] Although we may not be able to see at first glance what we have in common, solidarities may emerge through our interaction. At the same time, as we have seen, the emergence of solidarities does not require making the other same, a totalizing absorption of the other such that it is no longer. In the end, then, Gadamer's politics of solidarity stands in contrast to much contemporary political theory²³⁷.

Embora não seja possível estabelecer uma relação direta entre realidades tão distintas quanto a dos amigos e a dos cidadãos, seja por conta da ausência de intimidade existente em comunidades políticas grandes, onde boa parte dos indivíduos são estranhos uns aos outros, seja porque a cidadania, diferentemente da amizade, não é algo espontaneamente gerado, mas antes uma condição jurídica reconhecida a determinados sujeitos por parte de seu Direito, ainda assim é possível perceber a existência de laços de solidariedade existente na vida pública.

What are necessary in such cases are social and political interactions that are also means of reciprocal co-perception. As with friendship, through interaction with these others, we come to understand the ways in which our lives are intertwined because we are, in part, exposed to each other. Through this mutual exposure we come to see each other and ourselves in new, sometimes surprising ways, thereby helping to reveal previously unrecognized bond of solidarity. This reciprocal co-perception is particularly important since our historical and cultural situatedness means that we never have a comprehensive view of the things we have in common. Instead, the solidarities that emerge will always be particular, as momentary and specific manifestations of thing we share. The nature of our life together with respect to environmental degradation, for example, came to consciousness at a particular time and place, partly in response to specific threats. As with friendship, it is impossible to give an account of all that binds one to another, so it is impossible to know the totality of that which binds us together as citizens. At the same time, an awareness of solidarity does not render identity markers unimportant, nor does it obliterate otherness more broadly. Rather than obliterate the otherness of the other, political interactions that produce an awareness of solidarity depend upon an other that confronts us with the limits of our knowledge, thereby making impossible to us to see new ways that we are bound together²³⁸.

237 “O atraente dessa abordagem gadameriana é a de que ela nos dá um modo de conceituar solidariedade e outridade sem tornar o outro o mesmo e tampouco deixar o outro como completamente outro. Muito frequentemente o outro é apresentado como um alien, algo fora de nossa experiência e cuja aparência choca, perturba e confunde. [...] Apesar de nós não conseguirmos ver em uma primeira vista o que temos em comum, solidariedades podem emergir através de nossa interação. Ao mesmo tempo, como vimos, a emergência de solidariedade não requer tornar o outro o mesmo, uma absorção totalizante do outro que enquanto tal já não é mais”. WALHOF, Darren R. *Friendship, Otherness, and Gadamer's Politics of Solidarity*. In: **Political Theory**. Vol. 35. N° 5. Thousand Oaks: Sage Publications, 2006. p. 588.

238 “O que é necessário em tais casos são interações sociais e políticas que também sejam meios de co-percepção recíproca. Tal como um amigo, através da interação com estes outros, é que nós vamos entender os modos pelos quais nossas vidas estão entrelaçadas porque nós somos, em parte, expostos uns aos outros. Por meio desta exposição mútua, nós enxergamos um ao outro e nós mesmos em novas, por vezes surpreendentes, maneiras, e assim ajudando a revelar laços de solidariedade previamente irreconhecidos. Essa co-percepção recíproca particularmente importante desde nossa situação histórica e cultural significa que nós possuímos uma visão compreensiva das coisas que possuímos em comum. Ao invés disso, as solidariedades que emergem sempre serão particulares, como manifestações momentâneas e específicas que dividimos. A natureza de nossa vida conjunta com respeito a degradação do meio ambiente, por exemplo, veio a consciência em tempo e lugares determinados, parcialmente em respostas a ameaças específicas. Tal como um amigo, é impossível prestar contas de tudo o que vincula alguém a outra pessoa, então é impossível saber a totalidade do que nos vincula conjuntamente enquanto cidadãos. Ao mesmo tempo, uma atenção a solidariedade não significa serem as marcas de identidade desimportantes, nem mesmo obliterar a

A política neste contexto pode e deve realçar o laços de solidariedade existentes na vida em sociedade através dos processos de formação da opinião pública e tomada de decisão. Conseqüentemente, apesar de o Direito não ser primeiramente o responsável por despertar a solidariedade entre os cidadãos, pode incorporar a expressão destes diferentes vínculos de solidariedade que compõe o tecido social. Como no exemplo do meio ambiente, mencionado por Gadamer e Walhof, a promulgação de legislações voltadas ao equilíbrio ambiental surgiram somente após um amplo debate e mudança de comportamento de parcela significativa da população, da percepção de uma co-dependência entre todos os cidadãos nas questões envolvendo a relação homem-natureza. De modo semelhante se percebe a incorporação de outros problemas pela própria Constituição, como a desigualdade social brasileira, a discriminação por sexo, raça ou cor, o *déficit* de acesso a justiça por parte de parcela significativa da população, a histórica relação de submissão dos povos indígenas aos ditames ocidentais de sociedade.

Portanto, se o Direito não capaz de, por si só, criar os vínculos de solidariedade que evidenciam o entrelaçamento das vidas de cada um dos membros de uma comunidade política entre si, por outro lado ele é capaz de incorporar e expressar as diferentes dimensões nas quais estes vínculos solidários se manifestam, engajando-se em um projeto de transformação social. Mais do que se tornar um meio de regulação social, o Direito, por meio de seu constitucionalismo dirigente, é capaz de direcionar a atividade política para o resgate dos vínculos de solidariedade subjacentes a materialidade constitucional. Essa é a dupla importância assumida pelo jurídico contemporaneamente, se de um lado incorpora a participação os vínculos de solidariedade existentes ao longo da história, por outro, direciona a atividade política a não subverter os mesmos vínculos a partir de sua jurisdição constitucional, blindando a Constituição dos influxos de maiorias parlamentares (eventuais ou não).

Para Fioravanti²³⁹ uma ideia de solidariedade que viesse a ser articular com um compromisso de transformação do *status quo* social somente ressurgiu no âmbito do constitucionalismo no começo do século XX, quando a noção de instituir um modelo de sociedade a partir da Constituição é retomada. Contudo a posterior emergência da jurisdição

outridade mais amplamente. Diferentemente de obliterar a outridade do outro, as interações políticas que produzem a percepção da solidariedade depende de um outro que nos confronta com os limites de nosso conhecimento, tornando impossível para nós enxergar novos modos pelos quais estamos conjuntamente ligados”. Tradução livre de: WALHOF, Darren R. Friendship, Otherness, and Gadamer’s Politics of Solidarity. In: **Políticoal Theory**. Vol. 35. N° 5. Thousand Oaks:Sage Publications, 2006. p. 584-5

239, Maurizio. **Constitucionalismo** – Experiencias históricas y Tendencias Actuales. Tradução de Adela Mora Cañada eManuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2014. p. 79-80.

constitucional veio com o intuito de garantir a força normativa da Constituição, fazendo com que constitucionalismo e democracia passaram a ser duas faces de uma mesma moeda. Enquanto o constitucionalismo garante as condições institucionais necessárias para a formação da vontade política, esta, por sua vez, dirige a atividade do próprio Estado através do Direito. A ideia de Soberania Popular, embora já não dispusesse mais da mesma denotação que possuía ao fim do século XVIII, ainda se faz presente no atual modelo de constitucionalismo pelo exercício cívico, pelo engajamento em um projeto político cujo denominador comum é a Constituição²⁴⁰.

Novamente se destaca a importância assumida pela jurisdição constitucional, bem como pela teoria da decisão judicial, pois o controle da racionalidade do intérprete se faz fundamental para assegurar as conquistas incorporadas pela Constituição. Todavia, este controle, como se pretendeu deixar claro até aqui, deve se suceder por uma abordagem intersubjetiva, priorizando a discussão dos fundamentos pressupostos e expostos na tomada de decisão por parte do judiciário, e não a partir de técnicas de interpretação autorreferentes, valendo aqui repetir que a solidariedade expõe serem as razões que direcionam um processo de tomada de decisão serem também razões que encontram respaldo em um sentido comunitário de moralidade política. Outrossim, o formalismo característico da teoria do ordenamento jurídico precisa dar lugar ao elo substancial existente entre constitucionalismo e direitos humanos, afinal, também são expressões de diferentes solidariedades relacionadas com a proteção do ser humano em condições hostis ao seu bem-estar e dignidade²⁴¹.

A Constituição, tal qual o Direito, possui, como aprofundado no primeiro capítulo, uma autonomia, a Constituição “diz” algo, e justamente porque é preciso interpretar este “algo” dito que se necessita pensar em um plano intersubjetivo de compreensão e por maior

240 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, Política e Filosofia** – Contribuições para uma Teoria Discursiva da Constituição Democrática no Marco do Patriotismo Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 46.

241 A própria história do constitucionalismo mostra como as peculiaridades de cada país e momento histórico influenciam a formação de cada um destes movimentos constitucionais, bastando lembrar as características que distinguem tanto o modelo estadunidense quanto o modelo francês, bem como a convergência entre ambos realizada pelo que Fioravanti denomina como “constitucionalismo democrático”. Mais ainda, contemporaneamente, os países da América Latina, por não usufruírem de um efetivo Estado Social, precisaram encontrar em suas respectivas Constituições soluções próprias para lidar com a herança autoritária das ditaduras civis-militares do continente, a grande pluralidade cultural e étnica existente entre seu povo, bem como o histórico fosso social ocasionado por sua industrialização tardia. Estas Constituições, embora ainda tratem de temas comuns ao constitucionalismo, como divisão de poderes, direitos fundamentais e regras de participação política, procuram fazê-lo a partir de matizações próprias, como a integração dos princípios da *Pacha Mama* e do *Sumak Kawsay* (Equador), ou reconhecendo a jurisdição indígena (Bolívia). Assim, alguns autores afirmam haver um “novo constitucionalismo latino-americano” para definir estes movimentos constitucionais surgidos no continente a partir da década de 90. WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters (orgs.). **Constitucionalismo Latino-Americano: Tendências Contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 12.

que seja sua inspiração na tradição das instituições características do constitucionalismo, ainda se deve ser reconhecida a existência de diferentes movimentos constitucionais²⁴², para utilizar a expressão de Canotilho, com características próprias porque voltados a resolver constitucionalmente problemas e situações peculiares aos países nos quais se situam.

Portanto, a Constituição possui um conteúdo próprio. A ausência de um efetivo Estado de bem-estar social bem como o passado autoritário deixado pela ditadura civil-militar brasileira fez com que a ideia de Estado Democrático de Direito ingressasse apenas tardiamente no constitucionalismo brasileiro. A partir do referido modelo, a estatalidade, mais do que comprometida em reduzir as desigualdades e exclusões ocasionadas pelo modo de produção capitalista, procura impulsionar a participação cidadã na realização deste projeto. Pensar em solidariedade, aqui, transcende os limites de uma maior distribuição das condições materiais de vida digna, pois envolve um processo de democratização tanto das decisões políticas por meio da esfera pública na formação da vontade popular quanto das decisões jurídicas a partir da Constituição. E isso é elementar para se pensar a própria cidadania no Brasil, onde antes mesmo de se conseguir conquistar as liberdades públicas, já se experimentavam direitos sociais como compensação à falta de legitimidade do sistema político, mormente nos períodos do Estado Novo²⁴³ e da própria ditadura civil-militar²⁴⁴.

Mas, a partir da problemática aqui exposta, a questão agora é demonstrar como essa ideia de solidariedade se reflete no exercício da jurisdição constitucional. E diante do exposto fica mais claro o entendimento sobre o problema representado pelo ativismo judicial e a discricionariedade, pois são conceitos que não dão conta da intersubjetividade e da solidariedade pressuposta na realização do projeto encabeçado pela Constituição. A discricionariedade é justamente o resultado dessa incompreensão e, conseqüentemente, apresenta um *déficit* democrático porque relega o problema da fundamentação como um problema extrajurídico. A jurisdição constitucional desempenha um papel fundamental na garantia de que a Constituição não se torne uma “folha de papel”, pois deve garantir a

242 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7^o ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51.

243 Os direitos sociais, mormente os trabalhistas, no período estadonovista, não serviram apenas para garantir condições mínimas de vida ao trabalhador da época. O Brasil passava por um processo de industrialização que era incompatível com o modo como se estruturavam as relações de trabalho, uma vez que o empresário internalizava os custos de sua mão de obra, fornecendo alimentação, moradia, vestuário e etc. A proposta de um salário mínimo veio precisamente para desonerar o empresariado destes encargos em troca de uma remuneração única, calculada sobre o mínimo necessário para a sobrevivência de uma pessoa. O surgimento dos primeiros direitos sociais estava então mais atrelada a um projeto de modernização econômica do país do que propriamente à garantia de condições de vida digna à população trabalhadora. POCHMANN, Marcio. Proteção Social na Periferia do Capitalismo: Considerações Sobre o Brasil. *In: São Paulo em Perspectiva*. Vol. 18. N^o 2. São Paulo: Fundação SEADE, 2004. p. 9-10.

244 MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e Cidadania**: Por uma Jurisdição Constitucional Democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 28-30.

autonomia do Direito, impedindo que maiorias parlamentares eventuais venham a usurpar o conteúdo e os compromissos constitucionais pela instrumentalização do caráter interpretativo do Direito como mera retórica de transformação do sentido da Constituição.

Ora o Direito incorpora as diferentes solidariedades surgidas ao longo da história por meio da moralidade que institucionaliza. Caso se pretenda pensar em uma jurisdição constitucional que consiga realizar constitucionalmente a solidariedade é inevitável que se pense em um modo de decidir não discricionário. A discricionariedade, ao fragilizar a autonomia do Direito, o torna uma simples linguagem apropriável para o exercício do poder, fazendo com que o jurídico perca todo seu potencial emancipador. Embora não seja o próprio Direito a força geradora da solidariedade, ele constitui-se como um marco importante de resgate desta por meio dos direitos fundamentais e humanos, bem como por meio do direcionamento constitucional da legislação no sentido de promover uma sociedade mais justa e igualitária. A jurisdição constitucional, portanto, deve decidir sempre por princípios, pois são eles os responsáveis por garantir ao Direito a autonomia necessária para que os vínculos de solidariedades incorporadas possam vir a tona.

3.3 Decidir por princípios: como a coerência e a integridade do Direito são elementares no exercício da jurisdição constitucional a partir de uma ideia de solidariedade

No cenário político estadunidense, Ronald Dworkin identifica também um problema bastante semelhante ao apontado por Gadamer no que diz respeito à política: os rumos assumidos pelas disputas eleitorais em seu país estavam cada vez mais alinhados com um ideário propagandístico, ficando em segundo plano a discussão em esfera pública de questões controversas porque cada vez mais partidarizada entre os posicionamentos identificados como republicanos ou democratas. A pretensão do autor estadunidense era então mostrar que um diálogo entre cidadãos ainda é possível, apesar de toda a polarização partidária, desde que consigam reconhecer que compartilham princípios políticos suficientemente abstratos e substanciais capazes de guiar seus debates mesmo nas questões mais controversas²⁴⁵. Ainda que somente esboçando cada um, o primeiro destes princípios sustenta que cada vida humana possui objetivamente um *valor intrínseco*, implicando que o sucesso ou fracasso de alguém

245 DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?** - Principles for a New Political Debate. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 1-6.

não é somente um problema individual, e sim algo do qual todos têm o que comemorar ou deplorar. O segundo princípio, por sua vez, sustenta que cada pessoa possui uma *responsabilidade pessoal* quanto a conduzir o sucesso de sua própria vida, determinando ela própria a forma de viver a qual entende ser a melhor e a qual almeja para si²⁴⁶.

Ambos os princípios constituem aquilo que Dworkin denomina como *dimensões* da dignidade humana, e embora possam em sua formulação abstrata mostrarem-se em conflito em muitas situações práticas, tal conflito é somente aparente, pois a compreensão de um sempre envolve sua imbricação com o outro, afinal, ambos são dimensões de um mesmo fenômeno²⁴⁷. Porém este conteúdo não está limitado a esfera política, na verdade também o Direito resulta de um desdobramento de ambos os princípios e precisa neles estar ancorado. A questão é saber como isso se reflete na tomada de decisão por parte do juiz, e aqui entra em jogo um dos conceitos mais conhecidos de Ronald Dworkin: o Direito como integridade, cuja ideia central advoga que, se todas as pessoas são dignas de igual consideração em respeito por parte de sua comunidade política²⁴⁸, torna-se exigível do Estado tratar todos a ele submetidos segundo um conjunto único e coerente de princípios “mesmo quando os cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos”²⁴⁹.

Para Dworkin, os argumentos responsáveis pelo caráter deôntico do Direito são de princípio, e não de política. Argumentos de princípio, diferentemente dos políticos – os quais são caracteristicamente finalísticos ao condicionar a decisão aos fins almejados –, estabelecem que “um padrão deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma *exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão de moralidade*”²⁵⁰. Esta moralidade, no entanto, é uma moralidade institucional, expressa pelas práticas políticas e jurídicas de uma dada comunidade ao longo de sua história, as quais somente conseguem ter seu sentido devidamente compreendido quando mutuamente implicadas através da tese da unidade do valor²⁵¹. No contexto da obra do autor americano, não há sentido em se atribuir um enunciado

246 DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?** - Principles for a New Political Debate. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 9-10.

247 DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?** - Principles for a New Political Debate. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 11.

248 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3º ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 419.

249 DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 202.

250 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3º ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 36. Grifamos.

251 MOTTA, José Francisco Borges. **Ronald Dworkin e a Construção de uma Teoria Hermeneuticamente Adequada da Decisão Jurídica Democrática**. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014. p. 24.

a duas virtudes políticas, liberdade e igualdade, por exemplo, e, no momento de sua aplicação através do Direito, realizar uma “ponderação” entre elas a fim de verificar qual se sobressai à outra em um determinado caso concreto, pois cada uma das virtudes somente pode ser compreendida em sua integridade quando toma para si as demais, isto é, a liberdade já está implicada em uma ideia de igualdade e vice-versa.

Cada caso julgado expõe uma imbricação entre diferentes princípios de moralidade política, fazendo com que a discussão destes não seja possível de se suceder em tese. Aqui se mostra um dos problemas de se entender ainda ser possível a aposta em subsunções, pois parte-se do pressuposto de que embora um julgamento possa expressar diferentes imbricações entre princípios de moralidade política, parecem querer crer que nos casos fáceis estas mesmas imbricações são “dadas”, e seu resgate e reconstrução somente se torna necessário quando surgem os ditos casos difíceis. Ocorre que, mesmo na última hipótese, ainda continuam presos a uma elaboração eminentemente argumentativa, sem procurar revolver o chão linguístico sob o qual se assenta a tradição hermenêutica. Como resultado, mantêm a discussão em um plano eminentemente apofântico, acreditando estar nos métodos o caminho preciso para o controle da discricionariedade do intérprete. Sob tal perspectiva, não há intersubjetividade, tampouco diálogo como entendido a partir da hermenêutica filosófica, pois o texto não possui uma autonomia, é sempre assujeitado aos preconceitos irrefletidos do sujeito.

São os princípios, ademais, os responsáveis por garantir o caráter contramajoritário do Direito. Quando os tribunais julgam através de argumentos finalísticos, característicos da política e da econômica, a esfera pública passa a ser colonizada pelo poder burocrático advindo dos órgãos do Judiciário. É preciso defender um espaço aberto de discussão da vida política de uma comunidade onde a autoridade de alguém não serve para emprestar mais força a seus argumentos e posicionamentos. Os caminhos institucionais de deliberação são os meios de tomada democrática da decisão política na medida em que seu acesso é permitido a todos os sujeitos na formação da opinião pública. O Direito, não apenas institucionaliza estas decisões como também é sua condição de possibilidade ao consubstanciar as condições mínimas para a autonomia cidadã²⁵². Ao ter sua autonomia fragilizada pela política, pela moral ou pela economia, se inicia um processo que usurpa a deliberação pública por meio de argumentos tecnocratas, os quais servem tanto para impor a vontade política de uma maioria que desconstitui as condições de cidadania de uma minoria, como também pode impedir que

252 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, Política e Filosofia** – Contribuições para uma Teoria Discursiva da Constituição Democrática no Marco do Patriotismo Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 48.

as próprias maiorias políticas consigam instituir decisões políticas legítimas, em observância aos compromissos constitucionais de transformação e justiça social.

Direito é então o foro do princípio, garantindo que a justiça não seja simplesmente uma questão política ou de bem público, mas de direito individual²⁵³. Porém isso não se quer firmar um individualismo. Na verdade, tanto as dimensões da dignidade humana quanto os direitos são individuais no sentido de que agregam valor e impõe responsabilidades às pessoas individualmente consideradas. Esse é o significado de “individual” na teoria política e jurídica dworkinianas. O próprio teórico esclarece que não se trata de uma absoluta independência e/ou indiferença dos sujeitos com sua comunidade ou tradição:

The principles are individualistic in this formal sense: they attach value to and impose responsibility on individual people one by one. But they are not necessarily individualistic in any other sense. They do not suppose, just as abstract principles, that the success of a single person's life can be achieved or even conceived independently of the success of some community or tradition to which he belongs or that he exercises his responsibility to identify value for himself only if he rejects the values of his community or tradition. The two principles would not be eligible as common ground that all Americans share if they were individualistic in that different and more substantive sense²⁵⁴.

O Direito possui um vínculo conceitual com a ideia de dignidade humana que atribui ao jurídico uma carga moral que não possui somente valor retórico, pois concretiza-se tanto nos compromissos internacionais de proteção através dos direitos humanos, como também por parte dos Estados democráticos, os quais trazem esta moralidade para o bojo de seus respectivos ordenamentos jurídicos por meio de uma variada gama de direitos fundamentais destinados a proteger diferentes dimensões da vida humana²⁵⁵. Portanto é correto afirmar que através do influxo dos Direitos Humanos, Direito e moral são fenômenos co-originários no cenário jurídico contemporâneo. Nesse sentido é que pode ser compreendida a crítica habermasiana de que a aposta na legitimidade da dominação pelo Direito justificada na racionalidade subjacente às suas características formais – como pretendia Max Weber com a ideia de dominação racional – é uma teorização que não leva em conta os pressupostos morais implícitos nos próprios princípios fundadores da estrutura jurídica. As determinações de

253 DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2º ed. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005. p. 39.

254 “Os princípios são individuais neste sentido formal: eles agregam valor para e impõem responsabilidade sobre pessoas individuais uma a uma. Mas eles não são necessariamente individuais em qualquer outro sentido. Eles não supõem, apenas como princípios abstratos, que o sucesso da vida de uma pessoa individual possa ser alcançado ou mesmo concebida independentemente do sucesso de alguma comunidade ou tradição a qual ela pertence ou que ela exercita sua responsabilidade para identificar valor por si própria se ela rejeita os valores de sua comunidade ou tradição. Os dois princípios não seriam elegíveis como chão comum que todos os americanos compartilham se eles forem individuais nesse sentido diferente e mais substantivo”. Tradução livre de: DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?** - Principles for a New Political Debate. New Jersey: Princenton University Press, 2006. p. 10.

255 HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Constituição da Europa**: Um Ensaio. Tradução de Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012b.

racionalidade teorizadas por Weber como legitimadoras do Direito formal burguês somente se sustentam quando possuem implicações morais, tal como ocorre com o ideal de segurança jurídica, a qual pressupõe uma proteção do indivíduo contra intervenções do Estado através da possibilidade de prognosticar a interferência deste na vida privada das pessoas, o que expõe o fato de tal categoria constituir-se em um "valor" que concorre com outros valores existentes em uma dada sociedade²⁵⁶.

Tais diretrizes têm papel fundamental na orientação do processo interpretativo do Direito. Na verdade, aqui entra o papel dos princípios, os quais, diferentemente daquilo que se costuma pensar, não abrem a interpretação para além do sistema jurídico, antes o contrário: garantem a integridade e autonomia do Direito ao blindá-lo contra elementos externos que venham servir como seus argumentos “corretivos” morais ou políticos²⁵⁷. Por eles se supera a ruptura sustentada pelo positivismo normativista entre uma realidade prática e outra teórica, cuja uma de suas consequências mais marcantes foi a relegação da ideia de correção da interpretação do Direito ao mundo da “política judiciária” por Hans Kelsen²⁵⁸, pois o mundo prático não seria passível de ser apanhado por um conhecimento rigorosamente científico do Direito na perspectiva do teórico austríaco.

O que o exegetismo ignora e que Kelsen afasta da epistemologia do Direito é o que Dworkin²⁵⁹ apontou como o caráter interpretativo do Direito, pois ambos deixavam de fora do pensamento jurídico o mundo das vivências fáticas. Em outras palavras, os positivismos não se advertem da existência de uma estrutura prévia de sentido pela qual o sujeito se insere no Mundo, precisando, por isso, sustentar o conhecimento exclusivamente a partir de seu rigor lógico. Como o *logos* hermenêutico permanece ocultado, inviabilizando o resgate da tradição, inevitável a decaída de ambos positivismos no relativismo, negando a existência de respostas corretas no campo jurídico. Não existem respostas antes das perguntas, como se as palavras fornecessem um ponto de neutralidade frente ao Mundo, há sempre algo que é antecipado ao sujeito, obrigando-o a interpretar, a atribuir sentido ao texto²⁶⁰. Uma vez que não há racionalidade em estado puro, é impossível ao intérprete reivindicar o acesso ao mundo somente através de enunciados assertóricos predicativos sem recair em um modelo de

256 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia** – entre faticidade e validade volume II. 2º ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011. p. 200.

257 STRECK, Lenio Luiz. **O que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?** 4º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013b. p. 113.

258 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8º ed. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 393.

259 DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 109

260 STEIN, Ernildo. **Aproximações Sobre Hermenêutica**. 2º ed. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2010. p. 19.

conhecimento sonegador de um mundo compartilhado, o qual é condição de possibilidade para se compreender democraticamente o Direito e a solidariedade, pois sem este *senso comum*, cada indivíduo fica encerrado em sua esfera privada²⁶¹.

Na verdade, ao atribuir uma substancialidade a dignidade humana, ainda que bastante abstrata, por meio da qual se articula também a exigência de igual consideração e respeito do corpo político com seus membros, obrigando os intérpretes a resgatar a tradição hermenêutica do Direito a fim de concretizar as virtudes políticas que regem sua comunidade (justiça, equidade, integridade), percebe-se haver sempre um momento de fundamentação conforme cada caso concreto demande sempre uma atualização das dimensões da dignidade humana. Por isso cada decisão judicial, cada interpretação, mantém a validade destes princípios quando respeita, busca o diálogo, com uma moralidade institucional inscrita na história de um país, o que não significa uma proibição de interpretar, o sujeito ainda existe, entretanto ele já não constrói o Direito sozinho. Tampouco, como o próprio Dworkin adverte, isso significa um engessamento dos sentidos de aplicação do Direito. Não seria correto simplesmente repetir interpretações já feitas, mesmo quando consideradas corretas no momento em que foram tomadas. Entretanto, cabe o ônus por parte de quem propõe um novo entendimento tanto de mostrar a defasagem histórica do entendimento anterior quanto de evidenciar que sua nova interpretação encontra-se ancorada em uma concepção de Direito íntegra e coerente em seus princípios, capaz de ser resgatada no bojo da tradição jurídica de sua respectiva comunidade.

Eis uma das grandes contribuições do Direito como integridade proposto por Ronald Dworkin. A teoria jurídica consegue então reconhecer o caráter interpretativo do Direito – porque os textos não possuem um significado “em si” e portanto é preciso atribuir sentido a eles – sem abrir mão de preocupar-se com os critérios de correção da decisão judicial. Pretender retirar este elemento de resgate da tradição – diga-se, dos fundamentos – do momento de aplicação fragiliza uma das mais importantes contribuições para a teoria jurídica contemporânea, extremamente cara para países como o Brasil, onde as promessas incumpridas da modernidade ainda ressoam no texto constitucional para que não sejam esquecidas, lembrando as diferentes solidariedades que se manifestaram ao longo da história e acabaram sendo incorporadas pelo Direito. Recuperar o significado disto constitui tarefa que se realiza em uma esfera pública democrática entre todos os cidadãos, como propõe Habermas. Todavia tal recuperação não pode deixar de ser feita também na aplicação do

261 DAMIANI, Alberto Mario. Humanismo Civil y Hermenéutica Filosófica. Gadamer Lector de Vico. In: **Cuadernos Sobre Vico**. Nº 15-16. Sevilla: Universidad de Sevilla. 2003. p. 35.

Direito, sob pena de o próprio Judiciário colocar em risco as garantias necessárias para a consolidação da esfera pública.

De nada adianta o uso de metodologias se os preconceitos permanecem intocados ou irrefletidos. Não se pretende aqui defender uma espécie de anarquismo epistemológico, métodos foram importantes para o desenvolvimento de muitos dos conhecimentos humanos, no entanto, é preciso reconhecer que eles, por si sós, não são suficientes para fornecer qualquer espécie de resposta quando não servem para colocar em xeque os preconceitos. É justamente esta a incumbência assumida pelos princípios jurídicos: eles não são enunciados vagos carentes de concretização, são a própria concretização de cada uma das virtudes políticas de uma comunidade. Sua tarefa é constranger a interpretação a adotar determinada direção por meio do resgate de outras decisões e interpretações as quais também encontrem respaldo principiológico. São as regras, e não os princípios, que possuem enunciados abertos, e sua interpretação precisa sempre de um certo tipo de contextualização, realizada pelos princípios, por parte do intérprete²⁶². Direito, então, não se trata de método, mas uma questão de princípio.

Os preconceitos desempenham aqui um papel fundamental. Embora desacreditados pelo iluminismo como opostos à razão, são eles que constituem esta estrutura prévia de sentido do sujeito. Naturalmente, para a coerência e integridade do Direito, não basta que o intérprete julgue com seus preconceitos de maneira irrefletida – armadilha na qual, inadvertidamente, ainda caem os juristas que apostam na subsunção como método de aplicação. Antes o contrário, deve-se tomar conhecimento dos próprios preconceitos para que se saiba quais são os mais adequados para a compreensão de um texto, e isto somente acontece quando se permite que o texto se mostre em sua alteridade, isto é, consiga dizer algo ao sujeito.

Quem procura compreender está exposto ao erro de opiniões prévias, as quais não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que apenas devem ser confirmadas "nas coisas", tal é a tarefa constante da compreensão. Aqui não existe outra "objetividade" que a confirmação que uma opinião prévia obtém através de sua elaboração. [...] A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrarias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade²⁶³.

Reconhecer os próprios preconceitos para que o texto possa vir a fala também não se

262 STRECK, Lenio Luiz. **O que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?**. 4º ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a. p. 113.

263 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meuer. 15º ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 356.

constitui em uma atividade alheia àquela desempenhada pelos juristas. A questão é saber como é possível ao sujeito conseguir enfrentar suas pré-concepções no interior do Direito. Quem lê um livro, de início, apresenta diferentes projetos de sentido que vão sendo contrastados uns com os outros mediante os novos elementos trazidos pelo avançar da leitura. Conforme o leitor consiga estabelecer um diálogo com o texto, determinados projetos vão se mostrando inadequados para captar sua mensagem, enquanto outros vão ganhando cada vez mais consistência pela força e harmonia que conseguem imprimir aos elementos da narrativa. A compreensão de um texto, portanto, não se dá imediatamente, pois se o intérprete não confronta seus preconceitos com o que lhe é dito, termina por assujeitar, mesmo quando inadvertidamente, o sentido da obra.

A exigência de enfrentamento de seus preconceitos por parte do sujeito vem expressa na metáfora do romance em cadeia de Dworkin. Nela, o Direito é visto como a construção de uma obra literária coletiva, onde cada autor é responsável por escrever um capítulo. Como romance, deve haver um encadeamento entre seus personagens, lugares e acontecimentos ao longo de suas diferentes passagens. Assim, aquele incumbido de dar continuidade a narrativa já recebe um trabalho em boa parte desenvolvido, precisando retomar seu conteúdo para preservar a coerência e a integridade do texto. Do contrário não se trataria de um romance, e sim um livro de contos. Logo, não basta o escritor possuir boas ideias se elas não conseguem se justificar no contexto da obra, é preciso existir uma articulação entre o material já escrito e o novo capítulo.

O romance em cadeia procura justamente colocar em relevo esse procedimento dialogal da compreensão. A partir desta metáfora, o Direito deve ser considerado como uma obra literária composta por vários autores ao longo da história. Aquele que pretende interpretar o Direito recebe a incumbência de escrever um novo capítulo, o qual, para não se tornar completamente alheio aos demais, deve resgatar os elementos trazidos anteriormente pelo romance, como os personagens e suas características, os locais nos quais se passam os acontecimentos narrados, além do enredo e da própria qualidade literária da obra. Assim, cada autor, no momento da escrita de seu capítulo, recebe uma obra em boa parte já desenvolvida, e precisa evitar contradições e elementos que venham a destoar dos demais sem nenhuma razão para tal ao mesmo tempo em que também preserva e cria novos componentes passíveis de serem recuperados para os próximos autores escreverem suas respectivas contribuições. A escrita de cada novo capítulo exige, logo, uma prestação de contas em relação aos capítulos antecessores para que aquilo que se tenha não seja uma compilação de contos, cada um com

suas próprias características, sem uma relação necessária com os demais²⁶⁴.

Destarte, não basta apenas uma recuperação acrítica dos elementos narrativos presentes na escrita para sua repetição. Não basta uma apropriação irrefletida do passado porque é o presente quem apresenta as perguntas que cada autor precisa responder a partir do romance. Aqui, entram em jogo o juízo literário do intérprete sobre a própria substância do romance para conseguir identificar os elementos narrativos capazes de fundamentar uma resposta, ou consigam fornecer elementos para a construção de seu capítulo, os quais não impliquem uma simples repriminção de teorias e teses já em desuso²⁶⁵. Mas isso, sob hipótese alguma, pode ser lido como uma autorização para o exercício de discricionariedade por parte do intérprete, pois sua responsabilidade política o obriga a fundamentar sua decisão mediante uma teoria política que consiga situá-la ao lado de outras decisões tidas como igualmente corretas, bem como a exigência de unidade do valor o impele a não conceber cada uma das virtudes isoladamente, porém mutuamente a partir das diferentes relações que mantêm entre si.

Em suma, a partir da virtude política da integridade, expressa pelo romance em cadeia de Dworkin, o Direito é visto como algo construído intersubjetivamente ao longo da história. Com efeito, cada capítulo, cada decisão, precisa recuperar os pressupostos de sua legitimidade, caso não pretenda tornar-se uma instância autoritária. Não basta o pressuposto de os fundamentos das normas jurídicas serem dados de antemão ao juiz por conta do processo deliberativo democrático. Existe também uma substancialidade moral ao longo da história institucional de um país que igualmente precisa ser resgatada, sob pena de esta moralidade acabar sendo aquela dos preconceitos inconscientes do intérprete do Direito. Sob essa perspectiva, os princípios no construtivismo dworkiniano nada mais são do que expressão da tradição hermenêutica do Direito. Por isso se fala em um resgate, uma reconstrução, que atualiza a validade das virtudes políticas de sua comunidade. O que está em jogo é a fundação de um novo senso comum sobre o que é o Direito e como ele se realiza, ou seja, uma nova forma de “ver” o fenômeno jurídico como algo construído coletivamente ao longo da história, e aqueles responsáveis por continuar esta construção precisam prestar contas aos demais sobre como pretendem realizar sua tarefa. Isso tem implicações importantes para a jurisdição constitucional brasileira porque o atual constitucionalismo exige um paradigma democrático de interpretação do Direito. Torna-se necessário que as decisões

264 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2º ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 273-276.

265 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 272.

judiciais, para serem consideradas corretas ou constitucionalmente adequadas, prestem uma *accountability* hermenêutica, o que vem muito bem expresso pela ideia de responsabilidade política dos juízes de Dworkin, afirmando que “as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possa se justificar no âmbito de uma teoria política que justifique outras decisões que elas se propõe a tomar”²⁶⁶.

Talvez tenha sido justamente a má compreensão acerca do que seja o constitucionalismo contemporaneamente aquilo que fez prosperar a ideia de que princípios pudessem ser contrapostos às regras, isto é, os princípios abririam a interpretação jurídica à influência de outros sistemas sociais a fim democratizar a decisão judicial. As regras seriam, então estruturas fechadas de sentido, as quais deveriam os princípios “abrir” a uma realidade mais ampla, a qual não “cabe” dentro da simples semântica do enunciado. Com isso, se toma como partida uma das principais críticas aos positivismos primevos (especialmente a exegese e o pandectismo), porém pouco se consegue avançar em relação a Kelsen quando reconhece a discricionariedade do intérprete como uma espécie de fatalidade da aplicação do Direito. Na melhor das hipóteses, se desenvolvem metodologias para o controle da racionalidade do aplicador, mas que pouco conseguem resolver o problema da discricionariedade enquanto despreocupadas com o nível (*logos*) hermenêutico do acontecer humano. Nas ciências humanas, devido ao caráter reflexivo que possuem ao exporem o sujeito sobre sua própria condição enquanto ser humano, não consegue disfarçar, como nas ciências naturais, um distanciamento entre o investigador e o que é investigado. Há sempre uma cumplicidade entre sujeito e objeto devido à uma estrutura prévia de sentido herdada da tradição hermenêutica. Por isso, caso o sujeito queira conhecer seu objeto, deve reconhecer a este uma autonomia diante da sua subjetividade, permitir que o que está sendo investigado venha a fala, permitindo que o sujeito revise seus preconceitos a fim de reconhecer quais deles são e não são adequados para compreender aquilo que investiga.

Também a legalidade, após as Constituições compromissórias e dirigentes, adquiriu uma feição libertadora, pois é o modo de atuação estatal por excelência. Sua preservação e observância é condição de possibilidade para a realização de qualquer projeto constitucional. Consequentemente, o exercício do controle de constitucionalidade é tão elementar no Estado Democrático de Direito, pois as Cortes constitucionais possuem a competência de declarar nulas por inconstitucionalidade as leis que venham a se mostrar incompatíveis com a Constituição. O ponto, no entanto, está em atentar para o fato de que não são metodologias ou

266 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direito a Sério**. 3º ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 137.

provimentos vinculantes os responsáveis por lastrear os critérios de correção das decisões judiciais, mas antes a coerência e integridade advindas do próprio Direito.

Somente quando se percebe o caráter interpretativo o Direito é que se pode vislumbrar sua capacidade de incorporar dimensões de solidariedade manifestas ao longo da história de uma comunidade política determinada. A tarefa de preservação da força normativa da Constituição por parte da jurisdição constitucional tem sua realização condicionada a capacidade de os tribunais conseguirem empreender uma reconstrução da moralidade política subjacente a toda atividade jurídica porque é esta mesma moralidade política a responsável por trazer as dimensões de solidariedade para o interior do jurídico. Essa reconstrução, todavia, somente é passível de ser feita a partir do diálogo, na abertura do sujeito ao que o texto da Constituição carrega consigo, realçando, mais uma vez, a importância de um elevado grau de autonomia para o jurídico.

De todo modo, para que a jurisdição constitucional consiga desempenhar a tarefa de realizar a solidariedade é fundamental que decida respeitando a coerência e integridade jurídicas. Na ausência de uma principiologia responsável por constranger a interpretação esquecem-se os elos de solidariedade que inspiraram a incorporação de determinadas posições pelo Direito – como o meio ambiente e os direitos sociais – ocasionando o esvaziamento deste, visto então como uma mera racionalidade instrumental cujo vínculo com a moral é meramente ocasional, tal qual pretendiam os diferentes positivismos. Portanto, é crítica a questão de se conseguir realizar o controle da discricionariedade a partir da intersubjetividade. São os princípios jurídicos os responsáveis por recuperar a história institucional subjacente ao Direito e, com isso garantir sua autonomia. Sem esta, a jurisdição deixa de ser contramajoritária, e a Constituição, bem como seu projeto de transformação do *status quo* social, se vê ameaçada pelas contingências da política. O Direito então deixa de ser condição de possibilidade da democracia para se tornar uma linguagem instrumental legitimadora e, na melhor das hipóteses, apenas racionalizadora do exercício do poder.

O exercício da jurisdição constitucional, portanto, passa por alguns pressupostos para a realização de uma solidariedade constitucional: 1) A Constituição é dirigente e normativa, isto é, vinculante, e toda a legalidade deve estar estritamente às suas diretrizes e materialidade emancipadora, deixando de ser aplicada somente em uma das seis hipóteses elencadas por Streck; 2) Direito é uma questão de princípio, e não de método, política, economia ou moral individual; 3) antagonismo à discricionariedade judicial, a principiologia constitucional constrange as decisões judiciais a enfrentarem toda a tradição hermenêutica que as antecede a fim de firmarem-se como democráticas. Existe, enfim, o dever de se procurar uma resposta

“correta”²⁶⁷ no interior do Direito. Em uma última palavra, pensar uma jurisdição constitucional adequada ao atual constitucionalismo no qual se situa contemporaneamente o Brasil, implica assumir a intersubjetividade como elemento estruturante do Direito. Sem ela, não se consegue ultrapassar a subjetividade relativista característica da filosofia da consciência, a qual resulta em uma incapacidade de se enfrentar o problema da discricionariedade, resultando em um *déficit* democrático, comprometedor de qualquer projeto de solidariedade constitucional e pretensão de realizar justiça social.

267 “Correto” neste contexto tem um sentido metafórico. É um ideal que, quando abandonado ou dado por inatingível, faz perder completamente o sentido de se lutar contra a discricionariedade judicial. Ademais, uma decisão não se apresenta “correta” devido a alguma propriedade intrínseca autoevidente que se realiza uma vez manifesta. A finitude do sujeito, longe de significar qualquer espécie de relativismo, implica a impossibilidade de se alcançar o fenômeno de maneira puramente objetiva. A tese da resposta correta é “uma questão de postura ou atitude, definidas como *interpretativas e autorreflexivas, críticas, construtivas e fraternas*, em face do Direito *como integridade*, dos direitos individuais compreendidos como trunfos na discussão política e do exercício da jurisdição por esse exigida; uma questão que, para Dworkin, não é *metafísica*, mas *moral e jurídica*”. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo Constitucional**. 3º ed. Rev. Ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016b. p.55.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No intuito de refletir acerca do problema relativo ao controle da decisão judicial, se procurou desenvolver ao longo desta investigação uma perspectiva teórica pela qual fosse possível pensar um exercício da jurisdição constitucional comprometido com a realização da solidariedade a partir da materialidade da Constituição Federal de 1988, porque é o Judiciário, mormente através da jurisdição constitucional, o responsável por proteger o Direito dos discursos que pretendem implementar um modelo político ao arrepio dos compromissos constitucionalmente assumidos.

A hipótese esboçada para responder a esta problemática foi a de ser necessário uma orientação intersubjetiva da fundamentação das decisões judiciais capaz de constranger o intérprete a se engajar na discussão acerca de quais razões podem ser consideradas corretas ou constitucionalmente adequadas diante de uma moralidade política expressa nas práticas jurídicas de uma comunidade política ao longo da história. Como se procurou argumentar, sem o compartilhamento do sentido, ou de um senso comum, não se consegue descortinar nenhuma dimensão de solidariedade no interior do Direito porque aquela se dá sempre de *entre* os sujeitos e, portanto, não pode se encontrar a disposição da arbitrariedade na atribuição de sentido. Com o desiderato de desenvolver esta proposta, foi traçado um caminho expresso pelos objetivos gerais da pesquisa que possibilitaram a consecução de algumas contribuições importantes acerca do tema, os quais se desdobraram ao longo dos três capítulos.

No primeiro capítulo se buscou traçar um quadro geral no que diz respeito ao modelo jurídico instituído no Brasil pela Constituição Federal de 1988, que incorporou um conteúdo crítico de transformação do *status quo* social responsável dar uma face ao Direito diferente de ser somente uma racionalidade instrumental, uma gramática para legitimação do poder político ou qualquer outra espécie de formalismo. Isso porque, a partir de então, o jurídico passa a desfrutar de um elevado grau de autonomia pelo qual consegue firmar os compromissos por ele expressos diante dos mais variados influxos advindos da política, da economia ou da moralidade individual. Essa autonomia, como referido, constitui a capacidade que o Direito possui de dar respostas próprias a partir dos princípios de moralidade política que incorpora, moralidade política esta que encontra-se vinculada desde o plano internacional aos direitos humanos.

Esse novo paradigma jurídico é resultado da convergência entre duas tradições constitucionalistas: revolucionária e estadunidense. Da primeira, recuperou o ideal de uma Constituição comprometida com a transformação do *status quo* social, um projeto de sociedade atravessado pela legalidade constitucional atribuindo ao Estado a responsabilidade por impulsionar a realização deste projeto. Por outro lado, do modelo norte-americano resgatou a rigidez constitucional bem como o controle de constitucionalidade das leis, fazendo com que a Constituição não se tornasse um documento vulnerável a maiorias políticas eventuais. Outrossim, a partir da tese do constitucionalismo dirigente de José Joaquim Gomes Canotilho, já não se pode afirmar a existência de discricionariedade por parte do Poder Legislativo, que se encontra vinculado desde os fundamentos de sua tomada de decisão à realização da materialidade constitucional.

À jurisdição constitucional, diante das referidas transformações ocorridas a partir deste novo constitucionalismo, já não diz apenas respeito ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Embora esta atribuição continue de suma importância para a preservação da força normativa da Constituição, a jurisdição constitucional agora é também a garantidora da realização da própria materialidade constitucional quando esta venha a ser omitida pelas vias políticas representativas, o que não significa a capacidade de os Tribunais Constitucionais editarem leis gerais e abstratas ao arrepio das atribuições constitucionalmente previstas para os demais poderes, mas antes uma responsabilidade política dos juízes em garantir que o processo político não venha a corroer os compromissos constitucionais por força de compromissos políticos que não encontrem respaldo constitucional.

Defender uma autonomia para o Direito significa, neste contexto, a afirmação de que o jurídico já não é algo que se encontra inteiramente à disposição dos processos políticos institucionais e tampouco da subjetividade do intérprete no momento da aplicação. O Direito possui um conteúdo próprio, capaz de ser resgatado mesmo quando se torne inconveniente sob alguma perspectiva, possui uma materialidade estreitamente ligada à afirmação histórica dos direitos humanos, na luta desde o plano internacional pela proteção das mais variadas dimensões da dignidade humana. Os direitos humanos, então, são também eles expressões de diferentes solidariedades estabelecidas desde o plano internacional, e que o constitucionalismo democrático incorpora não por conta de algum provimento formal de recepção de tratados internacionais, mas pela própria maneira dialógica na qual estão vinculadas a materialidade constitucional e os direitos humanos, ou seja, a Constituição brasileira não é um documento autóctone, mas antes um marco que busca inspiração em um contexto mais amplo de proteção da dignidade humana.

Esse problema da autonomia do Direito ganha relevo com o contraste existente entre uma realidade social historicamente marcada pelo *déficit* de cidadania e uma Constituição compromissória e dirigente. Tal discrepância impulsiona o deslocamento do polo de tensão política dos Poderes representativos em direção ao Judiciário, que se vê muitas vezes provocado a se manifestar sobre questões controvertidas no espaço público. Ainda: não raramente se presencia um posicionamento por parte das Cortes construído sobre elementos exógenos ao Direito, o qual, ao contrário de ter sua autonomia reverberada pela decisão, é colonizado por meio de argumentos e considerações de ordem finalística e cunho moral, político ou econômico, extrapolando sua esfera de atuação constitucionalmente legitimada. Se a judicialização da política é um fenômeno contingente às sociedades contemporâneas o qual tensiona a competência da jurisdição constitucional, o ativismo judicial é uma tomada de posição discricionária por parte dos tribunais que não presta contas aos princípios de moralidade política norteadores do Direito. Percebe-se então a imbricação existente entre ambos os conceitos no cenário atual e, especificamente no caso do ativismo judicial, a deterioração da capacidade de o jurídico conseguir construir respostas próprias.

Ao deixar de decidir por princípios para fundamentar sua decisão em argumentos teleológicos, a decisão judicial termina colonizando a esfera pública, responsável pela formação da opinião pública, *locus* privilegiado de desenvolvimento da solidariedade, pois é a partir do diálogo, do engajamento dos membros de uma comunidade política em torno de projetos comum que se consegue perceber melhor os diferentes vínculos que mostram o entrelaçamento das vidas de cada cidadão. Mais ainda, o Direito deixa de ser permeável a estes vínculos de solidariedade, algo pelo qual seja possível lembrar destes vínculos, para se tornar o oposto: um adversário da solidariedade na medida em que o ativismo judicial se recusa a prestar contas dos fundamentos suas decisões em uma esfera mais ampla, pela qual seja possível a discussão em torno de quais são as razões corretas de se decidir em determinado sentido. No fim, o ativismo judicial termina substituindo o diálogo pressuposto em qualquer solidariedade pelo arbítrio e pela vontade de poder das autoridades responsáveis por aplicá-lo, e por tal razão se constitui como um elemento antidemocrático no interior da sociedade brasileira contemporânea.

O ativismo judicial se coloca como um problema sério à construção do projeto constitucional. E por isso foi preciso revisitar a história da teoria do Direito para conseguir compreender sua atual dificuldade em enfrentar este problema, especificamente retomar a corrente de pensamento que talvez mais tenha influenciado juristas nos últimos dois séculos: o positivismo jurídico. Com o objetivo de afirmar a prominência do Direito positivo sobre o

Direito natural, o positivismo jurídico se constituiu como um movimento teórico eminentemente preocupado em elaborar um arcabouço conceitual apto a descrever o Direito positivo, bem como diferenciá-lo dos demais sistemas normativos situados no interior de uma dada sociedade. Consequentemente, se limita a explicar *como é* o Direito, e quais são suas características. Para que esta descrição pudesse estar isenta de qualquer resquício jusnaturalista, separa-se irremediavelmente a moral do Direito ou, como no caso Kelseniano, a moral da ciência do Direito.

Com isso, saber qual interpretação dentre as várias possíveis é a correta não era algo com o qual os positivistas costumavam se dedicar, pois entendiam ser este um problema de política judiciária ou até mesmo de moral. A interpretação somente interessava quando era institucionalizada em alguma espécie de provimento, todavia, este interesse estava novamente limitado a descrever a nova norma, e quais suas possíveis interpretações, sem, no entanto, indicar qual delas seria a melhor ou mais correta. Outrossim, sempre se terminava reconhecendo uma abertura à liberdade do intérprete em escolher qual o sentido que entendesse mais adequado a uma norma. Havia a concessão de uma *discricionariade* em favor do aplicador, isto é, um espaço a disposição do sujeito para a tomada de decisão que não poderia ser criticado pela teoria do Direito sem se recorrer a critérios próprios, sem um necessário respaldo da história institucional do Direito.

Essa talvez seja uma postura a qual se deva tomar mediante o Direito: a de como ele deve ser lido. Se for entendido apenas enquanto uma racionalidade instrumental que não esteja vinculada a uma moralidade política, perde-se todo o potencial crítico que se poderia desempenhar no interior da ciência jurídica frente aos influxos dos demais sistemas sociais, isto é, não caberia ao jurista a tarefa de apreciar criticamente se uma decisão respeita a autonomia do Direito, mas apenas verificar sua compatibilidade com um todo ordenado de enunciados. Se, por outro lado, se reconhece que o Direito adquiriu um elevado grau de autonomia, e que seu conteúdo nas sociedades democráticas contemporâneas está vinculado ao conteúdo dos Direitos humanos através da moralidade política que incorpora bem como que pelo jurídico se expressam mais do que simplesmente a conformação política de um dado contexto, então é possível se falar em um potencial crítico para o conhecimento jurídico, afirmando que uma decisão é incorreta porque afronta ao um conteúdo tido como juridicamente indisponível, e não apenas porque é incompatível com um conjunto de enunciados determinado.

Ademais, ao se deter somente sobre como descrever o Direito, a teoria do ordenamento jurídico positivista se mostra impermeável ao necessário diálogo entre direitos

humanos e fundamentais no atual constitucionalismo. Os direitos fundamentais possuem um elo substancial entre com os direitos humanos, a história de um não pode ser compreendida sem a história do outro. Não se trata de defender aqui qualquer espécie de universalismo, mas de reconhecer que, para se compreender aquilo que os primeiros expressam, é preciso também se recuperar o diálogo que eles estabelecem com os últimos. Em que pese as severas críticas feitas pela própria jurisprudência e doutrina brasileiras ao formalismo positivista, parece que no Brasil ainda se enfrentam dificuldades em reconhecer a validade dos direitos humanos quando estes não são incorporados ao sistema jurídico interno por meio de algum provimento.

Tanto no caso da discricionariedade quanto na impermeabilidade da teoria do ordenamento jurídico positivista aos direitos humanos, o que está por trás é a ausência de uma compreensão intersubjetiva do jurídico. Como a solidariedade expressa um comprometimento conjunto de realização do projeto constitucional, ela não pode ficar limitada apenas ao aspecto de redistribuição de riqueza. Embora esta seja importante um maior equilíbrio das condições materiais de existência entre os cidadãos para sua autonomia na esfera pública, a solidariedade somente consegue se articular com o reconhecimento de um mundo de sentido compartilhado, onde a comunidade se organiza a partir de um senso comum responsável por possibilitar a existência de diálogo entre os sujeitos, seja no que diz respeito aos diferentes projetos políticos existentes, seja no que se refere ao reconhecimento das decisões já institucionalizadas pelo meio jurídico, e as quais precisa expressar um todo íntegro e coerente de princípios para que o projeto instituído pela Constituição não termine sendo diluído pelas perspectivas pessoalistas de cada julgador ou autoridade responsável por aplicar o Direito.

Ora, se o Direito é capaz de incorporar os diferentes elos de solidariedade manifestos na sociedade ao longo da história, seja através dos direitos humanos, seja através dos próprios compromissos assumidos pela Constituição, então é de se perguntar como seria possível o controle da racionalidade do sujeito, mormente porque, ao se decidir a partir de convicções pessoais, um juiz deixa de prestar contas se sua interpretação encontra-se respaldada pela moralidade política. Tanto para alguns positivismos, quanto para setores da comunidade jurídica brasileira, a aposta não raramente recai em métodos ou provimentos de caráter vinculante, como se o sentido pudesse ser extraído do texto, independentemente de qualquer horizonte sobre o qual esteja situado o intérprete. Ao cabo, ambas as perspectivas acabam falhando diante de algo inerente à própria condição humana: a interpretação. Como não se possui acesso direto ao mundo, este vem sempre mediado pela linguagem e toda a tradição hermenêutica que ela carrega consigo, o sujeito está fadado a interpretar. Mas a interpretação não depende de algo discricionário, pois o sentido é sempre algo compartilhado e do qual

ninguém pode se apropriar. Antes, é algo que exige uma prestação de contas hermenêutica, um balanço dos motivos que o sustentam frente àqueles que apoiam a posição contrária. Isso não é algo que seja possível de ser alcançado por meio de metodologias, mas somente por meio da discussão envolvendo os fundamentos de decidir.

O positivismo se mostra, por todas as razões elencadas, um paradigma teórico refratário às exigências democráticas e substanciais do Estado Democrático de Direito. Primeiro por não conseguir enfrentar o problema da discricionariedade ou reconhecê-la como algo inerente a interpretação; segundo porque a aposta em métodos para resolução de controvérsias acerca do sentido de um texto enfatiza demasiadamente o plano lógico em detrimento da condição ontológica do sujeito, isto é, somente existe acesso ao mundo porque se consegue interpretá-lo, se atribui sentido ao mundo, de modo que os enunciados não são imanentes aos textos e tampouco o sentido é controlado por meio de procedimentos metodológicos.

Por essa razão se desenvolve uma abordagem teórica capaz de levar em consideração a intersubjetividade. Tal se deu pelos aportes da hermenêutica, a qual reconhece a existência de uma estrutura prévia de sentido a condicionar toda a compreensão pela qual se pode pensar em efetivamente realizar o controle da racionalidade do sujeito. Desta vez já não se recorrem a métodos ou procedimentos para tal desiderato, mas à discussão dos fundamentos de cada decisão judicial, confrontando-os com uma leitura da história institucional que expresse um Direito íntegro e coerente em seus princípios. Não se trata de alcançar “a” resposta, mas de uma postura assumida pelos membros de uma comunidade política em buscar as interpretações que se mostram como constitucionalmente adequadas a cada caso concreto, a partir do diálogo onde o que exsurge é algo inteiramente novo e resulta da fusão entre os horizontes dos envolvidos, de modo que as razões que os levam a interpretar o texto de uma determinada maneira já não são arbitrárias.

Sem este vínculo intersubjetivo existente entre os membros de uma comunidade política sequer há de se falar em solidariedade, isto é, uma co-percepção entre diferentes sujeitos acerca do entrelaçamento existente em suas vidas em sociedade. Tal como a amizade, a solidariedade sempre implica o (re)conhecimento do outro, um conhecimento que, todavia, nunca se obtém plenamente, porque o vínculo que une dois amigos jamais é algo que se mostra inteiramente. Tampouco basta a identificação de similitudes, pois a diferença é sempre pressuposta na compreensão conforme provoca o sujeito a testar seus próprios preconceitos na tentativa de saber quais são aqueles adequados para compreender o outro. Ao mesmo tempo, a diferença, sozinha, não é capaz de ensejar solidariedade, pois esta sempre pressupõe um

vínculo intersubjetivo que evidencia um co-pertencimento e dependência, de modo que a decisão de um tem (ou pode ter) impacto sobre a vida dos outros.

Ademais, solidariedade na abordagem empreendida a partir das considerações de Gadamer e Walhof, não é algo que deva ser “inventado” ou “criado”, mas algo já existente em diferentes dimensões do tecido social, sendo tarefa da política trazê-la a percepção do público. O Direito, embora não seja capaz de, por si só, criar nos sujeitos estes vínculos de solidariedade, expressa diferentes dimensões destes vínculos por meio dos direitos humanos de do próprio constitucionalismo dirigente, exigindo da política que os respeite bem como a impulsione na sua tarefa de evidenciar de trazê-los a tona. O jurídico constitui-se como rastro pelo qual podem ser resgatadas estas solidariedades, a fim de que elas não voltem a ser esquecidas.

Para se conseguir traçar uma aproximação entre solidariedade e Direito, se propugnou pela retomada da tradição hermenêutica subjacente a ambos, para que este não seja visto apenas como um conjunto de enunciados normativos que “pairam” sobre as cabeças dos membros de uma comunidade política. Posturas como o ativismo judicial, mesmo quando visam realizar justiça social lançando mão da discricionariedade, nada mais fazem do que transformar o jurídico em uma gramática apropriável pelo exercício do Poder, para “bem” ou para “mal”. Não é concebível que no Estado Democrático de Direito, onde toda a legalidade é também uma legalidade constitucional, e portanto comprometida com a realização dos direitos humanos a partir de uma moralidade política, seja colocada à mercê do arbítrio de quem quer que seja. Ademais, ao se instrumentalizar o jurídico de tal maneira, ele perde a aptidão de fornecer os rastros pelos quais se podem resgatar os diferentes vínculos de solidariedade que incorpora.

O papel desempenhado pela jurisdição constitucional adquire mais importância do que nunca neste contexto. Pois ao preservar a autonomia do Direito por meio de sua principiologia, preserva também a capacidade que o Direito possui de rememorar os laços de solidariedade que expressa. Essa é a forma pela qual se pode pensar no desempenho de uma jurisdição constitucional comprometida com a realização da solidariedade a partir do Direito, como se questionou no sexto objetivo específico. Não é por meio de posturas voluntaristas, mas pelo respeito à coerência e integridade jurídicas. Ao decidir por princípios, isto é, padrões que devem ser observados por exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade política, é que se pode empreender o diálogo entre o intérprete e a tradição hermenêutica subjacente à história institucional do Direito.

Neste sentido é ilustrativa a metáfora do romance em cadeia, pela qual o Direito deve ser lido como uma obra íntegra e coerente em seus elementos narrativos. No entanto, cada juiz é também responsável por escrever um novo capítulo desta obra, retomando os elementos já estabelecidos em passagens anteriores bem como desenvolver um conteúdo que possa ser recuperado posteriormente pelos próximos autores. Uma decisão judicial está bastante próximo deste estranho exercício literário proposto por Ronald Dworkin, é preciso reconstruir a história institucional as decisões políticas que expressem em sua melhor luz os princípios de moralidade política que dão sustentação ao Direito, pelo qual todos os cidadãos são considerados como dignos de igual consideração e respeito por sua comunidade política.

O desempenho da jurisdição constitucional na realização da solidariedade, portanto, passa pelo reconhecimento dos seguintes pressupostos: 1) antagonismo ao ativismo judicial, pois este se constitui precisamente no oposto a qualquer intersubjetividade pressuposta em qualquer solidariedade e, não obstante, coloniza a esfera pública, âmbito privilegiado para a tomada de consciência dos diferentes vínculos de co-percepção entre os membros de uma comunidade política, com discursos autoritários travestidos pela gramática do Direito; 2) a Constituição é dirigente e normativa, vinculando toda a atividade estatal, bem como o próprio Judiciário, por meio da legalidade constitucional que encontra respaldo nos princípios de moralidade política que expõe os fundamentos do Direito em sua melhor luz; 3) o reconhecimento de uma autonomia para o Direito, isto é, o jurídico tem a capacidade de dizer algo, mas que somente pode ser alcançado quando se percebe a existência de um plano intersubjetivo de compartilhamento de sentido, de modo que a interpretação já não esteja inteiramente à disposição do sujeito mas encontre respaldo na tradição hermenêutica subjacente a todo texto jurídico.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. STRECK, Lenio Luiz. **O que é Isto – O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes?**. 2º ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

AVRITZER, Leonardo *et all* (orgs.). **Dimensões Políticas da Justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

_____; COSTA, Sérgio. Teoria Crítica, Democracia e Esfera Pública: Concepções e usos na América Latina. *In: DADOS – Revista de Ciência Sociais*. Rio de Janeiro: 2004. págs. 703-728. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v47n4/a03v47n4.pdf>> Acesso em 03/09/2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BAUMER, Franklin L. **O Pensamento Europeu Moderno Volume I – Séculos XVII e XVIII**. Tradução de Maria Manuela Alberty. Lisboa: Edições 70, 1990a.

_____. **O Pensamento Europeu Moderno Volume II – Séculos XIX e XX**. Tradução de Maria Manuela Alberty. Lisboa: Edições 70, 1990b.

BAURMANN, Michael; HARTMUT, Kliemt. ¿Tomar a la Ligera el Positivismo Jurídico? *In: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N°2. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1985. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/tomar-a-la-ligera-elpositivismo-juridico-0/>> Acesso em: 29/03/2017.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria Geral do Direito**. 3º ed. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; Coelho, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador** – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7º ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Brançosos e Interconstitucionalidade** – Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. 2º ed. Coimbra: Almedina, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3º ed. Rev. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. **A Constituição na Vida dos Povos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAMIANI, Alberto Mario. Humanismo Civil y Hermenéutica Filosófica. Gadamer Lector de Vico. *In: Cuadernos Sobre Vico*. Nº 15-16. Sevilla: Universidad de Sevilla. 2003. Págs. 31 – 47. Disponível em: <<http://institucional.us.es/revistas/vico/vol.15-16/art%202.pdf>> Acesso em: 25/02/2017.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e Pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDIER JR, Fredie *et all*. **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: JUSPODIVM, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2º ed. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005.

_____. **Is Democracy Possible Here?** - Principles for a New Political Debate. New Jersey: Princenton University Press, 2006.

_____. **O Império do Direito**. 2º ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGELMAN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: IusPodivm, 2013.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo**: Um Debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: 2012.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. 4º ed. Rev. Ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Rafael Fonseca. (a)crítica recepção das teses alexyanas: o *locus* da discricionariedade judicial em *terrae brasilis*. In: **Direitos Fundamentais e Justiça**. Ano 7. Nº 27. Porto Alegre: HS, 2013.

_____. **Internacionalização da Constituição**: Diálogo Hermenêutico, Perguntas Adequadas e Bloco de Constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

_____; ANADON, Celine Barreto. O Diálogo Hermenêutico e a Pergunta Adequada à Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil: Caminhos para um Processo de Internacionalização da Constituição. In: **Revista de Direito Internacional**. Vol. 12. Nº 2. Brasília, 2015.

_____; BRUM, Rômulo Gubert de Mello. Jurisdição Constitucional, Coerência e Integridade: Contribuições para o Pensamento de um Poder Judiciário Democrático. In: **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Vol. 33 nº 2. Pouso Alegre: 2017. págs. 135-157. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/posgraduacao/revista_artigo.php?artigo=255&volume=> Acesso em 25/09/2017.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución** – De la Antigüedad a Nuestros Días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2001.

_____. **Constitucionalismo** – Experiencias Históricas y Tendencias Actuales. Tradução de Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2014.

FREITAG, Bárbara; ROUANET, Sérgio Paulo (orgs.); FERNANDES, Florestan (coord). **Habermas: Sociologia**. 3º ed. São Paulo: Ática, 1993.

GADAMER, Hans-Georg. **Reason in the Age of Science**. Tradução para o Inglês de Frederick G. Lawrence. Cambridge: Massachussets Institute of Tecnology Press, 1983.

_____. **Hans-Georg Gadamer on Education, Poetry and History** – Applied Hermeneutics. Tradução para o Inglês de Lawrence Schmidt e Monica Reuss. Albany: State University of New York Press, 1992.

_____. **O Problema da Consciência Histórica**. Tradução de Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: FGV, 2003

_____. **Verdade e Método** – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. 15º ed. Tradução de Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 2015.

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

_____. **Introducción a Gadamer.** Tradução de Constantino Ruiz-Garrido. Barcelona: Herder Editorial, 2003.

_____. **Hermenêutica.** Tradução de Marcos Marciolino. São Paulo: Parábola, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988:** Interpretação e Crítica. 8º ed. Rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

GREEN, Leslie. Law as Means. *In: Legal Research Paper Series.* Nº 8. Oxford: Hart Publishing, 2009. Disponível em: <<http://www.ssrn.com//abstract=1351304>> Acesso em: 02/04/2017.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia** – entre faticidade e validade volume II. 2º ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2º ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012a.

_____. **Sobre a Constituição da Europa:** Um Ensaio. Tradução de Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012b.

HART, Herbert L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. *In: Harvard Law Review.* Vol. 71. Nº 14. Harvard: The Harvard Law Review Association, 1958. págs. 595-629. Disponível em: <<http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/hart-1958-positivism-separation.pdf>> Acesso em: 27/03/2017.

_____. **The Concept of Law.** 2º ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais de Direito Constitucional.** Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo, Saraiva, 2009.

JULIUS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em Tempos de Globalização.** Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KELSEN, Hans. ¿Que es el Positivism Jurídico?. *In: Revista de la Facultad de Derecho de México.* Nº 61. Vol. XVI. México: UNAM. 1966. págs. 131 – 143.

_____. **Jurisdição Constitucional.** Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão, Maria Ermantina Galvão e Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Pura do Direito.** 8º ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica.** 7º ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** 5º ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

MARQUES, Carlos Alexandre M.; STOLZ, Sheila; VERAS NETO, Francisco Quintanilha (orgs.). **Hermenêutica, Sociedade e Natureza: Análise Crítica dos Paradigmas (Pós) Modernos**. Rio Grande: Editora da Furg, 2014.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade – O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *In: Novos Estudos*. N° 58. São Paulo: Cebrap, 2000. Disponível em: <<http://novosestudos.uol.com.br/v1/issues/view/92>> Acesso em: 06/11/2014.

MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação Jurídica e Criação Judicial do Direito** – de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014.

MORAIS, José Luis Bolzan de. O Estado e Seus Limites – Reflexões Iniciais Sobre a Profanação do Estado Social e a Dessacralização da Modernidade. **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. LXXXII. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2007. p. 569 – 590.

_____. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2° ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional: Entre Direitos, Deveres e Desejos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

_____; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e Cidadania: Por uma Jurisdição Constitucional Democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3° ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MOTTA, José Francisco Borges. **Ronald Dworkin e a Construção de uma Teoria Hermeneuticamente Adequada da Decisão Jurídica Democrática**. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014.

NEVES, António Castanheira. **O Direito Hoje e com que Sentido? - O Problema Actual da Autonomia do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização Simbólica**. 3° ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, Política e Filosofia** – Contribuições para uma Teoria Discursiva da Constituição Democrática no Marco do Patriotismo Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

_____. **Devido Processo Legislativo**. 3° ed. Rev. Atual. Ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016a.

_____. **Processo Constitucional**. 3° ed. Rev. Ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016b.

PISARELLO, Gerardo. Solidariedad e Insolidariedad em el Constitucionalismo Contemporáneo: Elementos para una Aproximación. *In: Revista de Estudios Sociales*. N° 46. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2013. p. 86-97. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=81528084009>> Acesso em: 06/07/2013.

POCHMANN, Marcio. Proteção Social na Periferia do Capitalismo: Considerações Sobre o Brasil. *In: São Paulo em Perspectiva*. Vol. 18. N° 2. São Paulo: Fundação SEADE, 2004. p. 3-16. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/spp/v18n2/a02v18n2.pdf>> Acesso em: 06/07/2017.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2° ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

ROHDEN, Luiz. Hermenêutica Filosófica: Uma Configuração entre a Amizade Aristotélica e a dialética Dialógica. *In: Síntese – Revista de Filosofia*. Vol. 31. N° 100. Belo Horizonte: 2004. Disponível em: <<http://faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/353/662>> Acesso em: 07/10/2017.

_____. A Metafísica Repensada a Partir da Tradição Fenomenológico-Hermenêutica. *In: Veritas*. Vol. 58. N° 2. Porto Alegre: PUCRS, 2013. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/viewFile/14827/10912>> Acesso em 06/07/2017.

SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Constituição e Crise Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para Uma Revolução Democrática da Justiça**. 3° ed. Rev. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA JÚNIOR, Almir Ferreira. **Estética e Hermenêutica: A Arte como Declaração de Verdade em Gadamer**. Tese (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Letras, Filosofia e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2005.

SQUELLA, Agustín. **Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos**. México: Fontamara, 1995.

STEIN, Ernildo. **Seis Estudos Sobre “Ser e Tempo”**. Petrópolis: Vozes, 1990.

_____. **Mundo vivido: Das Vicissitudes e dos Usos de um Conceito da Fenomenologia**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

_____. **Racionalidade e Existência: O Ambiente Hermenêutico das Ciências Humanas** 2° ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2008.

_____. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2° ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

_____; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. 2° ed. Rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “Letra da Lei” é uma Atitude Positivista?. *In: Novos Estudos*. Vol. 15. n° 1. Itajai: Univali, 2010. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 28/06/2017.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 10° ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3° ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **O que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?**. 4° ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5° ed. Rev. Mod. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2014b.

_____. Uma Leitura Hermenêutica das Características do Neoconstitucionalismo. *In: Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 7. N° 2. Brasília: IDP, 2014c. Págs. 25-48. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/1043/672>> Acesso em 09/04/2017.

_____. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017a.

_____. **Hermenêutica e Jurisdição – Diálogos com Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial – Limites da Atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei: Entre Positivismo Jurídico e Pós-positivismo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete Anos de Judicialização da Política. *In: Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*. Vol. 19. n° 2. São Paulo: USP, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2>>. Acesso em: 28/06/2017.

VILLA, Marco Antonio. **A História das Constituições Brasileiras**. São Paulo: Leya, 2011.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WALHOF, Darren R. Friendship, Otherness, and Gadamer’s Politics of Solidarity. *In: Political Theory*. Vol. 35. N° 5. Thousand Oaks: Sage Publications, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters (orgs.). **Consitucionalismo Latino-Americano: Tendências Contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.